

## ***Breve relato sobre la ineficacia de la función político-criminal del bien jurídico penal***

Por **Fabián I. Balcarce\***

**Resumen:** Con el ensayo el autor pretende demostrar que la función *trascendente* históricamente endilgada al bien jurídico penal, como límite a la actividad legislativa, ha tenido nula capacidad de rendimiento en la práctica.

**Zusammenfassung:** Anhand des vorliegenden Essays versucht der Autor zu belegen, dass das Strafrechtgut in seiner äusserst *wichtigen* Funktion als Beschränkung der Gesetzgebung, welche ihm historisch zugewiesen wird, absolut keine Leistungsfähigkeit in der Praxis besitzt.

**Abstract:** In this essay, the author tries to demonstrate that the transcendent function, historically given to the concept of "interest protected by criminal law", as limit to the legislative activity, has had none capacity of performance in the practice.

### **I. INTRODUCCIÓN**

El bien jurídico (*rechtgut*), concepto propio de la Teoría general del Derecho<sup>1</sup>, desde su nacimiento, y en lo que respecta al Derecho penal, se bifurcó en dos acepciones<sup>2</sup>: a. Una *político-criminal* y externa, de carácter crítico y perteneciente al mundo del deber ser, destinada a evaluar qué podía ser sancionado con una consecuencia jurídico-penal; b. Otra, de *carácter neutral* e interna y comprendida en el mundo del ser, cuyo objetivo era determinar el significado de las figuras delictivas y su ubicación sistemática. De todos modos, vale la aclaración, a partir del pensamiento *neoclásico*, en el segundo aspecto, interno, también se pretendió cumpliera una función limitativa, imposibilitando una criminalización más allá de la específica protección dada por la legislación penal, como *extrema ratio* del ordenamiento jurídico<sup>3</sup>. Es decir, ya en el proceso de interpretación su función debía ser tanto crítica como inmanente.

Ha sido históricamente, en el sistema continental europeo, un concepto esencial para los dos compartimentos en que se divide el Derecho penal sustantivo. Respecto de la *Parte general*, es la cara visible del denominado principio de *lesividad* (*nulla poena sine injuria*), constitucionalmente garantizado (CN, art. 19). En la *Parte especial*, desde

---

\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular de Derecho Penal. Parte Especial (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina). Especialista en Derecho penal (U.N.C. – U.N.L., Argentina). Especialista en Derecho penal económico (Castilla – La Mancha, Toledo, España). Director de la Sala de Derecho Procesal Penal del Colegio de Abogados de Córdoba (Argentina).

<sup>1</sup> Sobre el tema, AMELUNG, KNUT, "El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos" en ROLAND HEFENDEHL ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento y legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. IÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007, p. 237.

<sup>2</sup> RUDOLPHI, HANS, "Diferentes aspectos del concepto de bien jurídico" en *Nuevo pensamiento penal*, trad. E. BACIGALUPO, año 4, n<sup>os</sup> 5 a 8, Depalma, Buenos Aires, 1975, pp. 335 y 336.

<sup>3</sup> DETLEV STERNBERG-LIEBEN, "Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal" en ROLAND HEFENDEHL ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. IÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007, p. 105.

CARMIGNANI<sup>4</sup>, es el vector taxonómico elegido por el legislador para la agrupación de las distintas figuras delictivas. El esclarecimiento de cuál es el bien jurídico típico encarna la cuestión más importante en los comentarios de la Parte Especial<sup>5</sup>. Es que este sector es esencialmente un sistema clasificatorio de bienes jurídicos<sup>6</sup>. Asimismo, configura la síntesis de la denominada interpretación teleológica<sup>7</sup> (función crítica interna).

En la *Teoría de la pena*, y atento a su posterior desarrollo (en relación a la teoría del delito), el principio de proporcionalidad exige que la determinación de la pena no supere –desde el punto de vista racional–, al momento de su imposición, el contenido de injusto del comportamiento castigado.

## II. SISTEMA CONTINENTAL VS. SISTEMA ANGLOSAJÓN

A fuer de ser sincero he de puntualizar que el Derecho comparado nunca brindó un concepto del instituto totalmente identificado con el principio de *daño real* a un interés o recurso individual. Ya el *iusracionalismo*, con su propuesta de *daño jurídico*, se pronunciaba por un término poroso que permitía extenderse más allá del *harm principle* construido por JOHN STUART MILL<sup>8</sup>, en el Derecho anglosajón, como presupuesto para legitimar las normas penales. En el sistema continental hubo siempre lugar para el *principio paternalista* (v.gr., entender la vida como un “derecho indisponible” aún para el propio sujeto o como delito al consumo personal de estupefacientes), el *principio moralista* (ej., la represión, impuesta hasta no hace mucho tiempo en varios países, de la homosexualidad) y el *principio de ofensividad*<sup>9</sup> (*sc.*, represión de las exhibiciones obscenas, protección penal de los animales)<sup>10</sup>. Incluso, el desborde producíase por una *melange* de tales principios (v.gr., el aborto, cuya prohibición hoy no sólo se basa en el principio de daño, sino también en el principio moralista). Otro tanto ocurría en el sistema del *common law*.

## III. CONCEPTO

En la última parte del siglo XX surgiría de los consensos doctrinarios una definición de máximas pretensiones: La relación entre un ciudadano y un valor proveniente de un derecho fundamental (ej., vida, incolumidad física, etc.), con un contenido (soporte), que permite, inmediata (individuales) o mediatamente (supraindividuales) la participación y realización del primero en la sociedad, en tanto

---

<sup>4</sup> NUÑEZ, RICARDO C., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., act. VÍCTOR F. REINALDI, Lerner, Córdoba, 1999, p. 12.

<sup>5</sup> *Mutatis mutandis*, SCHÜNEMANN, BERND, “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación” en ROLAND HEFENDEHL ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. MARÍA MARTÍN LORENZO – MIRJA FELDMAN, Madrid – Barcelona, 2007, p. 198.

<sup>6</sup> BACIGALUPO, ENRIQUE, *Estudios de la parte especial del derecho penal*, akal/iure, 2ª ed., Madrid, 1994, p. 10.

<sup>7</sup> JESCHECK, HANS HEINRICH – WEIGEND, THOMAS, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. MIGUEL OLMEDO CARDENETE de la 5ª ed. alemana, Comares, Granada, 2002, pp. 275 y 277.

<sup>8</sup> Cfr. FLETCHER, GEORGE, *Gramática del Derecho penal*, trad. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 79.

<sup>9</sup> El que en la actualidad no debe confundirse con el *principio de ofensividad* como expresión sustituta del *principio de lesividad* en la antigua dogmática.

<sup>10</sup> Sobre los principios mencionados, VON HIRSCH, ANDREW, “El concepto de bien jurídico y el «principio del daño»” en ROLAND HEFENDEHL ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento y legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. RAFAEL ALCÁCER GIRAO, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007, pp. 47 a 50. En la misma colectánea, SEHER, GERHARD, “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico”, trad. RAFAEL ALCÁCER GIRAO, p. 87.

dicha vinculación no pueda ser protegida de manera suficiente por el resto del ordenamiento jurídico (derivación del bien jurídico en bien jurídico *penal*<sup>11</sup>).

La mutación de la objetividad jurídica en bien jurídico *penal* le haría adquirir carta de ciudadanía dogmática, en la teoría del delito, a la denominada *teoría de la insignificancia jurídica*<sup>12</sup>.

#### IV. EL IUSNATURALISMO

La teoría *iusracionalista* no conoció el concepto, basándose, a la hora de construir el sistema del Derecho penal en la teoría de los derechos subjetivos<sup>13</sup>: Existían ciertas *prerrogativas individuales* anteriores al Estado. Éste no hacía más que reconocerlas y, debido a su construcción contractual<sup>14</sup>, tenía como objetivo fundamental la protección de los aludidos derechos frente a los ataques que el sujeto podía sufrir de sus iguales o de la misma entelequia estatal (derechos de *primera generación*<sup>15</sup>). Lo ideal es que el poder de intervención estatal y la libertad de los ciudadanos se lleven a un equilibrio que le garantice al individuo tanta protección como sea necesaria, pero también tanta libertad individual como sea posible<sup>16</sup>. El resultado material (empírico) que solía confundirse con la lesión, o el peligro cierto<sup>17</sup>, para alguno de esos bienes, eran las fuentes de legitimación de los preceptos penales. La afectación de la vida, la propiedad o la libertad era el centro de atención de la legislación penal. El peligro abstracto, como regla, sólo podía ir acompañado de un resultado material (delito culposo o imprudente).

#### V. EL ESTADO BURGUÉS

Pronto dicha teoría se tornaría estrecha en relación a las legislaciones vigentes por la época. La protección de un conjunto de situaciones que excedían al sujeto, y se plasmaban como intereses de la colectividad, requerían una teoría normativa que los abarcara del mismo modo que a los derechos subjetivos. Fue BIRNBAUM<sup>18</sup>, con serios

---

<sup>11</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”, en *EPC*, España, 1990. También en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 159 y ss.

