

La “teoría material del bien jurídico” del sistema Bustos / Hormazábal.

Carrasco-Jiménez, Edison.

Cita:

Carrasco-Jiménez, Edison (2015). *La “teoría material del bien jurídico” del sistema Bustos / Hormazábal. Estudios penales y criminológicos, (35), 239-289.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/edisoncarrascojimenez/19>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.
Para ver una copia de esta licencia, visite
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

LA “TEORÍA MATERIAL DEL BIEN JURÍDICO” DEL *SISTEMA BUSTOS/HORMAZÁBAL*

Edison Carrasco Jiménez

Doctor Derecho Penal,

Universidad de Salamanca, España.

Investigador Centro Telúrico de Investigaciones Teóricas

*Al Maestro Hernán Hormazábal Malarée**

Resumen: El artículo tiene como objetivo hacer una exposición de la “teoría material del bien jurídico” elaborada por el penalista Juan Bustos Ramírez, en colaboración con el penalista Hernán Hormazábal Malarée. En la primera parte del presente trabajo, se efectúa una descripción bibliográfica de tipo lineal, de las contribuciones de cada autor a la teoría. En una segunda parte, se analizan los elementos fundamentales de dicha teoría, señalando la ontogénesis de los conceptos que forman el sistema, y examinándolos teórica y metodológicamente en su nivel de aportación a la teoría.

Recibido: marzo 2015. Aceptado: mayo 2015

* El presente artículo se inscribe dentro de una serie de pequeños Homenajes al maestro, cuyo Homenaje principal habría de tener lugar en Chile, en el mes de Agosto del año en curso.

Palabras clave: bien jurídico, teoría material del bien jurídico, “sistema Bustos/Hormazábal”, ciencia penal, metodología.

Abstract: The article aims to make a presentation on the “Material Theory Of Legally Protected Interest (object)” built by the penalist Juan Bustos Ramírez, in collaboration with the professor and penalist Hernán Hormazábal Malarée. In the first part of this study, a bibliographic description of linear type, the contributions of each author’s theory is made. In a second part, we analyze which is understood as fundamental elements of that theory, pointing ontogenesis of the concepts that form the system, and theoretical and methodological examining them in their level of contribution to the theory.

Keywords: legally protected interest (object), material theory of legally protected interest (object), “Bustos/Hormazábal system”, penal (criminal) science, methodology.

Sumario: I. Introducción. II. Evolución del modelo de *bien jurídico* presentado por BUSTOS RAMÍREZ. III. El trabajo mancomunado BUSTOS/HORMAZÁBAL. IV. El trabajo de HORMAZÁBAL MALARÉE sobre la “Teoría Material del Bien Jurídico”. 1. “Política penal en el Estado democrático” (1984) como trabajo preliminar. 2. Las cuatro preguntas que debe y no debe “contestar” una teoría sobre el bien jurídico (*Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, “Consecuencias político criminales”, “Bien jurídico: un debate continuo”). V. Algunas críticas a la “teoría material del bien jurídico” formulada por la ciencia penal. VI. Análisis teórico y metodológico de los presupuestos de la “teoría material de los bienes jurídicos”. 1. Explicaciones previas. 2. Protección de bienes jurídicos como *fin* de la política penal. 3. El concepto de VON LISZT sobre el bien jurídico. Realidad social e interés humano. 4. Bienes jurídicos “microsociales” y “macrosociales”. 5. Concepto de “relación social”. 6. La dignidad como límite material a la protección de bienes jurídicos. 7. La equidesvaloración del injusto; el “desvalor de la relación social”. 8. Construcción del bien jurídico. 9. Contenido material del bien jurídico. VII. Comentarios finales

I. Introducción

El término “teoría material del bien jurídico” es una denominación que le asigna HORMAZÁBAL¹ a una construcción teórica sobre el bien jurídico producida como trabajo intelectual dentro del contexto del “Sistema Bustos/Hormazábal”, el cual igualmente llamamos aquí, *sistema crítico-material del derecho penal*. Ésta, es una teoría central dentro del constructo teórico de ambos autores, y que de algún modo viene a constituirse —en palabras de LAKATOS— en integrante del núcleo central de la misma².

