

BIEN JURÍDICO PENAL: MÁS ALLÁ DEL CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS

Mercedes Alonso Álamo
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Valladolid

Resumen: Se aborda el problema del bien jurídico desde la perspectiva del nuevo constitucionalismo. Por una parte, el neoconstitucionalismo, en tanto modo de acercarse al Derecho, no conduce a una concepción constitucionalista del bien jurídico en sentido estricto. Por otra parte, el neoconstitucionalismo, en tanto ideología de los derechos fundamentales, establece un marco referencial de sustrato material abierto que el legislador no puede sobrepasar. Los bienes jurídicos protegibles en el Derecho penal están antepuestos a la Constitución y se forman discursivamente dentro del marco referencial de los derechos humanos.

Palabras clave: Neoconstitucionalismo. Bien jurídico penal. Derechos fundamentales. Derechos humanos.

Abstract: This article addresses the problem of legally-protected interests from the point of view of neo-constitutionalism. On the one hand, the neo-constitutionalism, as a way to approach law, does not lead to a constitutionalist concept of the legally-protected interests. On the other hand, neo-constitutionalism, as an ideology of fundamental rights, establishes

a framework with an open material basis that cannot be exceeded by the legislator. Interests protected by criminal Law pre-exist the Constitution are formed within the framework of human rights.

Keywords: Neo-constitutionalism. Legally protected interests. Fundamental rights. Human Rights.

1. Introducción

La vieja relación entre el Derecho penal y el Derecho constitucional se presenta en los últimos tiempos en términos nuevos.

La relación hunde sus raíces en el periodo de la Ilustración. Hassemer ha destacado que la Constitución, tanto en la parte dedicada a los derechos fundamentales como en las garantías institucionales, se ocupa de lo mismo que se han ocupado las tradiciones penales desde Beccaria y Feuerbach, a saber, “de los límites a que se ha de someter al Estado que ejerce el poder punitivo en interés de la protección de los derechos humanos de todos los intervinientes en un conflicto penal”¹. Y Tiedemann nos recuerda que ya el artículo 8 de la Declaración francesa de Derechos Humanos, de 26 de agosto de 1789, recoge una de las reivindicaciones fundamentales de Beccaria y se dirige de modo directo al legislador, al proclamar que “La ley no debe establecer más penas que las estricta y manifiestamente necesarias”. A juicio de Tiedemann, en tal fórmula se plasman los postulados de proporcionalidad y subsidiariedad de la moderna política criminal, tal como han sido acuñados por el Tribunal Constitucional alemán².

Las Constituciones modernas establecen un marco referencial muy preciso, el principio de Estado de Derecho y los

1 Hassemer, ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? trad. Spínola Tártalo, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Hefendehl (ed.), Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007, p. 96.

2 Tiedemann, *Constitución y Derecho penal*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 33, 1991, p. 145.

derechos fundamentales, que se proyecta sobre la ley penal, el delito y sus consecuencias.

El constitucionalismo más reciente ha experimentado, sin embargo, una sensible transformación. El neoconstitucionalismo, o constitucionalismo contemporáneo, no se conforma ya con el reconocimiento formal de derechos fundamentales o con la proclamación del principio de división de poderes sino que transita hacia la progresiva afirmación material de los citados derechos, y se expande posibilitando la aparición de una nueva teoría del Derecho. El Estado de Derecho formal deja paso al Estado de Derecho material, a un Estado social de Derecho en el que significativamente todo el poder del Estado se halla sujeto a los derechos fundamentales³. A la dimensión material del Estado de Derecho, que adhiere los derechos fundamentales a la dimensión formal de supremacía de la Constitución, imperio de la ley, garantías jurisdiccionales y división de poderes, se añade la progresiva afirmación material, más allá de su mero reconocimiento formal, de los derechos fundamentales. Así por ejemplo se abre camino, dinámicamente, en las Constituciones modernas el reconocimiento, no sólo formal sino también material, del principio de igualdad, como reconocimiento de la igual libertad y dignidad del hombre⁴.

La dogmática de los derechos fundamentales se proyecta en e impregna el total sistema de la justicia. Desde luego lo hace en la fase de interpretación y aplicación del Derecho, pero también en la fase de creación o elaboración de las leyes.

Señala Atienza que el afianzamiento de un modelo de Estado caracterizado por la presencia de Constituciones extremadamente invasoras⁵ ha conducido al nuevo constitucionalismo,

3 Weber, El principio de Estado de Derecho como principio constitucional común europeo, trad. Oehling de los Reyes, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 84, 2008, p. 29.

4 Weber, El principio de Estado de Derecho como principio constitucional común europeo, *cit.*, pp. 55 y ss.

5 Siguiendo a Guastini destaca Atienza que el ordenamiento jurídico “constitucionalizado” se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora

o “neoconstitucionalismo”, ante el que cabe adoptar posturas muy diversas. Estas posturas pueden ir desde ignorar o negar su significación para la teoría del Derecho y la dogmática constitucional, que permanecerían inalteradas, pasando por reconocer su existencia pero “sin necesidad de introducir algo así como un nuevo “paradigma” en el pensamiento jurídico”, hasta finalmente aceptar que “el nuevo fenómeno requiere también de una nueva teorización”⁶. El propio Atienza nos informa de las críticas al nuevo constitucionalismo formuladas por Comanducci, a partir del “esquema usado por Bobbio para analizar el positivismo jurídico”: como teoría, como ideología y como enfoque o modo de acercarse al estudio del Derecho⁷, esquema que vamos a aplicar aquí al estudio del bien jurídico.

2. Perspectivas del neoconstitucionalismo

En lo que sigue, vamos a partir de dicha triple perspectiva para examinar la cuestión del bien jurídico penal en el seno del nuevo constitucionalismo.

Ello nos permitirá mostrar que el neoconstitucionalismo, en cuanto ideología, proporciona un marco constitucional del bien jurídico en la forma de principios o directrices. Y que, del neoconstitucionalismo, en cuanto enfoque o modo de aproximarse al estudio del Derecho, no se desprende que los bienes jurídicos protegibles penalmente hayan de tener reconocimiento constitucional o relevancia constitucional.

En último término, se trata de situar las bases que permitan abordar racionalmente la cuestión de si el neoconstitucionalismo conduce a una teoría normativo-constitucionalista del Derecho

“capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos y las relaciones sociales”, *vid.* Atienza, Constitución y argumentación, Anuario de Filosofía del Derecho, T. XXIV, 2007, p. 199.

6 Atienza, Constitución y argumentación, *cit.*, p. 200.

7 *Vid.* Atienza, Constitución y argumentación, *cit.*, pp. 200 y ss.

penal y del bien jurídico y hasta qué punto éste debe ser material y formalmente establecido a partir de las Constituciones rígidas, de los derechos fundamentales y de los principios ético-políticos reconocidos en ellas.

El neoconstitucionalismo, en cuanto teoría del Derecho, se proyecta en la función dogmática del bien jurídico (además de proyectarse también en su función político-criminal).

El neoconstitucionalismo, en cuanto ideología y en cuanto forma de aproximarse al estudio del Derecho, se proyecta ante todo en la función político-criminal del bien jurídico, perspectiva desde la que se aborda el bien jurídico en el presente estudio.

2.1. Neoconstitucionalismo, nueva teoría del Derecho y bien jurídico penal

Según los defensores del nuevo constitucionalismo, éste conduce, en primer lugar, a una **nueva teoría del derecho** en la que ocupa un puesto fundamental, al menos en su concepción fuerte, la dimensión normativa adherida a los valores constitucionales. Como rasgos más sobresalientes de la teoría del derecho neoconstitucionalista señala Prieto Sanchís los siguientes: “más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas”⁸. En un sentido fuerte, el neoconstitucionalismo conduce, en efecto,

8 Prieto Sanchís, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, en Neoconstitucionalismo(s), M. Carbonell (ed.), Trotta, Madrid, 2003, pp. 131 y s.

a una teoría del Derecho normativa adherida a los valores constitucionales y, significativamente, a una concepción que pone el acento en el Derecho como argumentación⁹.

2.1.1. Proyección en la interpretación y aplicación del Derecho

En la interpretación y aplicación del Derecho la argumentación constitucional es de enorme importancia. Por ejemplo, el alcance de los tipos penales que protegen la vida, y en particular del auxilio ejecutivo al suicidio, debe ser establecido examinando el bien jurídico vida a la luz del principio de autonomía personal, de la dignidad, del libre desarrollo de la personalidad, del derecho fundamental a la integridad personal, etc., todos ellos reconocidos constitucionalmente al igual que el derecho a la vida; también el alcance de la protección penal del honor debe ser puesto a la luz de la libertad de expresión e información, y de sus límites, lo que requerirá de un juicio de ponderación con arreglo a criterios de corrección constitucional. Y así podríamos continuar con otros ejemplos. De acuerdo con ello, la teoría del Derecho neoconstitucionalista penetraría en la dogmática de la parte especial delimitando el alcance de la protección del bien jurídico de acuerdo con la dogmática de los derechos fundamentales. Esta perspectiva se mueve internamente al sistema. Nada nos dice acerca de qué bienes jurídicos se deban proteger penalmente o acerca de si éstos le vienen dados al legislador por la Constitución. Parte de los bienes jurídicos reconocidos por el legislador penal y los pone a la luz de la Constitución argumentando, pues, con criterios de corrección constitucional. Por tanto, atiende a la función dogmática —de una dogmática crítica o creadora— y no a la función político criminal del bien jurídico.

9 Atienza, *El derecho como argumentación*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 2007, el mismo, *Constitución y argumentación*, *cit.*, pp. 206 y ss.

2.1.2. Proyección en la creación del Derecho

En el plano legislativo de la creación del Derecho, la argumentación constitucional se enfrenta a una doble cuestión.

La primera se plantea cómo una cuestión previa: decidir si en la Constitución se hallan contenidos de manera expresa o implícita los bienes jurídicos que han de ser protegidos penalmente y, complementariamente, si contiene o no mandatos, expresos o tácitos, de incriminación (y en relación con ello si se puede construir, a partir del bien jurídico penal, una **prohibición de defecto constitucional**), o si la Constitución se conforma con establecer límites negativos a la intervención del legislador en materia penal. Al propio tiempo, la posición que se adopte al respecto permite determinar, en un primer nivel, el alcance de la “invasión” del Derecho penal por la Constitución. Esta cuestión se mueve en el ámbito de la antijuricidad material, en línea político-criminal, y responde a la pregunta acerca de qué se debe proteger penalmente (lo que en su formulación negativa se extiende a qué no se debe proteger).