<sup>12</sup> En relación al tema, GARCÍA VITOR, ENRIQUE, *La insignificancia en el Derecho penal. Los delitos de bagatela*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 17 y ss.

<sup>13</sup> CARRARA, FRANCESCO, *Programa del curso de Derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, trad. SEBASTIÁN SOLER – ERNESTO GAVIER – RICARDO NUÑEZ, Depalma, Buenos Aires, 1945, III, p. 51.

<sup>14</sup> Cnfse. BECCARIA, CESARE, *De los delitos y de la pena*, trad. JUAN ANTONIO DE LAS CASAS, Alianza, Buenos Aires, Madrid, 1968, p. 25 y ss. Una visión diferente del contrato originario, en KANT, IMMANUEL, *La metafísica de las costumbres*, trad. ADELA CORTINA ORTS – JESÚS CONILL SANCHO, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, p. 171.

<sup>15</sup> Sobre su historia, REINALDI, VICTOR F., “Crímenes contra la humanidad” en ALEJANDRO SÁNCHEZ FREYTES dir., *Temas de Derecho Penal*, Mediterránea, Córdoba, 2008, p. 385.

<sup>16</sup> ROXIN, CLAUDIUS, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?” en ROLAND HEFENDEHL ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. IÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007, p. 447.

<sup>17</sup> SCHULENBURG, JOHANNA, “Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura del delito e imputación objetiva” en ROLAND HEFENDEHL ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. MARGARITA VALLE MARISCAL DE GANTE, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007, p. 354.

<sup>18</sup> La denominación aparece en Arch. d. Criminalrechts, N.F., 1834. Cfr. ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho penal. Parte general*, I, trad. D.M. LUZÓN PEÑA – M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO – J. DE VICENTE REMESAL, Civitas, Madrid, 1997, I, 2/8. También, STRATENWERTH, GÜNTER, *Derecho penal. Parte general*, I, El hecho punible, 2ª ed. castellana, trad. MANUEL CANCIO MELIÁ – MARCELO SANCINETTI, Hammurabi,

antecedentes en FEUERBACH<sup>19</sup>, quien elaboraría la definición de este instrumento de la analítica dogmática para legitimar la violencia organizada como forma de protección de los *intereses generales*, difícilmente abarcables por el concepto de derecho subjetivo<sup>20</sup>. Se ha entendido, pues, que lejos de tener un nacimiento garantista, el *bien jurídico* tuvo una génesis expansiva<sup>21</sup>. No es de extrañar que el alumbramiento se produjera en un país como Alemania en donde la Filosofía y la Dogmática penal estaban, hasta los tuétanos, impregnadas de la prevalencia de la comunidad respecto del individuo<sup>22</sup>. Había fracasado la idea originaria de FEUERBACH de declarar penalmente relevante sólo la lesión de derechos subjetivos y, por el contrario, atribuir la lesión de otros mandatos a las meras infracciones de policía.

La herramienta conceptual se convertía en un traje a medida. A partir de ese momento se distinguiría entre bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos generales<sup>23</sup> o colectivos –también denominados universales-, en ese orden de prelación. Al Estado liberal le alcanzaba con esto. El derecho genérico a la libertad<sup>24</sup> (disposición de la vida, incolumidad física, libertad individual, libertad sexual, la propiedad, el estado civil) y los medios para defenderla (seguridad pública, orden público, respeto de la Constitución, los poderes públicos y sus funciones, administración pública, fe pública) eran el arquetipo del *principio de autonomía* que proclamaba el Estado liberal. Era la imagen del Derecho penal *nuclear*. No obstante, el peligro abstracto para alguno de los que fueron los derechos subjetivos originarios se convirtió en lesión a bienes jurídicos generales. Al lado de los bienes jurídicos individuales y principales, nacieron bienes jurídicos generales o de flaqueo.

Un nuevo problema habría de gestarse en torno a la objetividad jurídica. El modo de su afectación –lesión, peligro concreto, peligro hipotético, peligro abstracto- se concebía en relación al de carácter individual (idea que se pretende mantener a través de la teoría personal). Pero, qué sucedería en el sinalagma apuntado con la introducción de los bienes generales o colectivos. El problema -insoluble hasta la fecha- fue establecer si la referencia a la lesión o al peligro (concreto, hipotético o abstracto), en los delitos

---

2005, p. 65. Sobre la función de la denominación, NUÑEZ, RICARDO C., *Tratado de Derecho Penal*, Lerner, Córdoba, 1988, III, p. 15.

<sup>19</sup> FEUERBACH, ANSELM VON, *Tratado de derecho penal*, trad. de la 14ª ed. alemana de EUGENIO R. ZAFFARONI – IRMA HAGEMEIER, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 55. Sobre la evolución de la teoría del bien jurídico, TRABALLINI DE AZCONA, MÓNICA, “Bien jurídico protegido, tipo penal y función político criminal” en *Pensamiento penal y criminológico*, año VII, n° 11, 2007, Mediterránea, Córdoba, 2007, pp. 276 y ss.

<sup>20</sup> SEELMAN, KURT, “El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo de reconocimiento como criterios de merecimiento de la pena” en ROLAND HEFENDEHL ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. MARÍA MARTÍN LORENZO, Marcial Pons, Madrid –Barcelona, 2007, p. 375.

<sup>21</sup> Lo afirma SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal*, Civitas, Madrid, 1999, p. 91

<sup>22</sup> Cfr. ALCÁCER GIRAÓ, RAFAEL, *Los fines del derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004 (impreso en la Argentina), pp. 66 y 67. Sobre la crítica a estos autores, también puede verse FERNÁNDEZ, GONZALO D., *Bien jurídico y sistema del delito* B. de f, Montevideo – Buenos Aires, 2004, p. 36.

<sup>23</sup> ARZT, GÜNTHER, “La parte especial del derecho penal sustantivo” en *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, trad. LUIS ARROYO ZAPATERO, Ariel, Barcelona, 1989, p. 87. Crítico del mantenimiento de esta clase de bienes, STRATENWERTH, GÜNTHER, “La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos” en ROLAND HEFENDEHL ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. IÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO y MARGARITA VALLE MARISCAL DE GANTE, Marcial Pons, Madrid –Barcelona, 2007, p. 371.

<sup>24</sup> Sobre esta decantación, HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, trad. MANUEL JIMÉNEZ REDONDO, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2000, p. 191.

contra bienes jurídicos generales o colectivos, tenía por norte el antiguo concepto de derecho individual (es decir una relación mediata) o podía existir el binomio lesión - peligro, por un lado y bien jurídico general o colectivo, por el otro (relación inmediata). Comenzó a tambalearse la identidad existente entre resultado material y lesión. Los tratadistas y la manualística en general muestran cierto desconcierto acerca del soporte material que ha de ser lesionado o puesto en peligro: el individual *indirecto* o el general *directo*<sup>25</sup>. Lo normativo y lo empírico empezaron a distanciarse con la mayor abstracción que se les adosaba a los nuevos bienes jurídicos: el binomio mera actividad –resultado y lesión–peligro se volvieron asimétricos. Una deuda pendiente quedó desde aquella época, y que sólo empieza a amortizarse en la actualidad: reclasificar los bienes jurídicos colectivos<sup>26</sup> y redefinir la lesión, el peligro –concreto y abstracto- respecto a dichos bienes<sup>27</sup>. A partir de aquel momento los grados de afectación del soporte material del bien jurídico se desmadrarían sin encauzarse hasta la fecha. Grado de afectación y universalidad de los intereses nunca se llevaron bien.

Había nacido, aunque no se hubiera detectado a tiempo, una novedosa clasificación de los bienes jurídicos: a. por un lado, los bienes jurídicos *finés* encarnados en los de carácter individual; b. por el otro, los bienes jurídicos *medios*, identificados con los universales. La imputación se complicaba pues los segundos, de alguna o de otra manera, pasaban a ser en la mayoría de los casos *compuestos*: los conceptos de lesión o peligro tendrían que compaginarse en primer término con el bien jurídico directo (general) y en segundo lugar con el bien jurídico indirecto (individual).

*La proliferación de bienes jurídicos demostró en el término un problema genético: era capaz de justificar cualquier nuevo interés como digno de protección por la legislación penal. Por otro lado, la lesión o el peligro, seguirían caminos sin salida.*

## VI. POSITIVISMO JURÍDICO Y NORMATIVISMO

De todas maneras, en los primeros tiempos, se le pretendió adjudicar el carácter metajurídico que tenían los derechos subjetivos en el *iusracionalismo* (por ej., el mismo BIRNBAUM; también v. LISZT)<sup>28</sup>. Tratábase de un concepto crítico.

El *positivismo jurídico* (encarnado fundamentalmente en BINDING) se encargaría de hacerlo dependiente de la voluntad del legislador y, consecuentemente, del Estado. Solamente la ley expresa los objetos jurídicos porque encierra la voluntad declarada del Estado<sup>29</sup>. Se consolidó, pues, como el *eje clasificatorio* de la Parte especial del Derecho penal.