El estudio se divide en dos partes. La primera de ellas, es un estudio descriptivo y sistemático sobre la “teoría material del bien jurídico”. La segunda, se constituye en un análisis teórico y metodológico de la construcción sistemática de dicha “teoría”.

En BUSTOS haremos una revisión entre el período de 1977 y 1989, sin perjuicio de hacer mención del trabajo de 1969 titulado “Los delitos de peligro”. La primera fecha se dispone como inicio, por ser el primer trabajo conocido en que se comienzan a introducir los elementos de la teoría penal general propuesta por BUSTOS, que luego es desarrollada en mancomunidad con HORMAZÁBAL y también del trabajo de éste por separado. La última fecha, esto es 1989, apunta a la publicación de la 3^o edición del *Manual de Derecho Penal* de BUSTOS, que es la edición que utilizaremos aquí, la cual representa a nuestro juicio la solidificación de la teoría.

Del trabajo mancomunado solamente revisaremos “Significación social y tipicidad” de 1980, y no los trabajos posteriores escritos por ambos en sociedad, como por ejemplo el inmediatamente siguiente, *Lecciones de Derecho penal*, volumen 1, de 1997. Ello porque antes de este último trabajo, los autores

1 HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, 2 edición, Lexis-Nexis, Santiago de Chile, 2006, p. 121.

2 LAKATOS, I.: *La metodología de los programas de investigación científica*. Trad. Carlos Zapatero, Alianza Editorial, Madrid, 1978.

por separado ya habían desarrollado suficientemente la “teoría material del bien jurídico”, considerándola por nosotros solidificada dentro de dicho período. Las *Lecciones* solo expondrían lo ya desarrollado en aquellos trabajos anteriores.

Para la segunda parte, señalaremos entre paréntesis las fechas que bibliográficamente equivalen a las contribuciones en ideas a la teoría aquí revisada, no como cita contextual, sino más bien para determinar la cronología, cuestión que daría una idea lineal de tiempo de los aportes autorales a la teoría.

II. Evolución del modelo de *bien jurídico* presentado por BUSTOS RAMÍREZ

Si bien y en forma bisoña, en “Los delitos de peligro” (1969), BUSTOS hace mención sobre la importancia del derecho penal, en el sentido que éste no debiera ir más allá del riesgo de “bienes valiosos socialmente” o “bienes dignos de tutela”³. Es en “Aspectos político-criminales del derecho penal de la circulación en Latinoamérica” (1977), donde aparece la idea de protección de bienes jurídicos por el Derecho penal, y el concepto de “relaciones sociales” vinculado a la idea anterior.

En el contexto de dicha protección y para hacerla efectiva, aparece también la idea del “constante análisis crítico y el estudio científico de las bases mismas de la sociedad”⁴. Lo mismo para términos como “bien jurídico concreto” y la concepción de la dialéctica dentro de su visión del derecho penal y en sus relaciones con el bien jurídico:

“Se trata, pues, de la conjugación dialéctica de bien jurídico y de determinado *orden* de relaciones en una *situación* determinada, cuya relevancia es necesario recalcar para la convivencia social, en vista de la gran acentuación de los riesgos para los

3 BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Control Social y Sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, p. 323.

4 BUSTOS RAMÍREZ: *Control Social...*, pp. 570-571.

bienes jurídicos concretos que ella produce por sí misma” [resaltado del autor]⁵.

Así también la consideración en iguales términos del desvalor de acto y el desvalor de resultado, relacionando el primero con el tipo penal y el segundo con la antijuricidad.

El autor además exige que el bien jurídico sea un criterio de reducción del delito de peligro concreto, tanto en su interpretación (judicial) como en la actividad del legislador.