La segunda es la cuestión de cómo incide la Constitución en la protección de bienes jurídicos, con independencia de si tales bienes jurídicos le vienen o no dados al legislador por la Constitución. La concreta configuración de los tipos penales está abandonada, en alta medida, a la discrecionalidad del legislador. Pero la discrecionalidad legislativa ha de responder también, además de a razones de oportunidad, a criterios de corrección constitucional, en particular a las exigencias que dimanarían del principio de proporcionalidad. En relación con ello se plantea la cuestión de la función que desempeña el bien jurídico en la **prohibición de exceso constitucional**. Esta cuestión se mueve en el ámbito de la tipicidad y responde a la pregunta de cómo proteger.

En la medida en que ambas cuestiones enlazan con el constitucionalismo como ideología nos ocupamos de ellas en el apartado siguiente.

2.2. Neoconstitucionalismo como ideología y bien jurídico penal

En tanto **ideología**, el constitucionalismo sitúa en primer plano la garantía de los derechos fundamentales.

La relación entre los derechos fundamentales y el *ius puniendi* estatal es objeto de atención creciente en el marco del nuevo constitucionalismo. Apenas puede ser discutido, después de la experiencia de la segunda guerra mundial y de las respuestas legislativas ante los acontecimientos más recientes de terrorismo internacional, que la cuestión del *ius puniendi* es la cuestión de sus limitaciones. A menudo se plantea la cuestión de cómo inciden los derechos fundamentales en la intervención del legislador penal y hasta qué punto la condicionan. Prieto Sanchís lo sintetiza así: “¿es completamente libre el legislador a la hora de seleccionar los bienes jurídicos, de diseñar las formas de imputación, de establecer las penas y, en definitiva, de configurar el tipo en todos sus aspectos? O, por el contrario, ¿existe también aquí un deber de ponderación fiscalizable?”¹⁰.

Estos interrogantes desembocan en la pregunta sobre la ponderación, que constituye uno de los rasgos de la teoría del Derecho neoconstitucionalista, y, en último término, en la cuestión de si la legislación penal no es un ámbito exento sino un ámbito para el que la Constitución establece un marco fundamental. Desde luego, todo injusto penal implica una restricción de la libertad social de acción. Prieto se refiere a la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual no sólo las penas afectan a los derechos fundamentales sino que toda norma penal constituye un desarrollo de tales derechos por lo que el Derecho penal está sometido a reserva de ley orgánica¹¹. En sentido semejante destaca Carbonell Mateu la doctrina según la cual toda norma

10 Prieto Sanchís, El neoconstitucionalismo de los derechos, en Teoría del neoconstitucionalismo, M. Carbonell (ed.), Trotta, Madrid, 2007, p. 225.

11 Prieto Sanchís, El neoconstitucionalismo de los derechos, en Teoría del neoconstitucionalismo, M. Carbonell (ed.), *cit.* p. 226.

penal afecta al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por lo que el Derecho penal está sometido al artículo 81. 1 de la Constitución a los efectos de la reserva de ley orgánica¹². En la doctrina penal ya hace tiempo que se viene sosteniendo que la preeminencia constitucional de la libertad lleva consigo que el legislador penal sólo pueda intervenir en dicha esfera, restringiendo la libertad social de acción, para proteger bienes jurídicos.

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que hay que diferenciar del principio de lesividad, como se indica más adelante, no está expreso pero sí se desprende de la Constitución. En relación con la Constitución alemana, que tampoco contiene una declaración expresa sobre el mencionado principio, señala Hassemer que la intromisión en la libertad general de actuación que comporta todo mandato o prohibición penal se justifica en la medida en que la conducta atente contra un bien jurídico, y concluye afirmando lapidariamente que “una prohibición de una conducta bajo amenaza penal que no pudiera remitirse a un bien jurídico sería terror de Estado”¹³. En un sentido semejante, señala Roxin que un precepto penal que no protegiera bien jurídico alguno sería nulo por constituir una intromisión excesiva en la libertad de los ciudadanos, y que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos se infiere de las bases filosófico-políticas de la democracia parlamentaria¹⁴.

La base constitucional del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos se sitúa en el juego del sistema de las

12 Carbonell Mateu, Derecho penal: concepto y principios constitucionales, 3ª ed., tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 36.

13 Hassemer, ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? *cit.*, en La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Hefendehl (ed.), *cit.*, pp. 99 y 103.

14 Roxin, ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? trad. Ortiz de Urbina Gimeno, en La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Hefendehl (ed.), *cit.*, pp. 447 y 453.

libertades. Dicho principio puede considerarse como el primer presupuesto del principio de proporcionalidad entendido en sentido amplio, cuestión sobre la que se volverá después.

Sin embargo, el reconocimiento del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos no significa todavía que los bienes jurídicos, en sí, estén contenidos en la Constitución de donde el legislador penal se limitaría a extraerlos. Mucho menos significa que el Estado tenga el deber de incriminar las conductas que atenten contra derechos fundamentales. Significa tan sólo que, de acuerdo con la Constitución, los tipos penales se han de dirigir a proteger bienes jurídicos —deducibles o no de la Constitución— frente a las conductas más intolerables de acuerdo con las exigencias que dimanen de las bases constitucionales del principio de proporcionalidad.

La proyección del constitucionalismo, en tanto ideología, en los bienes jurídicos penales -y la correlativa intelección de los bienes jurídicos desde la óptica de los derechos fundamentales- puede ser examinada, como ya anticipamos, desde diferentes perspectivas.

2.2.1. Constitución y bien jurídico penal

En primer lugar, se presenta la cuestión de si los bienes jurídicos que el legislador ha de proteger a través del Derecho penal se hallan directamente expresados en la Constitución, o se derivan procedimentalmente de los principios y valores en ella reconocidos, y si la Constitución contiene mandatos expresos o tácitos de incriminación. O si, por el contrario, la Constitución cumple una función meramente negativa trazando un marco más allá del cual el legislador no debe intervenir penalmente, implicando en tal caso la intervención una intromisión ilegítima en la esfera de libertad de la persona.

2.2.1.1. Concepciones constitucionalistas del bien jurídico

La llamada concepción constitucionalista del bien jurídico cuenta con amplio reconocimiento. Pero, en rigor, no hay una sino varias —casi tantas como autores se han manifestado al respecto— concepciones constitucionalistas sobre el bien jurídico. En la que acaso pueda considerarse una de sus formulaciones más decididas, los bienes jurídicos han de limitarse a los expresa o implícitamente contenidos en la Constitución, a los derechos o valores de relevancia constitucional. En este sentido, señala Bricola que el injusto penal puede concretarse exclusivamente en una significativa lesión de un valor constitucionalmente relevante¹⁵. Por relevancia constitucional, matiza Carbonell Mateu, “no ha de entenderse que el bien haya de estar concreta y explícitamente proclamado por la Norma Fundamental”. Significa más bien que la Constitución “contiene un sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, los valores que de ellos emanan, aquellos que son necesarios y convenientes para hacer efectivos los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquellos”. Si a ello se añade que “la interpretación que se realice de la norma fundamental no ha de ser estática, sino dinámica” se puede concluir sin dificultad que “el Derecho penal desarrolla, tutelándolos, los valores proclamados en la Constitución y los que de ella emanan”¹⁶. No infrecuentemente, la doctrina penal constitucionalista parte de que en la Constitución está contenido no un sistema cerrado de bienes jurídicos, integrado por el elenco de los derechos por ella garantizados, sino un marco referencial, unos principios o unas directrices normativas¹⁷.

15 Bricola, *Teoria generale del reato*, en *Novísimo Digesto Italiano*, T. XIX, UTET, Torino, 1973, pp. 15 y s.

16 Carbonell Mateu, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, *cit.* p. 37.

17 Amplia información en González Rus, *Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría)*, Fundación Juan March, Madrid, 1983, pp. 25 y ss., con referencia, por ejemplo, a las posiciones de Fiandaca —para quien de la

Según Schünemann, poco importa que el concepto de bien jurídico no aparezca en el tenor literal de la Ley Fundamental: ello no significa que ésta no proporcione coordenadas acerca de lo que el Estado puede proteger y de lo que no. La concepción de los derechos fundamentales como principios —a partir de la conocida distinción de Dworkin entre reglas y principios—, entendidos como mandatos de optimización, conduce a una concepción del bien jurídico como directriz normativa lo que enlaza con la concepción de Alexy¹⁸. Para Alexy los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” y, por tanto, “los principios son mandatos de optimización” “caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de sus posibilidades reales sino también de las jurídicas”, y para quien “el ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos”¹⁹. Según esto, los bienes jurídicos penales habrían de ser concretados de conformidad con los derechos fundamentales, entendidos como mandatos de optimización,

Constitución se obtienen sólo directrices de tutela potencialmente vinculantes—, o de Pulitanò-para quien en la Constitución no se halla un sistema cerrado sino un sistema abierto a la decisión del legislador.

- 18 Señala Schünemann que el Derecho penal puede proteger los bienes que el individuo necesita para su libre desarrollo, pero no los usurpados a costa del desarrollo de los demás, los bienes compartidos por todos pero no los patrocinados por una determinada religión o concepción moral...; además señala también que no puede ser objeto de protección penal cualquier bien o interés sino sólo un interés perentorio para la vida en común “de modo que las meras contrariedades que se ciernen sobre el individuo o las meras imperfecciones de la organización social no bastan para justificar el recurso al Derecho penal”, *vid.* Schünemann, El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”, trad. Martín Lorenzo/Feldmann, en La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Hefendhel (ed.), *cit.*, pp. 202 y s. 208 y ss. y nota 39.
- 19 Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, trad. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 86.

lo que requiere de ordinario acudir a la ponderación, cumpliéndose uno de los rasgos del neoconstitucionalismo moderno.

Una ulterior distinción, propuesta por Atienza y Ruiz Manero, entre principios en sentido estricto y directrices, según la cual los principios en sentido estricto presentan de manera cerrada la conducta prescrita y responden a razones de corrección, a diferencia de las directrices que la presentarían de manera abierta y responderían a razones de fin²⁰, no excluiría la necesidad de la ponderación también en relación con los bienes jurídicos a proteger penalmente a partir de los principios en sentido estricto, si bien ello no afectaría tanto al *si* de la protección cuanto al *cómo*, suscitándose entonces una cuestión de técnica legislativa a resolver en el ámbito de la delimitación del tipo, cuestión sobre la que se volverá después²¹.