Por fin, el *pensamiento neoclásico* (normativismo o neocausalismo) le otorgaría el carácter de un vehículo de la *interpretación teleológica* en el análisis de las figuras delictivas. La función crítica interna. La idea de fin consigue entrar en el Derecho penal mediante el bien jurídico<sup>30</sup>. Los partidarios del neo-kantismo sudoccidental<sup>31</sup> llegaron

<sup>25</sup> Ha nuestro modo de ver ha de tenerse en cuenta en todo caso el bien jurídico general o inmediato.

<sup>26</sup> Propósito que guía el trabajo de HEFENDEHL, ROLAND, “El bien jurídico como eje material de la norma penal” en ROLAND HEFENDEHL ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. MARÍA MARTÍN LORENZO, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007, p. 179 y ss.

<sup>27</sup> Una propuesta en VON HIRSCH, ANDREW – WOHLERS, WOLFGANG, “Teoría del bien jurídico y estructura del delito, sobre los criterios de una imputación justa” en ROLAND HEFENDEHL ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. BEATRIZ SPÍNOLA TÁRTALO, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007, p. 285 y ss.

<sup>28</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de derecho penal español*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 51.

<sup>29</sup> TAVARES, JUAREZ E.X., *Bien jurídico y función en Derecho penal*, trad. MÓNICA CUÑARRO, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 23.

<sup>30</sup> Véase VON LISZT, FRANZ., “La idea del fin en el Derecho penal” en *Monografías jurídicas* n° 40, Temis, Bogotá, 1998, p. 76 y ss. Para su visión actual, FREUND, GEORG, “Sobre la función legitimadora

incluso a identificar parcialmente la idea de protección de bienes jurídicos con la interpretación teleológica<sup>32</sup>. Los primeros pasos hacia una imputación normativa (designada usualmente *imputación objetiva*) aparecerían en esta época<sup>33</sup>, aunque con un tinte marcadamente subsuncionista y del cual no parece despojarse hasta la fecha<sup>34</sup>, por lo menos en el diseño de esta vertiente. La precaria recepción del dolo (HELLMUTH V. WEBER – ALEXANDER GRAF ZU DHONA) y la culpa (ENGISCH) en el tipo (todavía afectados a la culpabilidad) tendría como resultado que en el nuevo estrato se analizaran valorativamente, junto a los elementos descriptivos externos y los de carácter normativo (jurídicos, culturales o científicos), exclusivamente los elementos subjetivos distintos del dolo.

Lo etéreo de su definición permitió a la escuela de Kiel (DAHM, SCHAFFSTEIN) promocionar la superación del instituto por un criterio organicista bajo el nombre de *sano sentimiento del pueblo*.

*La permeabilidad en que se lo sumió fue una nueva señal de una enfermedad: la polifuncionalidad como síndrome de vaguedad.*

## VII. EL ESTADO SOCIAL

Aquella forma de organización –digo la liberal-, sin embargo, excluyó a grupos masivos de ciudadanos de la protección que fomentaba. Pronto, a finales del siglo XIX, la doctrina social de la iglesia católica (*Rerum Novarum*), el nacimiento del Estado social, a través de la Constitución de Weimar (1919), la denuncia criminológica del denominado *White collar crime* por SUTHERLAND<sup>35</sup> en los años treinta del siglo pasado, promocionarían, la protección de grupos determinados de la sociedad (obreros, jubilados, mujeres, niños). El derecho a la libertad, quedaba claro, no debía ser una mera afirmación formal. Exigía instrumentos que lo materializaran, principalmente respecto de aquellos desposeídos, mediante recursos del Estado, provenientes de la recaudación impositiva.

Como contrapartida, nacieron nuevos espacios de legislación penal, destinados a la persecución de quienes restringieran los derechos de los nuevos incluidos (delitos laborales, previsionales, tributarios, etc.).

El Estado social se basaba en un principio diferente al del Estado burgués: el de *prestación*<sup>36</sup>. Los derechos de *segunda* generación aparecían en escena.

---

de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal” en JÜRGEN WOLTER – GEORG FREUND eds., *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, trad. RAMÓN RAGUÉS I VALLÉS, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2004, p. 92, nota 3.

<sup>31</sup> Respecto de sus diferencias con la Escuela de Marburgo, MIR PUIG, SANTIAGO, “Límites del normativismo en Derecho penal” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07, 18, 2005, p. 4.

<sup>32</sup> AMELUNG, KNUT, El concepto de “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos cit., p. 229.

<sup>33</sup> Sus antecedentes dogmáticos se encuentran en los trabajos de KARL LARENZ (Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1928), RICHARD HONIG (Festgabe für von Frank, I, pp. 174 y ss., 1930), KARL ENGISCH (Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931). La construcción de una *doctrina de la imputación objetiva* a partir del método inductivo, ROXIN, CLAUDIUS, “Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal” en *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, Reus, Madrid, 1976, pp. 128 y ss.

<sup>34</sup> Puede consultarse SÁNCHEZ-OSTIZ, PABLO, *Imputación y teoría del delito*, B de f, Montevideo – Buenos Aires, 2008, p. 525.

<sup>35</sup> SUTHERLAND, EDWIN, “¿Es un delito el delito de «cuello blanco»?” en *El delito de cuello blanco*, trad. ROSA DE OLMO, Universidad Central de Venezuela, 1969.

<sup>36</sup> BARBOSA CASTILLO, GERARDO y GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS, “Bien jurídico y derechos fundamentales” en *Monografías de derecho penal*, n° 12, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 15 a 38.

Sin embargo la fuerte intervención estatal degeneró en autoritarismo que llevó a la instalación de los gobiernos totalitarios (Alemania, Italia, Japón). La Segunda guerra mundial dejaría como experiencia que el ser humano, como ciudadano, no sólo requiere *autonomía* (y en este sentido abstención de los demás ciudadanos y del Estado), sino también *prestaciones* (intervención del Estado). Pero, principalmente, que el ejercicio de tales derechos, únicamente se puede realizar interviniendo en la *res publica*. Sólo un Estado democrático tiene la capacidad para garantizar los derechos de *participación*<sup>37</sup>.

Una historia ecuménica teñida de sangre por dos guerras mundiales dará paso a los derechos de *tercera* generación. Resultaba indispensable proteger la paz a través de instrumentos internacionales que comprometieran a todos los países.

La ecléctica forma se denominaría *Estado social y democrático de Derecho* (receptado en países como Alemania, España y Colombia), reconocido tímidamente en la Constitución de la Nación Argentina de 1994, pero receptado sin cortapisas en nuestra Constitución Provincial (Córdoba, arts. 1º y 2º).

El nuevo Estado originó una renovada clasificación ampliatoria del bien jurídico. Ahora la división madre sería entre bienes jurídicos *individuales* y bienes jurídicos *supraindividuales*. Los *supraindividuales* comprenderían los *generales*, provenientes de la tradición y los *difusos*, destinados a proteger a aquellos grupos débiles de la sociedad<sup>38</sup> (consumidores, trabajadores, jubilados).

Ya no sería posible justificar por más tiempo el intento de GOLDSCHMIDT de atribuir las lesiones de la libertad al Derecho penal y las de bienestar, en cambio, al Derecho administrativo<sup>39</sup>.

La proliferación de bienes jurídicos se hizo insostenible. La ingenua idea de que la parificación de los ciudadanos podía traer la reducción de represión penal fue efímera. Pronto se advirtió que los nuevos grupos de presión, lejos de exigir la derogación o atenuación de la regulación penal que los avasalló durante años, comenzaron a requerir la construcción de una nueva legislación penal en contra de los que habían sido sus opresores. Mientras que los bienes jurídicos individuales se contaban con los dedos de una mano, los bienes jurídicos supraindividuales se multiplicaban de modo exponencial. Más aún; la protección se retrotraía a momentos previos al riesgo concreto o a la lesión. El empirismo comenzaba a ser desplazado por un normativismo despiadado.

Había nacido un Derecho penal *periférico*, en donde se englobaba al Derecho penal *económico*. El último, relativizando sobremanera la relevancia del concepto, creó una teoría *paralela* del bien jurídico. Es que para justificar la infinita gama de bienes jurídicos penales creados avizoró la posibilidad de construcción de un bien jurídico

---

<sup>37</sup> HABERMAS, Facticidad y validez cit., p. 143.

<sup>38</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho Penal Económico. Parte General*, tirant lo blanch, Valencia, 1998, p. 95.