En el artículo “Consideraciones en torno del injusto” (1974), BUSTOS señala que el injusto es el elemento de relevancia y peso a considerar para ser penado, siendo “sustancia de lo punible”. Dicho injusto lo vincula con el desvalor de acto y el desvalor de resultado, en iguales términos. El autor plantea dos problemas en la práctica para dichos desvalores: si se toma en consideración solo el desvalor de acto, conduce a la responsabilidad subjetiva absoluta; si en cambio lo estimado es el desvalor de resultado, nos lleva a la responsabilidad objetiva. Pero el derecho penal no sanciona el ánimo, ni tampoco prescinde del bien jurídico. Nadie puede decir que el resultado en un delito doloso no importe, como tampoco el contenido de la conducta. De ahí que reafirmando los conceptos de Von Lizst sobre el bien jurídico, BUSTOS vincula el bien jurídico al injusto y su desvaloración: para una desvaloración completa habrá que estimar tanto el desvalor de acto como el desvalor de resultado en iguales términos. Así el autor chileno denomina tal juicio de valoración como “desvalor de la relación social”⁶.

Señala que el “desarrollo histórico social” es el que le da contenido a dicho desvalor y en él están “enclavados” tanto el desvalor de acto y de resultado, como el bien jurídico, por lo que éstos son “expresión formal del mantenimiento de una relación social y de una determinada posición de los individuos dentro de

5 BUSTOS RAMÍREZ: *Control Social...*, p. 572.

6 BUSTOS RAMÍREZ: *Control Social...*, p. 143, p. 152.

ella”, y manifiestan una idea específica de injusto que sería la del “injusto material”.

Agrega además que el análisis de la relación social y la posición del individuo en ella, permite la constante revisión crítica del sistema lo que posibilita arribar a una concepción científica del derecho y así constituirlo en “herramienta para las transformaciones sociales”⁷.

En “Política criminal e injusto” (1978), BUSTOS entiende que el bien jurídico es un punto de unión entre política criminal e injusto, dándole contenido material a lo injusto y determinando su “sustancia”⁸.

BUSTOS “indaga” así sobre “las raíces del bien jurídico”, las cuales encuentra, siguiendo a VON LISZT, antes que en la metafísica en la realidad social misma, lo que conduce “al estudio del hombre en cuanto ente social y a su actuación dentro de una realidad social determinada, luego a la concreción, a la inducción, a la constante interacción del hombre y su medio, a la determinación de las estructuras sociales”.

Dentro de este contexto, lo que le interesa al derecho proteger son las “relaciones sociales determinadas”, y por ende, “las posiciones que en ella tienen los individuos y su intermediación con objetos y entes con las interacciones consecuenciales que surgen entre ellos”. La posición concreta que en la relación social determinada ocupan los individuos indica la relación social concreta, la cual el autor también define como un “complejo real social”. El bien jurídico lo que hace es “plasmear de manera concreta” este complejo, y por ende, la relación social concreta.

Entiende además que se debe distinguir entre el bien jurídico y sus “presupuestos”: el primero es la “fórmula sintética concreta” de lo que se protege, pero la “génesis, significación y legitimidad de lo que se protege” surge de los presupuestos que son las relaciones sociales, la posición que en ella ocupan los

7 BUSTOS RAMÍREZ: *Control Social...*, pp. 154-157.

8 BUSTOS RAMÍREZ: *Control Social...*, p. 160.

individuos, “su intermediación con las cosas y otros entes y la interacción que se produce entre ellos”.

El bien jurídico tendría un principio de garantía cognitiva, ya que a través de él todos debieran saber qué es lo que el sistema jurídico protege y ese conocimiento posibilita que el bien jurídico sea crítico, porque así es posible revisar los fundamentos de la criminalización.

Insiste en la idea del desvalor de acción y del resultado, y cómo deben considerarse ambos, pero añade como el primero se vincula al tipo penal y el segundo a la antijuricidad⁹. Señala el que ambos desvalores lo son de la relación social (aunque sin usar el término “desvalor de la relación social”), en tanto en cuanto expresan la “situación concreta social dinámica”¹⁰.

En el trabajo “Criminología crítica y derecho penal latinoamericano” (1984), se reafirma la misión de protección de los bienes jurídicos. Se expresa como definición formal de bien jurídico el ser “una síntesis concreta normativa de una relación social determinada y dialéctica”. Su ataque se expresa como “afección al ordenamiento jurídico”, es decir, como hecho típico y antijurídico. Profundiza un tanto más sobre el carácter crítico del bien jurídico en el sentido de consistir dicha crítica en la revisión de sus presupuestos. Así expresa que no basta con señalar que ciertos bienes se encuentren protegidos, ya que solamente pueden estarlo respecto de cierto grupo de personas. También menciona el que una concepción de los bienes jurídicos va ligada necesariamente a la realidad concreta del sistema socio-económico y político; el que aquéllos son, o expresión de una relación social o bien expresión de las ideas de alguien; y determina el que deba indicarse previamente, qué bienes requieren de protección y cuáles relaciones sociales ha de “desincriminarse”¹¹.