La distinción de Atienza y Ruiz Manero presenta un segundo aspecto, examinado con detenimiento por Lopera Mesa e importante, a nuestro juicio, a efectos de concreción de los bienes jurídicos penales, cual es la afirmación de la primacía de los principios en sentido estricto sobre las directrices y la consiguiente primacía absoluta de los derechos fundamentales sobre los

20 Atienza/Ruiz, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2ª ed., Ariel, 2004, pp. 26 y ss. donde señalan que en el artículo 14 de la Constitución (“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”) se contiene un principio, en el sentido estricto de norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico, reflejo de una determinada forma de vida, en el que se prohíbe *prima facie* discriminar, y que en el artículo 51 (“1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”) se contiene una directriz o norma programática en la que sólo se establece la obligación de perseguir determinados fines (la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los consumidores u usuarios).

21 *Infra* 2.2.2. Sobre la existencia de dos tipos de ponderación, en relación con los principios en sentido estricto y en relación con las directrices, Atienza, *Constitución y argumentación*, *cit.*, pp. 211 y s.

bienes colectivos²². Lopera Mesa pone de relieve la proximidad de la crítica de Atienza y Ruiz Manero a una de las críticas que Habermas dirige a la teoría de los principios de Alexy, a saber, que “una vez concebidos como mandatos de optimización, los derechos individuales podrían, cuando las circunstancias así lo exijan, ser sacrificados en aras de objetivos colectivos, perdiendo así su carácter de “triumfos” frente a la mayoría y, con ello, su mayor fuerza justificatoria”, a lo que Alexy opone, como Lopera Mesa recuerda, que una prioridad estricta de los derechos fundamentales sobre los colectivos también tiene sus desventajas por cuanto impediría establecer límites al derecho de propiedad para proteger el medio ambiente, limitar la libertad de profesión para proteger a los consumidores o limitar la libertad de investigación para impedir ciertos experimentos con animales. En un significativo pasaje, Habermas termina por reconocer que “no todo derecho puede imponerse contra todo bien colectivo, pero solamente no podrá imponerse cuando la primacía de un bien colectivo pueda justificarse a su vez a la luz de los principios” de manera que en último término “son sólo los derechos los que deben convencernos en el juego argumentativo”²³. Y ante la tesis según la cual el Tribunal Constitucional transforma los bienes colectivos en “encargos constitucionales directos” que el legislador tiene que ejecutar con costes para los derechos de libertad que se determinan en cada caso según la situación, no duda Habermas en afirmar que, en cuanto los derechos fundamentales son tomados en serio en su sentido deontológico, quedan sustraídos al análisis costes-beneficios²⁴.

Partiendo de las consideraciones anteriores, cabría decir que en la Constitución se halla la base de los bienes jurídicos

22 Lopera Mesa, Principio de proporcionalidad y ley penal, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 121.

23 Ampliamente sobre todas estas cuestiones, Lopera Mesa, Principio de proporcionalidad y ley penal, *cit.*, pp.121 y ss,

24 Habermas, Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, trad. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, p. 333.

penales, ante todo y en primer lugar de los bienes jurídicos individuales reconocibles a partir de los derechos fundamentales entendidos como principios en el sentido amplio de Alexy (por tanto, comprensivo de principios en sentido estricto y directrices en todo caso caracterizables como mandatos de optimización), pero también, en segundo lugar, de los bienes jurídicos colectivos que, bajo determinadas condiciones y concurriendo determinadas circunstancias, incluso podrían llegar a alcanzar la primacía de acuerdo con las reglas de la ponderación. Pero estas bases constitucionales del bien jurídico deben ser tomadas en cuenta de forma matizada —y complementada, en su caso, con el principio del discurso o el principio democrático—, como se pondrá de relieve después al examinar el constitucionalismo como enfoque o modo de aproximarse al Derecho²⁵.

La concepción personal del bien jurídico penal, propuesta por Hassemer, se hallaría en consonancia con lo anterior en la medida en que reduce los bienes jurídicos a los intereses individuales de la persona, complementados con bienes jurídicos colectivos que sirvan al desarrollo de la persona, esto es, “funcionalizados” desde la persona²⁶. Lo que ha sido calificado como “sobreesfuerzo del personalismo”²⁷ hay que ponerlo en relación con el esfuerzo por poner coto a las intervenciones del legislador en materia penal y por evitar los excesos²⁸. También Muñoz Conde parte de que el

25 *Infra* 2.3.

26 Hassemer, Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico, trad. de Ziffer, en *Doctrina Penal*, n° 46/47, 1989, pp. 281 y ss., Hassemer/Muñoz Conde, La responsabilidad por el producto en derecho penal, tirant lo blanc, Valencia, 1995, págs. 22 y ss., Hassemer, Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno, trad. E. Larrauri, ADPCP, 1992, p. 248, Hassemer/Neumann, NK, Vor & 1, n. m. 131 y ss. (pp. 105 y ss.).

27 Amelung, El concepto de “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos, trad. Ortiz de Urbina Gimeno, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Hefendhel (ed.), *cit.*, p. 238.

28 Así por ejemplo Neumann, oponiéndose a las críticas dirigidas frente al concepto personal de bien jurídico por su estrechez o por su amplitud, *vid. Alternativas: ninguna. Sobre la crítica más reciente a la teoría personal del*

Derecho penal protege derechos fundamentales así como otros derechos igualmente reconocidos en la Constitución (como la propiedad privada): el Derecho penal recoge en la Constitución el material que, transformado en bienes jurídicos, protege con sus propios instrumentos. Pero Muñoz Conde, de acuerdo con Hassemer, insiste en que más importante que el derecho fundamental necesitado de protección penal es el *proceso* a través del cual se configura como bien jurídico penal: “el Derecho penal protege los derechos fundamentales en la medida en que éstos, a través de un proceso de normativización, son reelaborados en función de necesidades específicas y de determinados principios característicos y convertidos en bienes jurídicos”²⁹.

En la doctrina española hallamos abundantes manifestaciones en favor de que el legislador penal se limite a proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional. Junto a las posturas ya mencionadas señalemos que, para Silva Sánchez, las “realidades que no hayan sido consagradas expresa o implícitamente en la Constitución deben quedar por principio cerradas a la protección penal” lo que no significa, claro está, que todas las realidades contempladas en la Constitución tengan la cualidad de protegibles penalmente³⁰.

Asimismo Álvarez García se muestra a favor de limitar el *ius puniendi* estatal a partir de los bienes jurídicos constitucionales o “valores constitucionalmente relevantes”. La delimitación de los bienes jurídicos penales a partir de la Constitución requiere —lo que no es tarea sencilla— dotar de significado a la expresión “valor constitucionalmente relevante” y en particular tomar posición sobre la admisión o no, junto a los bienes explícitamente

bien jurídico, trad. Ruiz, Cuadernos de política criminal, n° 93, 2007, pp. 10 y ss.

29 Muñoz Conde, Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal, en *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Quintero Olivares/Morales Prats (coord.), Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 562 y s. y 567 y ss.

30 Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 274.

contenidos en la Constitución, de bienes implícitos en la misma, y de bienes que sin tener reconocimiento constitucional están ligados a un valor constitucional primario³¹.

Próximo a estas tesis se halla Arroyo Zapatero quien, sin embargo, se muestra a favor de una concepción funcionalista del bien jurídico “corregida” o “limitada” por la Constitución o, más precisamente “por la referencia al orden de valores constitucional”³².

La posición de González Rus se sitúa entre las concepciones constitucionalistas del bien jurídico. Sin embargo, González Rus insiste en que el planteamiento constitucional del bien jurídico no puede prescindir de un concepto sustancial del mismo y que éste viene dado por los fundamentos y valores de una sociedad en un determinado momento histórico que la Constitución se limita a reconocer. Dando un paso más, considera bienes jurídicos defendibles según la Constitución (además de los reconocidos a los ciudadanos, de los recogidos en convenciones internacionales incorporadas al derecho vigente de acuerdo con el procedimiento establecido en la Constitución, o de los tutelados en sí mismos sin referencia personal como la salud pública o el patrimonio artístico) “los constitucionalmente “integrables”, “homologables” o “asimilables” a lo propiamente constitucionales, entre los que han de incluirse los llamados “delitos obstáculo”; esto es, los relacionados con un bien constitucional de manera tal que su lesión supone poner en peligro de manera necesaria e inequívocamente idónea éstos”³³.

31 Por otra parte, tal posición obliga a definir cuales son estos bienes de inequívoco contenido primario. Sobre todo ello, Álvarez García, Bien jurídico y Constitución, en Cuadernos de política criminal, nº 43, 1991, pp. 18, 20, 30 y ss. y 37.

32 Arroyo Zapatero, Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución, en Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, nº 1, 1987, p. 103.

33 González Rus, Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría), *cit.*, pp. 33 y 41.

En consecuencia, la Constitución que no crea sino que recoge los valores y fundamentos dominantes en una sociedad y en un determinado momento histórico, deja abierta la puerta de los bienes jurídicos protegibles penalmente, conformándose, según la mencionada interpretación, en alta medida coincidente con la antes mencionada de Álvarez García, con la vinculación a un bien jurídico constitucional. Esta postura, sin embargo, no da el paso decidido, que planteamos después, a partir de la diferenciación entre el constitucionalismo como ideología y el constitucionalismo como enfoque o modo de acercarse al estudio del derecho, y que conduce a sostener —incluso si se parte del neoconstitucionalismo de los derechos— que los bienes jurídicos penales no dependen de las normas positivas ni siquiera si son de rango constitucional, sino que están antepuestos a la Constitución³⁴.

Por lo demás, conviene señalar en este momento que las concepciones constitucionalistas del bien jurídico que venimos refiriendo no coinciden plenamente con la doctrina del Tribunal Constitucional, a la que nos referiremos después³⁵, según la cual la delimitación del bien jurídico entra dentro de la discrecionalidad legislativa (basta con que en la ley no concurren objetivos “constitucionalmente proscritos” o “socialmente irrelevantes”) lo que debería posibilitar el reconocimiento de bienes jurídicos penales que no se hallen ni expresa ni implícitamente en la Constitución. Y ello sin perjuicio de que, por otra parte, el Tribunal Constitucional venga a reconocer de forma implícita (y de forma invasora) mandatos tácitos de incriminación³⁶.

34 *Infra* 2.3.

35 *Infra* 2.2.3.

36 La doctrina del Tribunal Constitucional no deja de ser un tanto paradójica desde la perspectiva de su posible carácter invasor, ya que, por una parte postula y defiende la discrecionalidad legislativa en materia de bien jurídico penal y, por otra parte, de forma invasora, afirma la existencia de bienes jurídicos constitucionales, como la vida del *nasciturus* que, según el T.C., sin ser un derecho fundamental contemplado en el artículo 15 de la Constitución es un bien necesitado de protección penal al amparo del mismo artículo 15. De donde, parece que, de un lado, se deja vía libre al legislador con el único

2.2.1.2. Obligaciones expresas y tácitas de incriminar

En un nivel diferente hay que situar la discusión acerca de si la Constitución contiene mandatos, expresos o tácitos, de incriminación.