<sup>39</sup> La bibliografía es abundante: GOLDSCHMIDT, JAMES y ANDERS, GEORG, “Deslinde entre los delitos administrativos y los criminales y aplicación de las normas generales del derecho penal al delito administrativo” en *El derecho penal administrativo*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, 1946, p. 52; SCHÖNKE, ADOLF, “La doctrina de derecho penal administrativo de J. Goldschmidt y su reconocimiento en la legislación alemana” en *Revista de Derecho Procesal*, Año IX, N<sup>os</sup> 3-4, Ediar, Buenos Aires, 1951, p. 298; SCHMIDT, EBERHARD, *Las repercusiones de la obra científica de James Goldschmidt sobre la legislación y la ciencia de Alemania*, trad. Werner Goldschmidt, en *Revista de Derecho Procesal*, Año IX, N<sup>os</sup> 3-4, Ediar, Buenos Aires, 1951, p. 283; GOLDSCHMIDT, ROBERTO, “La teoría del derecho penal administrativo y sus críticos” en *La Ley*, t. 74, secc. Doctrina, p. 845; GAVIER, ERNESTO, “James Goldschmidt y el derecho penal administrativo” en *El derecho penal administrativo*, UNC, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1946, p. 18.

equidistante denominado *espiritual*<sup>40</sup> que coincidía con la *ratio legis* de las figuras. La protección del último (por ej., el orden económico) requería la construcción de bienes jurídicos *intermedios* o *representantes* cuyo riesgo o lesión llevaban inexorablemente en un futuro a la destrucción de los primeros.

Obsérvese el panorama: imputación *sucesiva* atendiendo al bien jurídico directo (general o colectivo) y bien jurídico indirecto (individual); imputación *paralela*, acudiendo el bien jurídico espiritual.

*La nueva disección del término debilitaría su contextura y advertiría sobre una posible esquizofrenia en su seno.*

### VIII. FINALISMO Y FUNCIONALISMO SISTÉMICO

Por si esto fuera poco, el padre de la teoría finalista de la acción volvió a las fuentes germanas rígidas, sobre la relación Estado-individuo, prohijando una etérea formulación de lo protegido por las mandas penales. En efecto, HANS WELZEL, promocionaría como objeto de protección de la legislación criminal *los valores elementales de conciencia*, de carácter ético social<sup>41</sup>. Sólo por añadidura protegería bienes jurídicos. Por otro lado, opondría a la visión estática tradicional del instituto, una visión *dinámica*: no puede entenderse al bien jurídico como objeto de un mundo museal muerto. Nacería la teoría de la *adecuación social*<sup>42</sup> y con ella uno de los antecedentes más importantes de la teoría sistemática de la ya mencionada *imputación objetiva*<sup>43</sup>.

Es por esta época que la transformación de la función retributiva de la pena en el principio de culpabilidad, colocó al grado de su afectación, a través de la conducta, en el ámbito de la determinación judicial de la pena, como límite máximo de la sanción a imponer. Es la “despedida de KANT y HEGEL”<sup>44</sup>. Se sustituye el paradigma de la *justicia* por el de la *utilidad*. La prevención general cambia de polo y se transforma en positiva (confianza en la norma, estabilización de expectativas, fidelidad al Derecho)<sup>45</sup>. Por otro lado, las teorías *re* vinculadas a la prevención especial (readaptación, resocialización, reinscripción) le dan un tinte empírico a la teoría de la pena.

El antepenúltimo discípulo de WELZEL, por otros andariveles –sociológicos sistémicos<sup>46</sup> estos-, llevaría al extremo la teoría de su maestro. Para JAKOBS, la función

---

<sup>40</sup> Crítica de esta elaboración, CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, “Algunas cuestiones sobre el injusto típico en los «delitos de peligro»” en dir. DONNA, EDGARDO A., *Revista de Derecho Penal – Delitos de peligro – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007-2, p. 94; También AMELUNG, KNUT, El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos cit., p. 253.

<sup>41</sup> WELZEL, HANS, *Derecho penal alemán*, trad. J. BUSTOS RAMÍREZ – S. YAÑEZ PÉREZ, E.J. Ch., 11ª ed., Chile, 1993, p. 5.

<sup>42</sup> Sobre el tema, CANCIO MELIÁ, MANUEL, “La teoría de la adecuación social en Welzel” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, Madrid, tomo XLVI, fasc. II, mayo-agosto, 1993, p. 697 y ss.

<sup>43</sup> Con la óptica deductiva de WELZEL, las teorías de la *imputación objetiva* elaboradas por JAKOBS, GÜNTHER, (*La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. MANUEL CANCIO MELIÁ, Civitas, Madrid, 1996, pp. 89 y ss.) y FRISCH, WOLFGANG, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, trad. JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS – JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2004, pp. 15 y ss.

<sup>44</sup> Sobre el tópico, KLUG, ULRICH, “Despedida de Kant y Hegel” en *Problemas de la filosofía y de la pragmática del Derecho*, trad. JORGE M. SEÑA, Alfa, Caracas – Venezuela, 1989, pp. 32 y 33.

<sup>45</sup> Consúltese, HASSEMER, WINFRIED, “Prevención general y aplicación de la pena” en AA. VV., *Principales problemas de la prevención general*, trad. GUSTAVO E. ABOSO – TEA LÖW, B de f, Montevideo – Buenos Aires, 2004, p. 59. También, LÜDERSSEN, KLAUS, “La función preventivo-general del sistema del delito” en AA. VV., *Principales problemas de la prevención general*, trad. GUSTAVO ABOSO – TEA LÖW, B de f, Buenos Aires – Montevideo, 2004, pp. 118 y ss.

<sup>46</sup> Nítidamente diferenciado del *funcionalismo moderado* (ROXIN) y del *funcionalismo monista-individualista* (HASSEMER). Cfr. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, “Política criminal en la dogmática:

de la pena, en la esfera del significado, es mantener la vigencia de la norma, reafirmarla como pauta de orientación para los contactos sociales<sup>47</sup> (metalenguaje normativo que daba una solución aparente). La teoría contractualista queda enrevesada priorizándose el Estado respecto de la persona. No puede tenerse en cuenta las consecuencias externas de la conducta, no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos<sup>48</sup>. Los últimos no son ni más ni menos que sombras caricaturescas de las normas.

*Su naturaleza fue mutada y en lugar de tener sustento jurídico se lo confundió promiscuamente con la ética social o la sociología sistémica.*

## **IX. EL DERECHO PENAL DE SEGURIDAD**

Una estocada más: el Derecho penal de seguridad<sup>49</sup>. Está dirigido a la tranquilidad espiritual del ciudadano y alejado de toda posibilidad de concreción práctica (Derecho penal simbólico)<sup>50</sup>. Nació al socaire de la Sociedad del riesgo, invirtiendo los factores del Estado liberal, cuna del bien jurídico. Ya no se puede pretender hacer preponderar al sujeto respecto de la sociedad en la que vive<sup>51</sup>. La ciencia es sometida a sus propias torturas a través de la epistemología. La sociedad postmoderna asume una carga de riesgo –*risikogesellschaft*– en su propia identidad que encierra una grave contradicción: el peligro de supervivencia de la especie. La *sociedad del riesgo* no es una sociedad revolucionaria; es una sociedad catastrófica<sup>52</sup>. Mientras que las sociedades del pasado vivían bajo la permanente amenaza del *peligro natural*, gran parte de los riesgos a los que están expuestas las sociedades actuales tienen su origen en la propia *actividad humana*<sup>53</sup>. Se cree hoy que existen buenas razones para decir que la historia de las ciencias, desde sus inicios, no es tanto una historia de adquisición de conocimiento cuanto una historia de errores y corrección de faltas prácticas. La configuración de la sociedad como “organización de riesgo”, provoca el aumento del número de situaciones de peligro<sup>54</sup>. Es necesario truncar el avance infinito de la ciencia y la tecnología: el *medio ambiente* y los *consumidores* están en peligro. Nace la teoría de la acumulación delictiva (*Kumulationsdelikt*)<sup>55</sup> y la responsabilidad

---

algunas cuestiones sobre su contenido y límites” en *Perspectivas sobre la Política criminal moderna*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, pp. 38 y 39.

<sup>47</sup> También adhiere AMELUNG, KNUT, El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos cit., p. 259.

<sup>48</sup> JAKOBS, GÜNTHER *Derecho Penal. Parte General*, trad. J. CUELLO CONTRERAS – J. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid, 2ª ed., 1995, 1/10 y 1/11, pp. 13 y 14.

<sup>49</sup> NAVARRO CARDOSO, FERNANDO, “El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador” en *Pensamiento penal y criminológico*, año VI, n° 10, 2005, Mediterránea, Córdoba, p. 181.

<sup>50</sup> BARATTA, ALESSANDRO, “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica” en *Criminología y Sistema Penal*, trad. MAURICIO MARTÍNEZ SÁNCHEZ, B de F, Buenos Aires – Montevideo, 2004, p. 85.

<sup>51</sup> STRATENWERTH, GÜNTER, Derecho penal. Parte general I. El hecho punible cit., p. 9.

<sup>52</sup> BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. varios, Paidós, Barcelona, 1998, p. 30. LUHMANN, NIKLAS, *Sociología del riesgo*, trad. varios, Universidad Iberoamericana – Universidad de Guadalajara, México, 1992, p. 127.

<sup>53</sup> GARCÍA RIVAS, NICOLÁS, “Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria” en *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 2005, p. 55.

<sup>54</sup> CASTALDO, ANDREA, “La concreción del «riesgo jurídicamente relevante»” en *Revista de Derecho penal*. “Delitos de peligro – II”, dir. EDGARDO A. DONNA, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2008-II, p. 39.

<sup>55</sup> Sobre el tema, STERNBERG-LIEBEN, DETLEV, loc. cit., p. 115.

por el producto (*principio de precaución*)<sup>56</sup>. Si no castigamos las pequeñas conductas que horadan los ecosistemas y a los ciudadanos, pronto la suma de todas ellas llevará a la total desaparición de unos como otros. De tal modo, en muchos casos, se termina “matando moscas a cañonazos”<sup>57</sup>.

La legislación penal, con el paso del tiempo, se ha convertido en un medio de protección de peligros que exceden con creces lo que hasta ahora era su núcleo. Una nueva reordenación: los derechos de *cuarta* generación<sup>58</sup>. La *omisión imprudente*, totalmente alejada de la afectación del bien jurídico, se convierte en el eje del Derecho penal<sup>59</sup>. A través de la introducción de los delitos de peligrosidad se ha producido un *ablandamiento* del bien jurídico, cuyo punto máximo llegó cuando URS KINDHÄUSER<sup>60</sup> les otorgó el bien jurídico imaginario *seguridad*, normativamente garantizado<sup>61</sup>.

La idea bindigniana según la cual había que distinguir entre infracciones penalmente relevantes y peligros concretos, de un lado, y peligros abstractos propios del Derecho de policía, del otro, había claudicado definitivamente.

*El riesgo no puede esperar la lesión del bien jurídico, pues eso pone en peligro generaciones humanas por venir*<sup>62</sup>, aun cuando no pueda hablarse de bienes jurídicos actuales, sino de expectativas futuras.

## X. DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y LEGISLACIÓN PENAL

Si se pretende un acercamiento de la legislación penal y su instrumento crítico - el bien jurídico- a la discusión constitucional, será preciso asumir dos conceptos de la última, de suma importancia: la prohibición de exceso (*Übermaßverbot*) y la prohibición de defecto (*Untermaßverbot*).

Como expresa HASSEMER, en la *prohibición de exceso* se pone de relieve la tradición clásica de los derechos fundamentales como fundamento de derechos de defensa frente a las intromisiones estatales. Esta prohibición hace efectivo los límites a las intervenciones del Estado que sobrepasan la medida legislativa<sup>63</sup>. La objetividad jurídica se inserta de modo trivial en este cartabón. Es una prohibición de criminalización para el legislador. Es un vector negativo, un límite.

La *prohibición de defecto*, por contra, establece que el legislador puede estar obligado en determinadas situaciones, por la Constitución, a proteger determinados intereses con ciertos medios que no siempre han de provenir de la legislación represiva,

---

<sup>56</sup> SOLA RECHE, ESTEBAN, “Principio de precaución y tipicidad penal” en *Revista de Derecho penal*. “Delitos de peligro – II”, dir. EDGARDO A. DONNA, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2008-1, p. 729.

<sup>57</sup> FREUND, GEORG, Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal cit., p. 103, nota 30.

<sup>58</sup> Cfr. CESANO, JOSÉ D., “El bien jurídico protegido en los delitos contra el orden económico: una contribución para su determinación” en ALEJANDRO SÁNCHEZ FREYTES dir., *Temas de Derecho Penal*, Mediterránea, Córdoba, 2008, p. 26.

<sup>59</sup> GÜNTHER, KLAUS, “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber ¿Un cambio de paradigma en el Derecho penal? en *La insostenible situación del Derecho penal*, trad. JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, Comares, Granada, 2000, p. 504.

<sup>60</sup> Véase KINDHÄUSER, URS, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, trad. CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 86.

<sup>61</sup> HIRSCH, HANS JOACHIM, “Sistemática y límites de los delitos de peligro” en *Revista de Derecho penal*. “Delitos de peligro – II”, dir. EDGARDO A. DONNA, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2008-1, p. 31.

<sup>62</sup> HEFENDEHL, ROLAND, “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, trad. Eduardo Salazar Ortuño, 04-14 (2002), p. 1 (disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc>).

<sup>63</sup> HASSEMER, WINFRIED, “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?” en ROLAND HEFENDEHL ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. BEATRIZ ESPÍNOLA TÁRTALO, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007, p. 98.

pudiendo utilizarse el arsenal de herramientas que proceden de todos los sectores del ordenamiento jurídico. Pero puede ser, en alguna medida, un mandato de criminalización para el legislador. Es un cartabón positivo, una promoción de la regulación penal.

Como se advierte, se produce una dialéctica de principios que restringe el ámbito discrecional del legislador.

Si bien, la prohibición de defecto no exige que la protección del bien jurídico sea por vía penal (bien jurídico penal), brinda, sin lugar a dudas, un argumento de peso para justificar la criminalización de conductas. Si a ello le sumamos la alta flexibilidad que encierran los valores que contienen las cartas magnas, no hará falta mucho esfuerzo para encontrar bienes jurídicos hasta debajo de las piedras<sup>64</sup>. La crítica al dogma del bien jurídico se debe también a que, tanto el legislador como parte de la doctrina, asignan un bien jurídico a cada nuevo tipo penal sin mayores miramientos, llevando a un debate sin orden ni concierto a la idea de confianza, a la seguridad pública, a la protección de instituciones o, incluso, al clima o a la lucha en escenarios de amenaza general<sup>65</sup>.

Los juristas están mucho más predispuestos a justificar todo tipo de figura delictiva que se introduce en el ordenamiento (positivismo), que a intervenir con el bien jurídico, como elemento crítico trascendente, a fin de quitarle valor a la obra del legislador.

Por si esto fuera poco, hoy se admite sin tapujos que no existen especiales limitaciones materiales al Derecho penal impuestas por los derechos fundamentales, que no se puede generalizar en un principio constitucional de “Derecho penal como *ultima ratio*”<sup>66</sup>. Es más: «...especialmente en el ámbito de la protección penal de una norma de conducta las exigencias que, se refieren a la proporcionalidad de las normas penales son claramente menores que en otras ramas del Derecho, como consecuencia de las inseguridades sobre los mecanismos efectivos de la regulación jurídico-penal. Por tanto, la importancia del principio de proporcionalidad...tiene más bien un efecto encubridor. Hay que reconocer que el principio de proporcionalidad se aplica más, en otras ramas jurídicas cuya importancia en términos de gravedad no es comparable»<sup>67</sup>. La dogmática constitucional considera actualmente anacrónicos los límites inmanentes al propio Derecho penal, tal el caso del bien jurídico.

---

<sup>64</sup> CANCIO MELIÁ, MANUEL, “Dogmática y Política criminal en una teoría funcional del delito” en colectánea de GÜNTHER JAKOBS – MANUEL CANCIO MELIÁ, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 147.

<sup>65</sup> HEFENDEHL, ROLAND, El bien jurídico como eje material de la norma penal cit., p. 191.

<sup>66</sup> BÖSE, MARTIN, “Derechos fundamentales y Derecho penal como Derecho coactivo” en ROLAND HEFENDEHL ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. MARÍA MARTÍN LORENZO – MARGARITA VALLE MARISCAL DE GANTE, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007, pp. 140 y 146. Parece estar en contra, SCHÜNEMANN, BERND, “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación cit., p. 208.

<sup>67</sup> BUNZEL, MICHAEL, “La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información” en HEFENDEHL, ROLAND ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho o juego de abalorios dogmático?*, trad. MARÍA GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007, pp. 158 y 159. También 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., p. 216.

*Acorazar el bien jurídico, como sucedió históricamente, en los derechos fundamentales previstos a nivel constitucional puede ser un arma de doble filo, en donde al ir por lana se saldría trasquilado*<sup>68</sup>.

## **XI. EL DISCURSO DE LA VÍCTIMA**

El discurso del bien jurídico, encarnado en la colectividad, más que en un concreto ciudadano, había tenido por efecto el aniquilamiento de las facultades de intervención en el conflicto de quien fuera agredido directamente por el delito y su casi nula intervención en sede penal<sup>69</sup>. Entre sus objetivos se encontraba desbancar al sujeto pasivo del hecho delictuoso y, en lugar de mera venganza, tornar racional la retribución por la conducta criminal. Los órganos públicos predispuestos del Estado ratificaron una preeminencia que, poco a poco, se había gestado, ocupando el lugar que le correspondía al sujeto pasivo por el delito, en el binomio víctima-victimario, relegando a la primera al ejercicio de una actividad secundaria en el proceso penal (querellante particular) o, en su caso, a la pretensión del resarcimiento del daño causado, de acuerdo al Derecho privado (acción civil).