Las Constituciones modernas han venido incorporando de forma creciente obligaciones **expresas** de castigar penalmente. Santana Vega ha expuesto este proceso en el que cabe distinguir, junto al establecimiento de obligaciones constitucionales expresas de penar de primera y segunda generación, correspondiéndose estas últimas con los bienes jurídicos colectivos, la doctrina de las obligaciones constitucionales tácitas de incriminación (y de no incriminación)³⁷.

Respecto de las obligaciones expresas, en la Constitución española la discusión gira en torno a lo establecido en el artículo 45.3 en relación con el medio ambiente (“...se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”), en el artículo 46 respecto del patrimonio histórico, artístico y cultural (“...La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”), además de lo previsto en el artículo 55.2 párrafo segundo (“producirá responsabilidad penal”) sobre la utilización injustificada o abusiva de la facultad de suspensión de derechos para personas determinadas en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas y elementos terroristas.

Sin entrar en el debate acerca de si respecto del medio ambiente el artículo 45.3 introduce un genuino mandato

límite de que no concurren objetivos constitucionalmente proscritos o socialmente irrelevantes y, de otro, se reconocen obligaciones constitucionales tácitas de incriminar.

37 Santana Vega, Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente, en *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Quintero Olivares/Morales Prats (coord.), Aranzadi*, 2001, pp. 866 y ss., la misma, Disponibilidad versus consentimiento en Derecho Penal. (Sobre la modificación del ámbito de protección jurídico-penal originario), *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, 2004, pp. 1147 y ss.

constitucional de incriminación o si, por el contrario, el legislador puede optar por la protección administrativa, y sin entrar tampoco en la cuestión del posible control jurídico del incumplimiento por el legislador de los mandatos constitucionales expresos de incriminar³⁸, a los efectos de este estudio interesa sólo destacar el reconocimiento constitucional de bienes jurídicos penales, con la consecuencia de que —al menos en los casos en que el mandato constitucional es indubitable— si no interviene el legislador protegiéndolos penalmente se vulneraría la prohibición de defecto constitucional.

El problema de las obligaciones **tácitas** de incriminar nos conduce a otro terreno que enlaza con la cuestión de si los bienes jurídicos penales se hallan en la Constitución y son reconocibles a partir de los derechos fundamentales en los términos expuestos más arriba. De entrada, no dejaría de ser llamativo que existiera una obligación constitucional de proteger penalmente el patrimonio histórico pero no, por ejemplo, la vida de las personas. Las obligaciones constitucionales tácitas de incriminación se plantean precisamente en relación con los derechos fundamentales, esenciales, prioritariamente personales, y coincidentes con los valores básicos de la Constitución³⁹. Frente a ello es preciso recordar que el Estado tiene el deber de respetar los derechos fundamentales pero no el de sancionar penalmente su vulneración⁴⁰. Además, por la vía del reconocimiento de mandatos tácitos de incriminación se corre el peligro de una “invasión” del Derecho penal por la

38 Sobre ello, Santana Vega, Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente, *cit.*, pp. 868 y ss.

39 Información sobre su desarrollo en Alemania e Italia, en Santana Vega, Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente, *cit.*, pp. 876 y ss.

40 Así, Mir Puig, Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi*, en Estudios penales y criminológicos, XIV, 1991, p. 211. En este sentido también doctrina jurisprudencial. Así la S.T.S. de 14 de noviembre de 2001, de la que fue ponente Bacigalupo Zapater, a propósito de la integridad moral señala que “el hecho de que el artículo 15 CE garantice la interdicción de tratos degradantes, no constituye todavía una justificación de un tipo penal específico, dado que el reconocimiento de un derecho fundamental no es considerado como un mandato constitucional de protección penal”.

Constitución, incluso más allá de los derechos fundamentales. En efecto, tales mandatos fuerzan a la intervención penal, perturbando la función limitadora del bien jurídico, pudiendo producir una intromisión inadmisibles del Tribunal Constitucional en el poder legislativo⁴¹. A ello hay que añadir que en ocasiones se abre una vía difícilmente controlable: en los casos en que, a partir de los derechos fundamentales y reconociendo que no concurren éstos, se afirma la existencia de bienes jurídicos constitucionales o “valores” que deben ser protegidos penalmente. Significativa a este respecto es la distinción que hace el Tribunal Constitucional español en la Sentencia 53/1985, de 11 de abril, sobre la que volveremos después, cuando afirma que el *nasciturus* no es titular del derecho fundamental a la vida pero que la vida del *nasciturus* es “un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental”. Establecida esta diferenciación, el Tribunal Constitucional se abre a sí mismo las puertas para una intromisión inadmisibles en materia de lo que haya de ser bien jurídico penal.

Hassemer ha insistido en que la prohibición de defecto constitucional sólo puede construirse a partir de la idea de bien jurídico, esto es, que sin un concepto de bien jurídico es absolutamente imposible construir una prohibición de defecto en el Derecho constitucional y en el Derecho penal, y en que la prohibición de defecto no encaja con la tradición clásica del bien jurídico sino que más bien es su contrapunto pues lanza un mensaje positivo y no negativo⁴². A la formulación negativa del principio de bien jurídico (no incriminar si no hay bien jurídico que proteger) y a su traducción positiva sobre la necesidad de la intervención si hay un

41 Vid. Álvarez García, Bien jurídico y Constitución, *cit.*, p. 29.

42 Hassemer, ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? *cit.*, en La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Hefendehl (ed.), *cit.* pp. 102 y s. Hassemer/Muñoz Conde se refieren a una dolorosa conversión de la prohibición de exceso en prohibición de defecto por parte de algunos jueces del Tribunal Constitucional, en La responsabilidad por el producto en derecho penal, *cit.*, p. 23.

bien jurídico necesitado de protección, se adhiere la prohibición de defecto a través de mandatos constitucionales de criminalización que, como Hassemer señala, no sólo hacen ofertas al legislador sino que lo presionan normativamente⁴³. Estas palabras adquieren todo su significado en relación con los mandatos tácitos que limitan en alta medida la discrecionalidad del legislador sobre lo que haya de ser bien jurídico penal.

2.2.1.3. Función negativa de la Constitución: qué no se debe proteger

En un nivel inferior, desde la perspectiva del marco constitucional, se hallan aquellas posiciones que ponen el acento en la función meramente negativa de la Constitución en la determinación de lo que haya de ser bien jurídico penal. Señala Hassemer que la idea de que el principio del bien jurídico y el de protección de bienes jurídicos pudiera guiar positivamente al legislador penal “no sólo no se corresponde con la tradición penal, sino que resulta ingenua desde un punto de vista metodológico”. A su juicio, el principio no formula un mandato de criminalización al legislador penal sino “una prohibición de criminalización cuando no se puede encontrar un bien jurídico”⁴⁴.

En este nivel se sitúa la concepción de Roxin. Roxin propone una definición de bien jurídico que, como el mismo afirma, se halla en la línea del concepto personal de bien jurídico desarrollado por Rudolphi, Marx y Hassemer, del Proyecto alternativo, y de las más recientes propuestas de Hefendhel, un concepto que no se limita a los bienes jurídicos individuales sino que incluye también los colectivos que sirvan al ciudadano individual. Según dicha definición, los bienes jurídicos son “realidades o fines que

43 Hassemer, ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? *cit.*, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Hefendehl (ed.), *cit.* p. 102.

44 Hassemer, ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? *cit.*, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Hefendehl (ed.), *cit.* p. 101.

son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin”. Y precisa que “la distinción entre realidades y fines apunta a que los bienes jurídicos no necesariamente le vienen dados al legislador, como ocurre por ejemplo con la vida humana, sino que también puede ocurrir que sean creados por él, como sucede por ejemplo en el caso de los impuestos”⁴⁵.

Este concepto material, personal, crítico, de bien jurídico, es insuficiente por sí sólo para imponer límites al legislador toda vez que es el propio legislador el que “crea” los bienes jurídicos en cuanto fines. Conforme con las exigencias propias del modelo de Estado democrático de Derecho reconocido en la Constitución, la citada propuesta se conforma con trazar límites negativos apuntando ideas directrices sobre lo que no debe ser bien jurídico penal o sobre lo que no se debe someter a pena criminal: no serían legítimas las normas penales motivadas por la ideología o que atentan contra los derechos humanos y fundamentales; la mera delimitación de la finalidad de la ley no constituye bien jurídico; la mera ilicitud moral no basta para justificar una disposición penal; la lesión de la propia dignidad no supone la lesión de un bien jurídico; la protección de ciertos sentimientos sólo puede considerarse protección de bienes jurídicos cuando se trate de sentimientos de inseguridad; ni la autolesión consciente ni su posibilidad o favorecimiento pueden legitimar la amenaza de pena; las leyes penales simbólicas no necesarias para la protección de la convivencia pacífica sino que persiguen fines extrapenales, “como la tranquilidad del electorado o la presentación de una buena imagen del Estado”, no sirven a la protección de bienes jurídicos; los tabúes no son bienes jurídicos; no son bienes jurídicos los objetos de abstracción inaprensible⁴⁶.

45 Roxin, ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? *cit.*, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Hefendehl (ed.), *cit.*, p. 448.

46 *Vid.* Roxin, ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? *cit.*, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del*

Frente a las concepciones constitucionalistas que mantienen que la Constitución contiene el elenco de bienes jurídicos a proteger penalmente —e incluso que contiene mandatos de incriminación— o que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución deben ser entendidos como principios, directrices o mandatos de optimización de los que se extraen los bienes jurídicos penales, se alza esta posición negativa que se limita a precisar lo que no se debe proteger penalmente y cuya traducción positiva pudiera ser, utilizando las palabras de Rudolphi, que sólo se pueda amenazar penalmente “aquellos comportamientos que lesionan o ponen en peligro los presupuestos de una vida social próspera, apoyada en la libertad y responsabilidad del individuo”⁴⁷.

Más allá de esto, la mencionada concepción del bien jurídico no logra establecer un marco referencial sobre lo que deba ser bien jurídico penal. Y las “ideas directrices” se limitan a indicar lo que no debe serlo. La distinción entre bienes jurídicos que le vienen dados al legislador (realidades) y bienes jurídicos que son creados por el legislador (fines) deja abierta la cuestión de cómo puedan establecer límites a un legislador “creador” de bienes jurídicos las mencionadas “ideas directrices”.

Por otra parte, los derechos fundamentales y humanos limitan las intervenciones del legislador. De acuerdo con el pensamiento ilustrado del contrato social, señala Roxin, el Derecho penal tiene que limitarse a asegurar la coexistencia pacífica dejando intactos los derechos fundamentales y humanos. La protección de bienes jurídicos sólo puede llevarse a cabo con respeto a los derechos humanos y siempre con carácter subsidiario cuando son insuficientes las medidas menos enérgicas del resto del ordenamiento jurídico⁴⁸. La protección estatal de la paz

Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Hefendehl (ed.), *cit.*, pp. 449 y ss.

47 Rudolphi, Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico, trad. E. Bacigalupo, en *Nuevo Pensamiento Penal*, 1975, p. 341.

48 Roxin, Dependencia e independencia del Derecho penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión, trad. Santana Vega, en *ADPCP*, 2006, pp. 7 y s.

jurídica a través de sanciones penales, afirma Sternberg-Lieben, “ni puede pretenderse a cualquier precio ni puede consistir en la prosecución de cualesquiera finalidades que se le ocurran al legislador”. La cláusula de Estado de Derecho y los derechos fundamentales constituyen un límite al legislador: “la libertad del ciudadano sólo podrá ser restringida en tanto no se supere la prohibición de exceso”⁴⁹.

De la Constitución se desprende la prohibición de exceso. El principio de ofensividad, vinculado al principio de proporcionalidad, es una exigencia del reconocimiento de la libertad social de acción⁵⁰. Esto enlaza con la segunda cuestión más arriba planteada, la de cómo incide la Constitución en la protección de bienes jurídicos, con independencia de si tales bienes jurídicos le vienen o no dados al legislador por la Constitución, cuestión de la que nos ocupamos a continuación.

2.2.2. Principios constitucionales y bien jurídico penal: el principio de proporcionalidad en sentido amplio

Desde la perspectiva constitucionalista en que nos estamos moviendo, no hay duda de que, con independencia de que se acepte o no que los bienes jurídicos han de tener relevancia o significación constitucional, la Constitución establece un marco que incide de forma decisiva en la configuración de los tipos penales. A este respecto, el principio constitucional, implícito,

49 Sternberg-Lieben, Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal, trad. Ortiz de Urbina Gimeno, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Hefendehl (ed.), *cit.* pp. 106 y s.

50 Roxin ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? *cit.*, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Hefendehl (ed.) *cit.*, p. 453, Hassemer, ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? *cit.*, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Hefendehl (ed.), *cit.*, pp. 98 y ss.

de proporcionalidad toca el centro de la cuestión⁵¹ e introduce en el debate uno de los rasgos más característicos del neoconstitucionalismo, la ponderación, que se halla detrás de las diferentes vertientes del principio y que se presenta como una cuestión de técnica legislativa —a partir de principios en sentido estricto y de directrices— además de afectar a la aplicación del Derecho por el juez⁵².

En primer lugar, el principio de proporcionalidad presupone que sólo se recurra al Derecho penal para proteger bienes jurídicos. La razonabilidad de la norma penal depende, por tanto, de que se dirija a proteger un bien jurídico. El bien jurídico constituye un *prius* lógico de la aplicación del principio (metodológico)

51 Sobre el principio de proporcionalidad en sentido amplio y sobre sus bases constitucionales (en el principio de Estado de Derecho, en los valores de justicia e igualdad (artículo 1.1 Constitución española), en la dignidad de la persona (artículo 10 de la Constitución), o en la prohibición de las penas y tratos inhumanos o degradantes (artículo 15 de la Constitución)) y en general sobre el mencionado principio, desde el ámbito constitucional y penal, cabe citar, Sánchez García, El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho penal, en La Ley, nº 3676, 1994, Aguado Corea, El principio de proporcionalidad en Derecho Penal, EDERSA, Madrid, 1999, González Beilfuss, El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2003, Bernal Pulido, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, el mismo, Tribunal Constitucional, legislador y principio de proporcionalidad. Una respuesta a Gloria Lopera, en Revista Española de Derecho Constitucional, nº 74, 2005, pp. 417 y ss., Lopera Mesa, Principio de proporcionalidad y ley penal, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, *cit.*, la misma, El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo, en Revista Española de Derecho Constitucional, nº 73, 2005, pp. 381 y ss., la misma, Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales, en Jueces para la democracia, nº 53, 2005, pp. 39 y ss., Lascuraín Sánchez, La proporcionalidad de la norma penal, en Cuadernos de Derecho Público, nº 5, 1998, pp. 159 y ss., el mismo, Bien jurídico y objeto protegible, en ADPCP, vol. LX, 2007, pp. 146 y ss. De la Mata Barranco, El principio de proporcionalidad penal, tirant lo blanch, Valencia, 2007, el mismo, Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal, en ADPCP, vol. LX, 2007, pp. 166 y ss.

52 *Vid.* Atienza, Constitución y argumentación, *cit.*, pp. 211 y ss.

de proporcionalidad⁵³. El Tribunal Constitucional se conforma con que las normas penales no persigan preservar bienes o intereses proscritos constitucionalmente ni socialmente irrelevantes. Es decir, el sacrificio de la libertad que toda norma penal lleva consigo, presupone lo que al propio tiempo fundamenta la norma: la relevancia social y la conformidad con la Constitución de los bienes que se pretende proteger, sin mayores precisiones (lo que haya de ser bien jurídico penal queda, en definitiva, constitucionalmente abierto, y el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos adquiere de forma implícita una dimensión negativa: que no haya delito sin bien jurídico).

En segundo lugar, el principio de proporcionalidad exige la idoneidad de la norma para proteger el bien jurídico que venga en consideración pues sólo entonces estaría justificada la restricción de la libertad social de acción. Se ha repetido con insistencia en la doctrina que el Derecho penal siempre llega tarde ya que la realización de un delito evidencia que la norma no ha sido adecuada para la protección del bien jurídico⁵⁴. Pero el principio de idoneidad presenta diferentes niveles. Un primer nivel, fáctico, acerca de la idoneidad de la norma para cumplir su fin atendiendo a la realidad social en la que ha de ser aplicada. Y un segundo nivel normativo, jurídico, que aquí interesa destacar: la adecuación entre lo que la norma pretende, la protección de bienes jurídicos, y la previsión legislativa. Razones de oportunidad pueden aconsejar una intervención más o menos enérgica. Pero, en último término, por exigencias del principio de idoneidad, sólo deberían incorporarse al tipo penal las acciones con potencialidad lesiva para el bien jurídico. A lo que hay que añadir que sólo se puede

53 Sobre el bien jurídico como *prius* lógico del principio de proporcionalidad en la doctrina del Tribunal Constitucional, Vives Antón, Constitución, sistema democrático y concepciones del bien jurídico, en Revista Jurídica de la comunidad valenciana, nº 16, 2005, p. 8.

54 Al respecto, Armin Kaufmann, Die Aufgabe des Strafrechts, en Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert (gesammelte Aufsätze und Vorträge), Heymann, Köln, 1982, pp. 263 y s.

reaccionar frente a tales acciones con penas asimismo adecuadas al fin de la protección del bien jurídico.

En tercer lugar, el principio de proporcionalidad reclama la necesidad de la intervención, lo que se traduce en la exigencia de que sólo se acuda al Derecho penal cuando sea absolutamente indispensable para proteger bienes jurídicos y sean insuficientes otras ramas del ordenamiento jurídico que cuenten con instrumentos menos gravosos. Los conocidos principios de *ultima ratio*, subsidiariedad, o de intervención mínima, vienen en este sentido en consideración.

Por último, en cuarto lugar, el principio de proporcionalidad, en sentido estricto, exige, en su formulación tradicional, correlación entre el delito y la pena, es decir, entre los derechos afectados por la pena, de un lado, y la significación e importancia de los bienes jurídicos que la norma pretende proteger y la gravedad de las conductas atentatorias contra los mismos que se pretende prohibir, de otro. Pero también, desde una formulación más reciente, proporcionalidad entre los costes de la intervención y los beneficios que derivan de la misma⁵⁵.

El principio de proporcionalidad, implícito en la Constitución, se proyecta en el Derecho penal, que afecta a derechos fundamentales y limita la libertad social de acción, de forma decisiva. Las diferentes vertientes o manifestaciones del principio de proporcionalidad (principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, de necesidad, de idoneidad, de subsidiariedad, etc.) remiten a la ponderación de los intereses, bienes o derechos en conflicto.

El principio de proporcionalidad y los principios en que se concreta son principios restrictivos o limitadores de la intervención penal cuya inobservancia implica incurrir en prohibición

55 González Beilfuss, El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *cit.*, pp. 53 y ss., con referencia a los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto y su introducción en la jurisprudencia constitucional española.

de exceso constitucional. Constituyendo el bien jurídico el “eje material”⁵⁶ o, si se prefiere, el presupuesto del principio, que se plasma en la exigencia de exclusiva protección de bienes jurídicos, parece que los bienes jurídicos hubieran de estar jerarquizados constitucionalmente a efectos de poder ser sometidos en su caso a la correspondiente ponderación. Sin embargo, la Constitución, que sienta las bases del principio de proporcionalidad y proporciona pautas, principios y directrices caracterizables como mandatos de optimización a partir de los derechos fundamentales, deja el mencionado “eje material” abierto. Y, en el fondo, viene a reconocer sólo la formulación negativa del principio de bien jurídico (no incriminación sin bien jurídico), formulación negativa que, como afirma Hassemer, “armoniza sin fisuras con la tradición constitucional de la prohibición de exceso”⁵⁷.

Siguiendo esta misma línea argumental, Lascuraín Sánchez da un paso más y, después de situar el bien jurídico protegible penalmente en el marco de la teoría de la proporcionalidad, sostiene que “protegible con la restricción de libertad es la libertad: la autonomía personal, sus presupuestos y sus manifestaciones”⁵⁸, con lo que el principio metodológico de proporcionalidad termina delimitando el contenido del bien jurídico y conduciendo a una concepción constitucionalista en sentido semejante, aunque no plenamente coincidente, a la fórmula de Rudolphi antes citada.

56 Hefendehl, De largo aliento: el concepto de bien jurídico, trad. Medina Schulz, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Hefendehl (ed.), *cit.*, pp. 461 y 466.

57 Hassemer, ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? *cit.*, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Hefendehl (ed.), *cit.*, p. 101.

58 Y añade: “Bienes protegibles serán así las instituciones públicas democráticas, y los distintos presupuestos y manifestaciones de las libertades públicas y privadas. A los bienes institucionales, las libertades públicas y las libertades privadas deben añadirse las bases de la realidad biológica y del respeto social (la vida, la integridad física, la salud, el honor), que constituyen presupuestos de las mismas”, Lascuraín Sánchez, *Bien jurídico y objeto protegible*, *cit.*, p. 151.