La coyuntura, derivada de la ineficiencia de las instituciones públicas destinadas a la persecución, como así también la necesidad de una concreta satisfacción burocrática a quien había sufrido en carne propia el delito (de espectador a protagonista), requirió traer nuevamente al ofendido a la resolución escénica del conflicto, sin parar mientes en relación a las consecuencias de semejante promiscuidad conceptual. Sin embargo, la ambigüedad del término *víctima* utilizado en su inserción, que actualmente incluye desde el que se presenta en tal carácter, pasando por la probable víctima, hasta quien en verdad, mediante sentencia condenatoria firme, es así declarado por contrapartida del culpable, trae mayor vaguedad a la teoría del delito y contamina el concepto tradicional de bien jurídico. No hay posibilidades de salvar la asimetría que se deriva de tener un *inocente* “normativo” perteneciente al mundo del deber ser y una *víctima* “empírica” adscripta al mundo del ser.

No hubo reflexión en la contradicción que había entre ambos discursos: a. A mayor reconocimiento de la víctima se producía una restricción (*rectius*: negación) del ámbito de acción de la teoría del bien jurídico; b. Frente a un mayor protagonismo del sujeto afectado, menor intervención de los órganos del Estado en el escenario procesal.

Pueden suscribirse las acotaciones de AMELUNG: «En tal medida, el cada vez más extendido discurso de la “protección penal de la víctima” no supone un progreso, sino la creación de una trampa mental más de las que, en cualquier caso ya hay bastantes en la teoría de la lesividad social del delito»<sup>70</sup>.

*La teoría del bien jurídico ha quedado seriamente desarticulada por la introducción poco meditada del supuesto ofendido en la dogmática penal. Un tipo de falacia criminológica y procesalista.*

## **XII. LA LÓGICA “HEMISFERIO NORTE”**

En los hospitales dogmáticos latinoamericanos su muerte se puede anunciar llegará muy pronto. Es que la “lógica hemisferio norte”, dominante en el mundo, obliga

---

<sup>68</sup> Frase popularizada en el medio local por mi maestro de Derecho penal procesal, MANUEL N. AYÁN. La utiliza para mostrar gráficamente el fundamento de la prohibición de *reformateo in pejus* al tratar la teoría de los recursos.

<sup>69</sup> ESER, ALBIN, “Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales” en ESER *et al.*, *De los delitos y de la víctima*, trad. FABRICIO GUARIGLIA y FERNANDO CÓRDOBA, Ad-hoc, Buenos Aires, 1992, p. 16.

<sup>70</sup> AMELUNG, KNUT, El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos cit., p. 262, nota 105.

a los países sudamericanos (bajo el estigma de constituir el tercer mundo, lo que produce un paternalismo recalcitrante) a introducir en sus normativas penales figuras delictivas vinculadas a problemas que no nos llegan o que se encuentran ya previstos en otras figuras<sup>71</sup>, so riesgo de que nuestras calificaciones internacionales en lo económico queden depreciadas (el hambre de pueblos enteros se convierte en la coacción para obligar a la imposición de nuevas reglas jurídicas). En esto, agréguese que la europeización del Derecho penal actualmente en proceso no conduce a una optimización de la protección de los derechos fundamentales, sino a una optimización de las competencias estatales de intervención<sup>72</sup>. Valga como ejemplo la introducción en nuestro Código Penal de normas que castigan las asociaciones ilícitas terroristas y la financiación del terrorismo (arts. 213 ter y 213 quáter). El *Derecho penal del enemigo* se infiltra cada vez más en el ordenamiento jurídico. Deberemos tratar al semejante, ya no como “prójimo”, sino como “naturaleza”<sup>73</sup>, despojado de todo bien jurídico.

Ni siquiera somos dueños de nuestro propio destino.

*El enemigo encarna naturaleza; es puro empirismo. El valor, sustento del bien jurídico, base de la comunicación, no resulta indispensable en esta situación. Latinoamérica es parte del laboratorio legislativo.*

### XIII. EXTREMA UNCIÓN

El cáncer que aqueja al bien jurídico se denomina *polisemia* y se propaga de una manera escandalosa. Está haciendo metástasis en la teoría del delito.

Los especialistas en la materia utilizan todos los métodos terapéuticos a su alcance. La patología, de todos modos, está demasiado extendida. Se le exigió a su “cuerpo”, indudablemente, mayores prestaciones de las que estaba dispuesto a soportar<sup>74</sup>. Algunas de sus partes esenciales ya no cumplen funciones vitales.

El *principio de inercia* de PERELMAN<sup>75</sup> comienza a girar; lo que ha de probarse en la actualidad es que existen buenos motivos para mantenerlo como concepto dogmático básico.

Expresa SEHER: «El ancho de banda va desde la fijación en lo individual preconizada por HASSEMER hasta la apertura de las condiciones vitales de la humanidad (SCHÜNEMANN) pasando por posturas que pretenden restringir la aplicabilidad del concepto ya sea en su amplitud (STRATENWERTH), ya sea en su profundidad (WOHLERS). Y eso suele venir acompañado de un extendido escepticismo acerca de las posibilidades de que con los medios del debate hasta ahora mantenido pueda llegarse a un concepto de bien jurídico susceptible de consenso»<sup>76</sup>.

---

<sup>71</sup> Cfr. ZAFFARONI, EUGENIO R., “Prólogo” en CERVINI – CESANO – TERRADILLOS BASOCO, *El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo*, Alveroni, Córdoba, 2008, pp. 9 y 10.

<sup>72</sup> 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., p. 226.

<sup>73</sup> JAKOBS, GÜNTHER, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo” en *Derecho penal del enemigo*, GÜNTHER JAKOBS - MANUEL CANCIO MELIÁ, trad. del último, Thomson – Civitas, Madrid, 2003, p. 45. También, JAKOBS, GÜNTHER, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad” en *Derecho penal del enemigo*, colectánea de JAKOBS – POLAINO NAVARRETE – POLAINO ORTS, trad. MANUEL CANCIO MELIÁ, Mediterránea, Córdoba, 2007, p. 38.

<sup>74</sup> En sentido semejante, HEFENDEHL, ROLAND, El bien jurídico como eje material de la norma penal cit., p. 179.

<sup>75</sup> Cnfse. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, trad. MANUEL ATIENZA e ISABEL ESPEJO, CEC, Madrid, 1989, p. 256; PERELMAN, CH. y OLBRECHTS TYTECA, L., *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*, trad. J. SEVILLA MUÑOZ, Gredos, Madrid, 1989, 1ª reimpression, p. 178.

<sup>76</sup> SEHER, GERHARD, La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico cit., p. 76.

Le ha llevado mucho tiempo a la mejor doctrina advertir que el bien jurídico, como filtro, resulta bastante endeble a la hora de examinar la legitimidad constitucional de las mandas represivas<sup>77</sup>. Que la función político criminal o crítica no existe en la cotidianeidad jurídica<sup>78</sup>. Que las normas penales siempre han protegido más que lo comprendido por la laxa noción de bien jurídico. Un “volver a BINDING” y su vigoroso positivismo jurídico se promociona como medida extrema de salvación<sup>79</sup>, como lo único imprescindible para asegurar la supervivencia<sup>80</sup>. O quizás, una profundización de la función teleológica como instrumento restrictivo de los alcances de la figura penal. La teoría del bien jurídico por sí misma no puede conducir ni limitar el desarrollo del Derecho penal<sup>81</sup>.

Una fe inusitada en la democracia parlamentaria surge como sustituta de la esperanza que alguna vez se tuvo en el bien jurídico como límite trascendente. O quizá, una búsqueda de alternativas, en la historia de las ideas; por ejemplo, en la tesis hegeliana de negación unilateral del otro como sujeto de derecho en una relación de reconocimiento recíproco<sup>82</sup>. Asunción de intereses, ajenos a la dimensión témporo-espacial, aparecen con escasa capacidad de justificación.

Un breve repaso histórico nos hace advertir que en Grecia la democracia no era un concepto extendible a la *esclavitud* (reconocida por ARISTÓTELES y ratificada más de un milenio después por TOMÁS DE AQUINO). La Revolución Francesa que abolió esta institución, estableció, a través de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano, derechos individuales *masculinos*. La *pax* católica no se extendía a los *herejes* (judíos, musulmanes, etc.). Cuando KANT aludía a los Derechos políticos provenientes del contrato social lo hacía sólo en relación a los sujetos *independientes económicamente*. En los países *periféricos*, actualmente, los derechos civiles, políticos y sociales, aunque cueste asumirlo, tienen reconocimiento internacional en tanto estas naciones tengan al día sus deudas externas, permitan el monitoreo externo de su economía, no se opongan a los objetivos planteados por las potencias internacionales e impidan, en la medida de lo posible, la inmigración de sus ciudadanos al primer mundo.

La muerte del concepto se producirá en el preciso momento en que su extrema vaguedad lo prive de toda valencia semántica. Su agonía transcurre por la paulatina pérdida de consistencia conceptual<sup>83</sup>.

---

<sup>77</sup> Por todos, LAGODNY, OTTO, “El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional” en ROLAND HEFENDEHL ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. IÑIGO ORTIZ URBINA GIMENO, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007, p. 133.

<sup>78</sup> Cfr. BUNZEL, MICHAEL, La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información cit., p. 152. Véase también, CASTALDO, ANDREA, La concreción del “riesgo jurídicamente relevante” cit., p. 39.

<sup>79</sup> Parece ser la posición de SCHÜNEMAN, BERND, El principio de protección de bienes jurídicos como punta de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación cit., p. 202.

<sup>80</sup> AMELUNG, KNUT, El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos cit., p.234.

<sup>81</sup> WOHLERS, WOLFGANG, “Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico” en ROLAND HEFENDEHL ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. MARGARITA VALLE MARISCAL DE GANTE, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007, p.404.

<sup>82</sup> SEELMAN, KURT, El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo de reconocimiento como criterios de merecimiento de la pena cit., p. 376.

<sup>83</sup> Cfr. FERRAJOLI, LUIGI, “Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales” en [www.juareztavares.com](http://www.juareztavares.com), trad. WALTER ANTILLÓN M., p. 1.

La reanimación del que fuera el norte teleológico suena a *distanacia*<sup>84</sup> (encarnizamiento terapéutico). Hoy, ya no hay lugar para el infortunio. Todos somos culpables de todo<sup>85</sup>. El bien jurídico está conectado a un respirador artificial. Su espectro “comienza a ver la luz del túnel que lo lleva a su final”.

Los años me han hecho entender que los conceptos básicos del Derecho penal carecen de la flexibilidad que muchas veces se les pretende otorgar. Si la tentativa es llevarlos al extremo garantista, seguramente reaccionarán en sentido represivo; por el contrario, si se intenta llevar mucha agua para el lado punitivo el dique filtrará irremediabilmente hacia un reacomodamiento de las defensas individuales. Pero; tanto el garantismo, como la represión ilimitada, se convierten en *falacias* que pueden agotar las instituciones penales. Los puntales principistas del Derecho penal aparecen maniqueamente: una faz represiva, otra garantista. El equilibrio ha de imponerse.

Desde el punto de vista filosófico, nunca he sido un positivista. Sin embargo, muchas veces la utilización de esta metodología nos hace caer en la cuenta de lo que fue, de lo que resulta difícil que se mantenga y de lo que ya no será.

Algo me queda claro: la doctrina penal pretendió que los ataques relativos al Estado se encontraran entre las infracciones de policía (FEUERBACH), que las transgresiones al orden administrativo-económico fuera parte del Derecho de faltas (GOLDSCHMIDT) y que los delitos de mera conducta quedaran fuera de la legislación penal (BINDING). El tiempo hizo tabla rasa respecto de esas finalidades. Bienes jurídicos colectivos, legislación penal económica y de seguridad, son fieles testigos del fracaso rotundo de aquellas doctrinas. Tampoco parece haber rendido frutos la propuesta de un Derecho intermedio entre el Derecho penal y el Derecho administrativo como dique frente al expansionismo penal<sup>86</sup>. La historia lineal muestra la capitulación de la función trascendente de la objetividad jurídica. O más bien: no brinda testimonio de que alguna vez haya logrado ese desiderátum.

Tal vez; antes; fui un fiel creyente en las cualidades que encarnaba el bien jurídico.

Quizás hoy sea demasiado pesimista.

El fanatismo a veces suena a dialéctica....

### ***Bibliografía:***

-ALCÁZER GIRAO, RAFAEL, “La protección del futuro y los daños cumulativos” en *Revista electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 04-08 (2002), p. 7 (disponible en <http://criminet.ugr.es/redpc>).

-, *Los fines del derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004 (impreso en la Argentina).

-ALEXY, ROBERT, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, trad. MANUEL ATIENZA e ISABEL ESPEJO, CEC, Madrid, 1989.

-AMELUNG, KNUT, “El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos” en ROLAND HEFENDEHL ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento*

---

<sup>84</sup> Sobre el término, REINALDI, VÍCTOR, “Delitos contra la vida humana independiente” en BALCARCE, FABIÁN dir., *Derecho penal. Parte especial*, Lerner, Córdoba, 2007, p. 144.

<sup>85</sup> ALCÁZER GIRAO, RAFAEL, “La protección del futuro y los daños cumulativos” en *Revista electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 04-08 (2002), p. 7 (disponible en <http://criminet.ugr.es/redpc>).

<sup>86</sup> Cfr. HASSEMER, WINFRIED – MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 46. La crítica a este planteo en DE LA CUESTA AGUADO, PAZ, “Sociedad, tecnología y globalización del derecho penal” en A. A. V. V., *Derecho Penal Económico*, E.J.C., Mendoza, 2003, p. 31.

y legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, trad. IÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007.

-ARZT, GÜNTHER, “La parte especial del derecho penal sustantivo” en *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, trad. LUIS ARROYO ZAPATERO, Ariel, Barcelona, 1989.

-BACIGALUPO, ENRIQUE, *Estudios de la parte especial del derecho penal*, akal/iure, 2ª ed., Madrid, 1994.

-BARATTA, ALESSANDRO, “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica” en *Criminología y Sistema Penal*, trad. MAURICIO MARTÍNEZ SÁNCHEZ, B de F, Buenos Aires – Montevideo, 2004.

-BARBOSA CASTILLO, GERARDO y GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS, “Bien jurídico y derechos fundamentales” en *Monografías de derecho penal*, n° 12, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

-BECCARIA, CESARE, *De los delitos y de la pena*, trad. JUAN ANTONIO DE LAS CASAS, Alianza, Buenos Aires, Madrid, 1968.

-BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. varios, Paidós, Barcelona, 1998.

-BÖSE, MARTIN, “Derechos fundamentales y Derecho penal como Derecho coactivo” en ROLAND HEFENDEHL ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. MARÍA MARTÍN LORENZO – MARGARITA VALLE MARISCAL DE GANTE, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007.

-BUNZEL, MICHAEL, “La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información” en HEFENDEHL, ROLAND ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho o juego de abalorios dogmático?*, trad. MARÍA GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007.

-BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de derecho penal español*, Ariel, Barcelona, 1984.

-CANCIO MELIÁ, MANUEL, “Dogmática y Política criminal en una teoría funcional del delito” en colectánea de GÜNTHER JAKOBS – MANUEL CANCIO MELIÁ, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2000.

-, “La teoría de la adecuación social en Welzel” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, Madrid, tomo XLVI, fasc. II, mayo-agosto, 1993.

-CARRARA, FRANCESCO, *Programa del curso de Derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, trad. SEBASTIÁN SOLER – ERNESTO GAVIER – RICARDO NUÑEZ, Depalma, Buenos Aires, 1945, III.

-CASTALDO, ANDREA, “La concreción del «riesgo jurídicamente relevante»” en *Revista de Derecho penal*. “Delitos de peligro – II”, dir. EDGARDO A. DONNA, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2008-II.

-CESANO, JOSÉ D., “El bien jurídico protegido en los delitos contra el orden económico: una contribución para su determinación” en ALEJANDRO SÁNCHEZ FREYTES dir., *Temas de Derecho Penal*, Mediterránea, Córdoba, 2008.

-CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, “Algunas cuestiones sobre el injusto típico en los «delitos de peligro»” en dir. DONNA, EDGARDO A., *Revista de Derecho Penal – Delitos de peligro – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007-2.

-DE LA CUESTA AGUADO, PAZ, “Sociedad, tecnología y globalización del derecho penal” en A. A. V. V., *Derecho Penal Económico*, E.J.C., Mendoza, 2003.

- ESER, ALBIN, “Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales” en ESER *et al.*, *De los delitos y de la víctima*, trad. FABRICIO GUARIGLIA y FERNANDO CÓRDOBA, Ad-hoc, Buenos Aires, 1992.
- FERNÁNDEZ, GONZALO D., *Bien jurídico y sistema del delito* B. de f, Montevideo – Buenos Aires, 2004.
- FERRAJOLI, LUIGI, “Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales” en [www.juareztavares.com](http://www.juareztavares.com), trad. WALTER ANTILLÓN M.
- FEUERBACH, ANSELM VON, *Tratado de derecho penal*, trad. de la 14ª ed. alemana de EUGENIO R. ZAFFARONI – IRMA HAGEMEIERS, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.
- FLETCHER, GEORGE, *Gramática del Derecho penal*, trad. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- FREUND, GEORG, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal” en JÜRGEN WOLTER – GEORG FREUND eds., *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, trad. RAMÓN RAGUÉS I VALLÉS, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2004.
- FRISCH, WOLFGANG, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, trad. JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS – JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2004.
- GARCÍA RIVAS, NICOLÁS, “Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria” en *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 2005.
- GARCÍA VITOR, ENRIQUE, *La insignificancia en el Derecho penal. Los delitos de bagatela*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- GAVIER, ERNESTO, “James Goldschmidt y el derecho penal administrativo” en *El derecho penal administrativo*, UNC, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1946.
- GOLDSCHMIDT, JAMES y ANDERS, GEORG, “Deslinde entre los delitos administrativos y los criminales y aplicación de las normas generales del derecho penal al delito administrativo” en *El derecho penal administrativo*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, 1946.
- GOLDSCHMIDT, ROBERTO, “La teoría del derecho penal administrativo y sus críticos” en *La Ley*, t. 74, secc. Doctrina.
- GÜNTHER, KLAUS, “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber ¿Un cambio de paradigma en el Derecho penal? en *La insostenible situación del Derecho penal*, trad. JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, Comares, Granada, 2000.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, trad. MANUEL JIMÉNEZ REDONDO, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2000.
- HASSEMER, WINFRIED, “Prevención general y aplicación de la pena” en AA. VV., *Principales problemas de la prevención general*, trad. GUSTAVO E. ABOSO – TEA LÖW, B de f, Montevideo – Buenos Aires, 2004.
- , “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?” en ROLAND HEFENDEHL ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. BEATRIZ ESPÍNOLA TÁRTALO, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007.
- HASSEMER, WINFRIED – MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995.
- HEFENDEHL, ROLAND, “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, trad. Eduardo Salazar Ortuño, 04-14 (2002), p. 1 (disponible en <http://criminet.ugr.es./recpc>).