2.2.3. *Excurso: Justicia constitucional y bien jurídico penal*

Partimos de que el legislador penal se halla limitado por el principio de necesaria y exclusiva protección de bienes jurídicos y de que esta cuestión no está resuelta expresamente en la Constitución. Partimos también de que, sin embargo, del juego del sistema de libertades se desprende que el legislador sólo puede intervenir penalmente, restringiendo la libertad social de acción, para proteger un bien jurídico. Y constatamos que acerca de lo que deba entenderse por bien jurídico penal no puede extraerse de la doctrina del Tribunal Constitucional una posición susceptible de ser calificada de decididamente “invasora” sino más bien de paradójica, por un lado invasora, por otro no.

El Tribunal Constitucional español ha venido sosteniendo que el Derecho penal tiene la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de Derecho⁵⁹. Como ha observado Prieto Sanchís, más que exigir un bien jurídico el Tribunal parece conformarse con excluir un “mal jurídico” pues la existencia de un bien jurídico se da por supuesta “mientras no se acredite la presencia de objetivos “constitucionalmente proscritos” o “socialmente irrelevantes””⁶⁰.

Desde esta perspectiva, la doctrina del Tribunal Constitucional enlaza con la formulación negativa del principio de bien jurídico y con la prohibición de exceso. Reiteradas sentencias

59 Sobre la doctrina del Tribunal Constitucional, González Cussac, Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal, en Poder Judicial, nº 28, 1992, p. 32

60 Prieto Sanchís, El neoconstitucionalismo de los derechos, en Teoría del neoconstitucionalismo, M. Carbonell (ed.), *cit.* pp. 226 y s. Sobre la escasa importancia del bien jurídico en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, *vid.* Schünemann, El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”, *cit.*, en La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Hefendehl (ed.), *cit.*, 209 y ss.

recuerdan que el juicio de proporcionalidad debe partir de “la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo”, y que “en esta configuración, que supone un complejo juicio de oportunidad, el legislador goza de un amplio margen de libertad” (S.T.C. 45/2009, de 19 de febrero con cita de otras que recogen esta doctrina jurisprudencial). El Tribunal Constitucional matiza tímidamente esta radical posición en favor de la discrecionalidad legislativa cuando afirma: por lo que se refiere al bien jurídico éste se considera presente en la ley siempre que en la misma no concurren objetivos “constitucionalmente proscritos” o “socialmente irrelevantes”. En el mismo sentido señala Vives Antón que el principio de ofensividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos es el primer elemento lógico del principio de proporcionalidad que el Tribunal Constitucional español infiere de diversos preceptos constitucionales, de manera que “si la norma tutela bienes o intereses socialmente irrelevantes o constitucionalmente proscritos habrá de ser declarada, sin duda, inconstitucional”⁶¹. En consecuencia, se deja libertad al legislador para decidir acerca de qué es un bien jurídico penal y cómo o hasta qué punto ha de protegerse, sin más limitaciones que las que proceden de la fórmula “que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes”.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional español da entrada también, parece, a obligaciones tácitas de incriminar, con la consiguiente limitación de la discrecionalidad legislativa tantas veces por él mismo proclamada. Esto sucede cuando afirma la necesidad de proteger la vida del *nasciturus*, sometida a las reglas de la ponderación, sin plantearse que la decisión sobre el

61 Vives Antón, Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo, en Estudios penales y criminológicos, XXV, 2005, p. 428 y, el mismo, Constitución, sistema democrático y concepciones del bien jurídico, *cit.*, p. 21.

si, y no sólo sobre el *cómo*, de la protección penal pudiera corresponder al legislador. Es ilustrativa la S.T.C. 53/1985, de 11 de abril, antes citada, que, a propósito de la vida en formación y su eventual protección a través de los tipos del aborto, establece que el *nasciturus* no es titular del derecho fundamental a la vida pero que la vida del *nasciturus* es “un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental”, es decir, que la Constitución no deja desprotegida la vida en desarrollo “por lo que ha de concluirse que la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional”. Derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionales son protegibles penalmente si bien no frente a todo acto lesivo⁶², ni en determinados supuestos en que puedan entrar en colisión con otros derechos fundamentales o con otros bienes jurídicos. En la mencionada S.T.C. 53/1985, el Tribunal Constitucional señala que el legislador puede tomar en consideración situaciones características de conflicto que afectan de una manera específica a un ámbito determinado de prohibiciones penales, así en “los supuestos en los cuales la vida del *nasciturus*, como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer, en una situación que no tiene parangón con otra alguna, dada la especial relación del feto respecto de la madre, así como la confluencia de bienes y derechos constitucionales en juego”, además de que “el legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar

62 En este sentido, por ejemplo, S.T.C. 177/1996, de 11 de noviembre: “... que la orden recibida vulnerase la vertiente negativa del derecho a la libertad religiosa del actor no significa que por esta sola razón, no debiera decretarse el archivo de la causa, pues, obviamente, no todo acto lesivo de un derecho fundamental es constitutivo de delito o merecedor de sanción penal”. Acerca de que tampoco hay un mandato tácito de protección penal de los derechos fundamentales, *supra* nota 40.

a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos”.

Dejando aparte el deslizamiento peligroso desde el concepto de bien jurídico a la idea de valor —percibido en el voto particular de Tomás y Valiente a la mencionada S.T.C. 53/1985— esta doctrina del Tribunal Constitucional sobre el bien jurídico se asienta en la diferenciación no aclarada suficientemente entre el derecho fundamental a la vida y el bien jurídico constitucional *vida en formación*, protegible penalmente, y en la afirmación de que ambos están reconocidos en el artículo 15 de la Constitución. Ello posibilita el reconocimiento, implícito en la argumentación jurisprudencial, de un mandato tácito de incriminación ulteriormente sometido a las reglas de la ponderación.

Partiendo de tales presupuestos, según la doctrina del Tribunal Constitucional, el constitucionalismo de los derechos se proyecta en el control constitucional del *ius puniendi* de forma paradójica.

Más allá del reconocimiento del principio de exclusiva protección de un bien jurídico, las restricciones al legislador penal desde la perspectiva del bien jurídico se mueven en un doble terreno, con posiciones que pudieran considerarse contradictorias y que van desde el reconocimiento de una discrecionalidad legislativa máxima hasta imponer al legislador la intervención.

Por una parte, la proyección del constitucionalismo de los derechos en el Derecho penal parece poco invasora. La delimitación de la conducta típica puede requerir la ponderación de los derechos afectados por la decisión legislativa o la argumentación en pro de una determinada posibilidad de configuración. Pero tal ponderación (o argumentación)⁶³ parece más atenta a que no haya

63 Señala García Amado que lo que se llama ponderar a estos efectos no es más que “una manera de argumentar lo que sólo pueden ser juicios de valor subjetivos, patentemente condicionados por las ideologías y axiologías del juzgador de turno”. La falta de un “ponderómetro objetivo” le lleva a

contradicción con la Constitución y a que los bienes jurídicos no estén constitucionalmente proscritos que a delimitar los bienes que, de acuerdo con la Constitución, importara proteger, y más atenta a que la conducta sea socialmente significativa que al bien menoscabado por la acción. La selección de los bienes jurídicos penales y el ámbito de su protección se deja a la discrecionalidad legislativa con la única limitación de que la ley no persiga objetivos constitucionalmente proscritos ni contemple acciones socialmente irrelevantes. El principio de idoneidad y el principio de lesividad —referido a un bien jurídico y no a un genérico dañoso socialmente— limitan de forma moderada al legislador. La discrecionalidad legislativa se extiende a la delimitación del desvalor de resultado y del desvalor de acción toda vez que reiteradamente se señala que la configuración de los comportamientos penalmente reprobables es potestad exclusiva del legislador.

Pero, por otra parte, la doctrina del Tribunal Constitucional se muestra altamente invasora al reconocer implícitamente obligaciones tácitas de incriminar, con la consiguiente restricción de la discrecionalidad legislativa, en relación con determinados bienes jurídicos, incluso allí donde no se reconoce la presencia de un derecho fundamental.

2.3. Neoconstitucionalismo como enfoque metodológico y bien jurídico penal

En cuanto **enfoque metodológico**, el neoconstitucionalismo suscita el problema de la incorporación de principios morales en la Constitución⁶⁴ y de las relaciones entre el Derecho y la moral.

preferir el juicio del legislador democrático a la ponderación del Tribunal Constitucional, *vid.* Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo, en Teoría del neoconstitucionalismo, M. Carbonell (ed.), *cit.* pp. 261 y s

64 En la medida en que se acepta dicha incorporación, la ponderación, incluida la ponderación judicial, se presenta como uno de los rasgos del neoconstitucionalismo.

No hay acuerdo acerca de si el constitucionalismo conduce a un “iusnaturalismo” —o a un no positivismo— o si debe ser considerado como el positivismo jurídico de nuestro tiempo⁶⁵ y no pretendemos entrar en este debate sino tan sólo mostrarlo, a muy grandes rasgos, a los fines de considerar su posible significación para la delimitación de los bienes jurídicos protegibles penalmente. Como se verá, ninguna de las posiciones, positivistas o no positivistas, prejuzga la cuestión de si los bienes jurídicos penales están antepuestos a la Constitución o han de extraerse de ella.

Lejos de haber coincidencia entre los autores que suelen ser considerados como representantes del neoconstitucionalismo, se observa entre ellos importantes diferencias. Desde la perspectiva metodológica ahora considerada cabe decir que no hay una sino diferentes concepciones neoconstitucionalistas⁶⁶. El neoconstitucionalismo se presenta unas veces como una nueva manifestación del positivismo, como constitucionalismo positivista o como iuspositivismo crítico y, otras veces, como el triunfo del no-positivismo o de un “nuevo iusnaturalismo”.

Es significativo a este respecto lo indicado por Ferrajoli: “según una opinión muy difundida, el constitucionalismo de nuestros días marcaría una revancha del iusnaturalismo sobre el positivismo jurídico”. Tal revancha se apoyaría, nos dice, en que el nuevo constitucionalismo añade a la racionalidad formal la racionalidad sustancial: la validez de las leyes depende de la

65 Una fundamental imagen sobre el estado de la cuestión puede hallarse en los libros, ya citados, Neoconstitucionalismo(s), M. Carbonell (ed.), y Teoría del neoconstitucionalismo, M. Carbonell (ed.).

66 Ello nos recuerda, las palabras de González Vicén a propósito de positivismo jurídico cuando contraponía el acuerdo sobre el Derecho natural (“la creencia en un orden universal del ser, del que la razón cognoscente podía deducir, de un modo o de otro, postulados intemporales para la regulación de la convivencia humana”) a la falta de acuerdo sobre lo que sea el positivismo jurídico: “aquí los contornos se difuminan y toda precisión desaparece”, en Sobre el positivismo jurídico, en Estudios de Filosofía del Derecho, Universidad de La Laguna, 1979, p. 171. Muchas de las discusiones en el seno del neoconstitucionalismo parten también de que no se habla de lo mismo cuando se habla de positivismo jurídico.

coherencia de sus contenidos con los principios de justicia establecidos por las Constituciones, lo que evoca, afirma, los rasgos del viejo iusnaturalismo.

2.3.1. Neoconstitucionalismo, positivismo y bien jurídico penal

Ferrajoli se opone a tan “difundida” opinión y entiende que ésta debe ser invertida: el constitucionalismo debe ser configurado como un complemento del positivismo jurídico en el que el legislador queda sometido a los principios ético-políticos positivizados en las Constituciones rígidas que se hallan por encima del Derecho positivo, derechos fundamentales que en la tradición iusnaturalista se consideraban innatos o naturales y que positivados en las Constituciones modernas devienen derechos positivos de rango constitucional vinculantes para el legislador ordinario⁶⁷. En un sentido fuerte o sustancial el Estado de Derecho designa, a su juicio, a los ordenamientos jurídicos en los que los poderes públicos “incluido el legislativo” están vinculados no sólo en las formas sino también en los contenidos, por “el respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales”⁶⁸. De acuerdo con ello, en este Estado constitucional de Derecho “la Constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas y corregidas”⁶⁹. A lo que añade que el constitucionalismo rígido conduce a la positivación “no sólo ya del

67 Ferrajoli, *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*, trad. Córdova/Salazar, ISONOMIA, nº 16, 2002, pp. 7 y s.

68 Ferrajoli, *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, en *Neoconstitucionalismo(s)*, M. Carbonell (ed.), *cit.*, pp. 13 y s.

69 Ferrajoli, *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, en *Neoconstitucionalismo(s)*, M. Carbonell (ed.), *cit.*, p. 18.

ser del Derecho, es decir, de sus condiciones de “existencia”, sino también de su deber ser, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de “validez”⁷⁰.

Es decir, Ferrajoli se presenta como decidido defensor del positivismo, de un positivismo crítico o neopositivismo, de acuerdo con el cual normas formalmente válidas pueden ser materialmente inválidas. Tales normas constituirían, si invocamos las conocidas palabras de Radbruch, “injustos legales”, lo que implica cierta aproximación a las tesis del no-positivismo⁷¹.

A pesar de la declarada posición en favor del positivismo (crítico), cuando se enfrenta al problema del bien jurídico Ferrajoli sostiene que la identificación con la Constitución del horizonte axiológico de los bienes jurídicos le parece un residuo de legalismo ético, siquiera sea en la versión progresista del constitucionalismo ético, y que si se comparte el principio de separación entre Derecho y Moral⁷², la determinación de los bienes jurídicos no puede depender de lo que establecen las normas positivas, ni siquiera si éstas son de rango constitucional, sino que los bienes jurídicos se deben elaborar autónomamente.

Se puede ver en ello una cierta atemperación (metodológica) de la “ideología” de los derechos fundamentales del nuevo

70 Ferrajoli, Pasado y futuro del Estado de Derecho, en Neoconstitucionalismo(s), M. Carbonell (ed.), *cit.*, p. 19.

71 Señala Atienza que la “concepción del constitucionalismo de Ferrajoli tiene muchos puntos de coincidencia con las de los autores “constitucionalistas” que, o bien rechazan el positivismo jurídico (como Dworkin o Alexy), o bien consideran que la contraposición iusnaturalismo-positivismo jurídico es un problema mal planteado (Nino)”, *vid.* Atienza, Constitución y argumentación, *cit.*, p. 203.

72 La separación entre Moral y Constitución es defendida también, por Prieto Sanchís afirmando que no cree que “la Constitución material o sustantiva venga a cancelar la separación conceptual entre derecho y moral, ni tampoco que genere por sí sola un deber moral de obediencia, ni, en fin, que su conocimiento y aplicación reclame adoptar el llamado punto de vista interno trufado de compromisos morales”. Prieto Sanchís, Réplica a Juan Antonio García Amado, en Teoría del neocostitucionalismo, M. Carbonell (ed.), *cit.* p. 268.

constitucionalismo. Ferrajoli parte de una cuidadosa diferenciación metodológica entre distintos niveles de discusión: el de la justificación externa o ético-política, que plantea un problema de ética normativa, y el de la justificación interna constitucional o penal, que plantea un problema de ética descriptiva. Y a la pregunta acerca de cuáles deben ser los bienes jurídicos a proteger *de lege ferenda*, conforme a una doctrina de justificación externa de las prohibiciones penales modelada en torno a criterios de política criminal —en el marco de una concepción garantista que, dentro de un Derecho penal mínimo, tiende a reducir los bienes jurídicos protegibles y a restringir las técnicas de intervención— terminará respondiendo que en el seno de una concepción laica y democrática del Estado y del Derecho penal sólo se pueden justificar prohibiciones dirigidas a impedir ofensas a los bienes fundamentales de la persona y que por bienes fundamentales de la persona hay que entender tanto los “derechos fundamentales”, entre los que incluye no sólo los clásicos derechos individuales y liberales sino también los colectivos y/o sociales, como los “bienes que no son derechos” como el interés colectivo a una administración no corrupta de los asuntos generales⁷³. En definitiva, el concepto de bien jurídico penal se reformula en términos personalistas como bienes externos al Derecho mismo referidos a los intereses individuales y colectivos de la persona. El respeto a los derechos fundamentales deviene límite negativo al legislador, que condiciona la validez de las leyes, pero no marco referencial positivo de los bienes jurídicos a proteger.

En consecuencia, la defensa del (neo)positivismo no impide reconocer, en los términos expuestos, que los bienes jurídicos protegibles penalmente se hallan antepuestos a la Constitución (a lo que habría que añadir, por otra parte, que también se puede

73 Ferrajoli, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, trad. P. Andrés Ibáñez/Ruiz Miguel/Bayón Mohino/Terradillos Basoco/Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995, pp. 464 y ss., especialmente, pp. 471 y ss. Acerca de que la legitimidad del Derecho penal no es “democrática” sino “garantista” y reside en los vínculos impuestos por la ley a la función punitiva, *loc. cit.* pp. 335 y ss.

observar la posición contraria, esto es, la defensa de posturas próximas al iusnaturalismo coexistiendo con la defensa, al propio tiempo, de que los bienes protegibles penalmente tengan “consagración constitucional”⁷⁴).

2.3.2. *Neoconstitucionalismo, no-positivismo y bien jurídico penal*

Dentro del constitucionalismo se alzan importantes voces partidarias de sostener la conexión entre Derecho y Moral o, como señala Atienza, de que “los principios constitucionales pueden verse como un puente entre el Derecho y la moral”⁷⁵. Para Alexy, el Derecho posee una doble naturaleza, lo que significa que posee una dimensión fáctica o real —que se refleja en los elementos definitorios de la legalidad y en la eficacia social— y una dimensión ideal o crítica —que se refleja en una pretensión de corrección moral—. Tan pronto como se exige la corrección moral, afirma, resulta un concepto de Derecho no positivista. Frente a la crítica de que la pretensión de corrección moral es una ilusión por cuanto los juicios sobre lo justo e injusto son subjetivos, relativos, y los resultados de esos juicios simples decisiones, opone Alexy la teoría del discurso que hace valer la razonabilidad: “razonable es quien somete sus juicios morales a una argumentación racional”. Ello le lleva, en primer lugar, a refutar la afirmación de Kelsen de que “cualquier contenido que se quiera puede ser Derecho”, y a sostener, con Radbruch, que “la injusticia extrema no es Derecho”; en segundo lugar, a afirmar que la razonabilidad sólo es posible en la forma política del constitucionalismo democrático y, por tanto, que la teoría del discurso exige los derechos humanos y la democracia; en tercer lugar, a defender la teoría de la argumentación jurídica en cuyo centro se halla la tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general, lo que

74 Vid. Silva Sánchez, recensión a Díez Ripollés, La racionalidad de las leyes penales, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 16, 2005, p. 390, y el mismo, Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, *cit.*, p. 274.

75 Vid. Atienza, Constitución y argumentación, *cit.*, pp. 201 y s.

expresa una “conexión necesaria entre el Derecho y la moral”; y, en cuarto lugar, a situar en el centro de la teoría de la argumentación y de los derechos fundamentales la teoría de los principios a la que ya nos hemos referido más arriba⁷⁶.

Los diferentes aspectos considerados apuntan a diferentes dimensiones del neoconstitucionalismo. Desde luego, apunta a una teoría del Derecho como argumentación⁷⁷ que conduce a dejar atrás el positivismo jurídico⁷⁸. Apunta también a la ideología de los derechos fundamentales. Y, desde la perspectiva metodológica lleva, en palabras de Alexy, al no-positivismo, o a un, cabría decir, “iusnaturalismo” impropio, el de la razonabilidad discursiva en el seno del constitucionalismo democrático (a través del cual se

76 Alexy, *Mi filosofía del derecho*, en *Jueces para la democracia*, 62, 2008, p. 49 y ss. que contiene una clara síntesis del pensamiento de Alexy hecha por el mismo, y *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, en *ARSP*, Vol. 95, 2009, pp. 151 y ss.; ampliamente, Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Atienza/Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 205 y ss., el mismo, *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.* pp. 81 y ss., el mismo, *El concepto y la naturaleza del derecho*, trad. Bernal Pulido, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 73 y ss. Por otra parte, sobre la doble dimensión de los derechos fundamentales en Habermas (“en cuanto condiciones de posibilidad, legitiman un orden jurídico y político y, a su vez, en cuanto construcciones, se fundamentan en la dinámica participativa y discursiva de los ciudadanos bajo condiciones de racionalidad e imparcialidad”), *vid.* Durango Álvarez, *Aproximación a los derechos fundamentales desde la perspectiva habermasiana*, en *Revista telemática de Filosofía del Derecho*, n° 11, 2007/2008, p. 2.

77 Señala Atienza que ninguna de las concepciones del Derecho más características del siglo XX puede dar cuenta de la dimensión argumentativa del Derecho: ni el formalismo, ni el iusnaturalismo, ni el positivismo normativo, ni el positivismo sociológico, ni las teorías críticas del Derecho. Los déficits argumentativos de estas concepciones unidos al avance del Estado constitucional explican, a su juicio, que, desde finales de los años setenta “se esté gestando una nueva concepción del Derecho” caracterizada por una serie de rasgos “ligados con el enfoque argumentativo del Derecho”, *vid.* Atienza, *Constitución y argumentación*, *cit.*, pp. 206 y s.