- , “El bien jurídico como eje material de la norma penal” en ROLAND HEFENDEHL ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. MARÍA MARTÍN LORENZO, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007.
- HIRSCH, HANS JOACHIM, “Sistemática y límites de los delitos de peligro” en *Revista de Derecho penal*. “Delitos de peligro – II”, dir. EDGARDO A. DONNA, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2008-1.
- JAKOBS, GÜNTHER, Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo” en *Derecho penal del enemigo*, GÜNTHER JAKOBS - MANUEL CANCIO MELIÁ, trad. del último, Thomson – Civitas, Madrid, 2003.
- , “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad” en *Derecho penal del enemigo*, colectánea de JAKOBS – POLAINO NAVARRETE – POLAINO ORTS, trad. MANUEL CANCIO MELIÁ, Mediterránea, Córdoba, 2007.
- , *Derecho Penal. Parte General*, trad. J. CUELLO CONTRERAS – J. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid, 2ª ed., 1995.
- , *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. MANUEL CANCIO MELIÁ, Civitas, Madrid, 1996.
- JESCHECK, HANS HEINRICH – WEIGEND, THOMAS, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. MIGUEL OLMEDO CARDENETE de la 5ª ed. alemana, Comares, Granada, 2002.
- KANT, IMMANUEL, *La metafísica de las costumbres*, trad. ADELA CORTINA ORTS – JESÚS CONILL SANCHO, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2005.
- KINDHÄUSER, URS, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, trad. CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- KLUG, ULRICH, “Despedida de Kant y Hegel” en *Problemas de la filosofía y de la pragmática del Derecho*, trad. JORGE M. SEÑA, Alfa, Caracas – Venezuela, 1989.
- LAGODNY, OTTO, “El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional” en ROLAND HEFENDEHL ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. IÑIGO ORTIZ URBINA GIMENO, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007.
- LÜDERSSEN, KLAUS, “La función preventivo-general del sistema del delito” en AA. VV., *Principales problemas de la prevención general*, trad. GUSTAVO ABOSO – TEA LÖW, B de f, Buenos Aires – Montevideo, 2004.
- LUHMANN, NIKLAS, *Sociología del riesgo*, trad. varios, Universidad Iberoamericana – Universidad de Guadalajara, México, 1992.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho Penal Económico. Parte General*, tirant lo blanch, Valencia, 1998.
- MIR PUIG, SANTIAGO, “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”, en *EPC*, España, 1990.
- , *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
- , “Límites del normativismo en Derecho penal” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07, 18, 2005.
- NAVARRO CARDOSO, FERNANDO, “El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador” en *Pensamiento penal y criminológico*, año VI, nº 10, 2005, Mediterránea, Córdoba.
- NUÑEZ, RICARDO C., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., act. VÍCTOR F. REINALDI, Lerner, Córdoba, 1999.
- , *Tratado de Derecho Penal*, Lerner, Córdoba, 1988, III.

- PERELMAN, CH. y OLBRECHTS TYTECA, L., *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*, trad. J. SEVILLA MUÑOZ, Gredos, Madrid, 1989, 1ª reimpresión.
- REINALDI, VICTOR F., “Crímenes contra la humanidad” en ALEJANDRO SÁNCHEZ FREYTES dir., *Temas de Derecho Penal*, Mediterránea, Córdoba, 2008.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho penal. Parte general*, I, trad. D.M. LUZÓN PEÑA – M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO – J. DE VICENTE REMESAL, Civitas, Madrid, 1997, I.
- , “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?” en ROLAND HEFENDEHL ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. IÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007.
- , “Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal” en *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, Reus, Madrid, 1976.
- RUDOLPHI, HANS, “Diferentes aspectos del concepto de bien jurídico” en *Nuevo pensamiento penal*, trad. E. BACIGALUPO, año 4, n<sup>os</sup> 5 a 8, Depalma, Buenos Aires, 1975.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, PABLO, *Imputación y teoría del delito*, B de f, Montevideo – Buenos Aires, 2008.
- SCHMIDT, EBERHARD, *Las repercusiones de la obra científica de James Goldschmidt sobre la legislación y la ciencia de Alemania*, trad. Werner Goldschmidt, en *Revista de Derecho Procesal*, Año IX, N<sup>os</sup> 3-4, Ediar, Buenos Aires, 1951.
- SCHÖNKE, ADOLF, “La doctrina de derecho penal administrativo de J. Goldschmidt y su reconocimiento en la legislación alemana” en *Revista de Derecho Procesal*, Año IX, N<sup>os</sup> 3-4, Ediar, Buenos Aires, 1951.
- SCHULENBURG, JOHANNA, “Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura del delito e imputación objetiva” en ROLAND HEFENDEHL ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. MARGARITA VALLE MARISCAL DE GANTE, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007.
- SCHÜNEMANN, BERND, “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación” en ROLAND HEFENDEHL ed. *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. MARÍA MARTÍN LORENZO – MIRJA FELDMAN, Madrid – Barcelona, 2007.
- SEELMAN, KURT, “El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo de reconocimiento como criterios de merecimiento de la pena” en ROLAND HEFENDEHL ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. MARÍA MARTÍN LORENZO, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007.
- SEHER, GERHARD, “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico” *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. RAFAEL ALCÁCER GIRAÓ, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal*, Civitas, Madrid, 1999.
- , “Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites” en *Perspectivas sobre la Política criminal moderna*, Ábaco, Buenos Aires, 1998.
- SOLA RECHE, ESTEBAN, “Principio de precaución y tipicidad penal” en *Revista de Derecho penal. “Delitos de peligro – II”*, dir. EDGARDO A. DONNA, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2008-1.
- STERNBERG-LIEBEN, DETLEV, “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal” en ROLAND HEFENDEHL ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de*

- legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. IÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007.
- STRATENWERTH, GÜNTER, *Derecho penal. Parte general*, I, El hecho punible, 2ª ed. castellana, trad. MANUEL CANCIO MELIÁ – MARCELO SANCINETTI, Hammurabi, 2005.
- , “La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos” en ROLAND HEFENDEHL ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. IÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO y MARGARITA VALLE MARISCAL DE GANTE, Marcial Pons, Madrid –Barcelona, 2007.
- SUTHERLAND, EDWIN, “¿Es un delito el delito de «cuello blanco»?” en *El delito de cuello blanco*, trad. ROSA DE OLMO, Universidad Central de Venezuela, 1969.
- TAVARES, JUAREZ E.X., *Bien jurídico y función en Derecho penal*, trad. MÓNICA CUÑARRO, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
- TRABALLINI DE AZCONA, MÓNICA, “Bien jurídico protegido, tipo penal y función político criminal” en *Pensamiento penal y criminológico*, año VII, n° 11, 2007, Mediterránea, Córdoba, 2007.
- VON HIRSCH, ANDREW, “El concepto de bien jurídico y el «principio del daño»” en ROLAND HEFENDEHL ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. RAFAEL ALCÁCER GIRAÓ, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007.
- VON HIRSCH, ANDREW – WOHLERS, WOLFGANG, “Teoría del bien jurídico y estructura del delito, sobre los criterios de una imputación justa” en ROLAND HEFENDEHL ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. BEATRIZ SPÍNOLA TÁRTALO, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007.
- VON LISZT, FRANZ., “La idea del fin en el Derecho penal” en *Monografías jurídicas* n° 40, Temis, Bogotá, 1998.
- WELZEL, HANS, *Derecho penal alemán*, trad. J. BUSTOS RAMÍREZ – S. YAÑEZ PÉREZ, E.J. Ch., 11ª ed., Chile, 1993.
- WOHLERS, WOLFGANG, “Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico” en ROLAND HEFENDEHL ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. MARGARITA VALLE MARISCAL DE GANTE, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007.
- ZAFFARONI, EUGENIO R., “Prólogo” en CERVINI – CESANO – TERRADILLOS BASOCO, *El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo*, Alveroni, Córdoba, 2008.