78 Atienza/Ruiz Manero afirman, en este sentido, que “el llamado paradigma neoconstitucionalista no puede verse como la culminación del positivismo jurídico, sino más bien como el final de esa forma de entender el Derecho” en *Dejemos atrás el positivismo jurídico*, *ISONOMÍA*, n° 27, 2007, p. 25.

infiltraría la realidad social e histórica) (con pérdida de la firmeza e inmutabilidad que González Vicén predicaba del Derecho natural cuando hablaba de “la creencia en un orden universal del ser, del que la razón cognoscente podía deducir, de un modo o de otro, postulados intemporales para la regulación de la convivencia humana”⁷⁹).

Los derechos fundamentales, entendidos como principios, la argumentación y la ponderación configurarían el marco referencial para la formación de los bienes jurídicos penales. Estos no se hallarían previstos en las Constituciones sino que habrían de ser elaborados de acuerdo con ellas y, por tanto, atendiendo a criterios de corrección ética.

En ningún caso la incorporación de la corrección ética puede ser entendida como una recaída en épocas históricas en que los ámbitos del Derecho y la Moral aparecían confundidos. Menos aún se puede entender con ello que los bienes jurídicos podrían consistir en valores morales. Al contrario, el desarrollo de la teoría del discurso en el marco del constitucionalismo democrático cierra dicha posibilidad. Dentro del no-positivismo hay diferencias importantes en atención a los efectos en la validez jurídica que se atribuya a los defectos morales⁸⁰. En ningún caso la pretensión de corrección moral implica la protección (penal) de la moralidad.

La teoría del discurso permite sostener que los bienes jurídicos son realidades dinámicas que deben ser modeladas a partir de los derechos fundamentales y de los derechos humanos a los que aquellos remiten, considerando, con Alexy, que una de las notas que integran el concepto de derechos humanos es su validez, que “los derechos humanos en cuanto tales sólo tienen una validez moral”, y que “un derecho vale moralmente si puede ser fundamentado frente a cada uno que participe en una justificación racional”⁸¹.

79 *Supra* nota 66.

80 Sobre el no-positivismo excluyente, incluyente y súper-incluyente, Alexy, *El concepto y la naturaleza del derecho*, *cit.* pp. 81 y ss.

81 Alexy, *¿Derechos humanos sin metafísica?* trad. de E. R. Soderó, DOXA-30 (2007), p. 239.

3. Derechos humanos: más allá del constitucionalismo de los derechos. Conclusiones

3.1. A efectos de delimitar los bienes jurídicos protegibles penalmente, hay que partir de los derechos humanos, reconocidos o que se puedan reconocer, en todo caso antepuestos a los derechos fundamentales⁸². Los derechos humanos constituyen el criterio de racionalidad ética por excelencia y el referente básico para la delimitación positiva de los bienes jurídicos penales (y no sólo para establecer límites negativos al legislador). Están más allá de las “creencias compartidas” por *una comunidad determinada*⁸³, dado que son universalizables⁸⁴ y, en consecuencia, no pueden

82 Acerca de la relación entre derechos humanos y derechos fundamentales, Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 8ª ed., tecnos, Madrid, 2003, pp. 30 y s. Subraya que la previsión de los derechos fundamentales en un determinado derecho positivo no incide en el significado del concepto de derechos fundamentales Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de Cabo/Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, p. 20.

83 En sentido diverso, señala Díez Ripollés, quien se ha ocupado con detenimiento de los criterios de racionalidad legislativa, que la racionalidad ética se refiere al sistema de creencias compartidas por una comunidad determinada. A ello pertenecen los principios de protección. A la racionalidad ética pertenece también, a su juicio, el criterio democrático que “una vez aseguradas con los principios estructurales las referencias éticas, va a permitir legitimar decisiones concretas controvertidas en las subsiguientes racionalidades o en la interrelación entre ellas”, *vid.* La racionalidad de las leyes penales, Trotta, Madrid, 2003, p. 93 y, en general, pp. 92 y ss. Sobre la función decisiva del criterio democrático en la racionalidad teleológica que, a su juicio, permite sentar las bases de un discurso ético político de segundo nivel, es decir, acerca de contenidos éticos carentes de aceptación libre de desacuerdo, *loc. cit.* p. 94. Frente al criterio constitucionalista (*loc. cit.* pp. 177 ss. y 165 y ss.) en la determinación del bien jurídico y a favor del criterio democrático a la hora de tomar “una decisión político criminal controvertida” (“este es el punto de referencia al que nuestro sistema de creencias considera legitimado para resolver, una vez aseguradas las bases éticas, las controversias que se suscitan durante el desarrollo de los subsiguientes niveles de racionalidad legislativa”), *loc. cit.*, pp. 183 ss. con referencias a la reivindicación del papel de la opinión pública en la creación del Derecho formulada por Habermas.

84 Señala Alexy que la primera nota definitoria de los derechos humanos es su universalidad, *vid. ¿Derechos humanos sin metafísica? cit.*, pp. 238 y s.

ser sacrificados (desprotegidos) en aras de una determinada tradición o cultura. Por otra parte, no constituyen criterios de Justicia trascendentes a la sociedad⁸⁵ toda vez que los derechos humanos se afirman (o conquistan) en la historia. A partir del marco referencial de los derechos humanos vendrá en consideración, de forma complementaria, el principio discursivo⁸⁶.

3.2. El neoconstitucionalismo, en tanto ideología de los derechos fundamentales, establece un marco referencial que se proyecta en la determinación del bien jurídico protegible penalmente y que el legislador no puede sobrepasar. Dicho marco se traduce en las exigencias que derivan del principio de proporcionalidad. Se trata de un marco con sustrato material abierto (a lo sumo proporciona información sobre los bienes jurídicos a proteger por el Derecho penal) que incide en la delimitación de los tipos y, *de lege lata*, en la interpretación y aplicación del Derecho.

3.3. El neoconstitucionalismo, en cuanto modo de acercarse al Derecho, no conduce a una concepción constituciona-

Acerca de la discusión sobre la universalidad de los derechos humanos, *vid.* Pérez Luño, La tercera generación de derecho humanos, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 205 y ss.

85 Crítico con el “sistema de creencias compartidas” y favorable a la “búsqueda de una Justicia no inmanente a las creencias compartidas en una sociedad dada, sino trascendente a ésta”, Silva Sánchez, recensión a Díez Ripollés, La racionalidad de las leyes penales, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 16 (2005), *cit.*, p. 390. Sobre las diferentes posibilidades de fundamentación de los derechos humanos (religiosa, biológica, intuitiva, consensual, instrumental, cultural, explicativa y existencial) y en favor de la combinación del modelo explicativo con el existencial, Alexy, ¿Derechos humanos sin metafísica? *cit.* pp. 240 y ss. Sobre el proceso de positivación de los derechos fundamentales, Peces Barba, Curso de derechos fundamentales. Teoría general, Madrid, 1999, pp. 154 y ss.

86 Señala Vogel, la cuestión ético política sobre los fines colectivos perseguidos se corresponde con la de los bienes jurídicos a proteger: “los bienes jurídicos se muestran como algo hecho discursivamente y en relación a un mundo y una sociedad de configuración previa, aunque también cambiante y modificable; no como algo ontológico previo”, en *Legislación penal y ciencia del Derecho penal (Reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal)*, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 11 (2003), *cit.*, p. 260.

lista del bien jurídico en sentido estricto, es decir, no conduce a sostener que los bienes jurídicos penales hayan de extraerse de la Constitución ni a que, al menos, hayan de tener relevancia constitucional. Aunque de ordinario los bienes jurídicos penales poseen relevancia constitucional, los bienes jurídicos protegibles por el Derecho penal preexisten a la Constitución. Ello no significa tomar posición en favor del no positivismo (corrientes positivistas y no positivistas coexisten, como queda dicho, en el seno del neoconstitucionalismo). Significa que, aunque las Constituciones democráticas desaparecieran, no por ello desaparecerían los bienes protegibles penalmente. Y significa también que pueden surgir dinámicamente, en el devenir histórico, bienes jurídicos necesitados de protección penal no reconocidos (todavía) en las Constituciones rígidas.

3.4. El constitucionalismo de los derechos tiene su límite precisamente en la decisión político criminal sobre los bienes jurídicos protegibles. El problema del bien jurídico, de su concepto y de sus posibilidades político criminales, toca una de las cuestiones más polémicas en el seno del nuevo constitucionalismo, a saber, si éste es la culminación del positivismo jurídico o más bien lleva a su superación.

3.5. Sin embargo, ni la opción positivista ni la no positivista conducen a la adopción de una perspectiva constitucionalista del bien jurídico en sentido estricto, es decir, en el sentido de entender que los bienes jurídicos penales hubieran de circunscribirse a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y a los bienes jurídicos constitucionales. Ya hemos dicho que Ferrajoli, quien se presenta a sí mismo como defensor de un positivismo crítico, neoconstitucionalista, ante la pregunta concreta de cuáles *deben ser* los bienes jurídicos penales plantea un problema de ética normativa, o de justificación externa o ético-política, en abierta oposición con un constitucionalismo ético (con independencia de que Ferrajoli reconoce además, desde otro punto de vista, que puede haber normas formalmente válidas pero materialmente inválidas). Y que, partiendo de la defensa del no-positivismo, la concepción de Alexy permite sostener que los bienes jurídicos

son realidades dinámicas que deben ser modeladas a partir de los derechos fundamentales y de los derechos humanos a los que aquellos remiten, lo que conduce a la razonabilidad discursiva y, pensamos, a una concepción discursiva del bien jurídico.

3.6. Las concepciones constitucionalistas del bien jurídico, entendidas en sentido estricto, presuponen la marcha ascendente de la historia a partir del reconocimiento del Estado social y democrático de Derecho. Pero la historia muestra que puede producirse injusticia extrema o injustos legales. Entonces la historia detiene su camino ascendente y da marcha atrás. Un cambio constitucional que se apartara de los derechos afirmados en la historia debería ser rechazado por constituir un injusto legal en la forma de injusto constitucional. El marco referencial de la Constitución, importante en los momentos de firmeza democrática y constitucional, no es un referente válido para todo tiempo y lugar. Al Derecho penal le importa preservar bienes jurídicos que las Constituciones modernas se limitan a reconocer, pero cuya validez no depende del reconocimiento por las Constituciones o las Declaraciones Internacionales de Derechos. El marco referencial material de los bienes jurídicos le viene dado al Derecho penal por los derechos humanos —lo que no significa que se protejan derechos— secularizados, afirmados o conquistados en la historia, o que se puedan reconocer con arreglo a criterios de razonabilidad discursiva.