9 BUSTOS RAMÍREZ: *Control Social...*, p. 170.

10 BUSTOS RAMÍREZ: *Control Social...*, pp. 164-171.

11 BUSTOS RAMÍREZ: *Control Social...*, pp. 531-533.

En “Criminología Crítica y Derecho penal” (1987a), señala que la teoría del bien jurídico ha puesto en crisis a la dogmática penal. Es por ello que los planteamientos dogmáticos más radicales como en BINDING, WELZEL o JAKOBS, han reducido su significado. Divide entre las tendencias que consideran al bien jurídico como “predado por la naturaleza de las cosas” y aquellos que lo visualizan como una “revelación metafísica al legislador”. También aquellos que lo entienden como immanente al sistema (BINDING) y aquellos que lo mediatizan al situarlo más allá del derecho penal, con lo que, según WELZEL, su discusión en la ciencia penal habría de ser un sin sentido. Estas serían posiciones “ideológicas” que convierten en apariencia la realidad.

BUSTOS recurre a la idea de VON LISZT sobre el bien jurídico como un “producto social”. De ahí que el objetivo de una teoría crítica del bien jurídico, sea el poner de relieve la discriminación y la injusticia del derecho penal, que se produce cuando las posiciones dogmáticas encubren ideológicamente el objeto de protección¹².

En “Derechos de la persona reconocidos por las leyes y fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado” (1987b), se introduce la distinción de bienes jurídicos “microsociales” y “macrosociales”¹³, entendiendo por los primeros aquellos como la vida, salud individual, libertad; y los segundos, como los bienes jurídicos institucionales que miran al funcionamiento del sistema, tales como el bien jurídico “garantía”, los cuales están al servicio de los microsociales. Los macrosociales deben ser considerados, al igual que los microsociales, en razón de la “complejidad” del Estado moderno¹⁴.

12 BUSTOS RAMÍREZ: *Control Social...*, pp. 27-28.

13 Tal distinción se reitera en BUSTOS RAMÍREZ, J.: “Política criminal y bien jurídico en el delito de quiebra”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 43, Fascículo/Mes 1, 1990, p. 33 y ss.

14 BUSTOS RAMÍREZ: *Control Social...*, pp. 488-490.

En el *Manual de Derecho Penal*, BUSTOS derechamente define el bien jurídico como una “síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica”. Amplía, además, el concepto de relaciones sociales, al señalar que “es lo propio del ser social en una sociedad democrática”¹⁵.

Así, la sociedad democrática habría de ser la organización social desde donde se deriva la especificidad conceptual del bien jurídico por encima de cualquier otro tipo de organización social, ya que el bien jurídico tiene su fundamento en la participación y es en este proceso participativo en que se expresa dialécticamente y se manifiesta su dinámica en procesos de tesis, antítesis y síntesis. Es así como el bien jurídico recoge y expresa esta síntesis en un determinado momento histórico, y por ello y en cuanto relación concreta y determinada, absorbe su mundo cultural e ideológico, por los subproductos de la alienación que disfraza la realidad. Pero la base fundamental del bien jurídico siempre serán los hombres, su mundo y sus necesidades.

El bien jurídico así, es un concepto político-jurídico que expresa la lucha por un sistema jurídico-penal democrático, y por ende e igualmente, es un concepto crítico de dicho sistema, no sólo por ser deslegitimador de la intervención como límite al poder punitivo, sino que también por ser dialéctico y constante objeto de revisión democrática.

El bien jurídico se constituye como una “base material” para los presupuestos de la pena, con lo que para la tipicidad y la antijuricidad, el bien jurídico es un instrumento dogmático que les proporciona contenido.

Frente a las posiciones que enfatizan en uno u otro desvalor, el bien jurídico se constituiría en un “elemento de convergencia” entre el desvalor de acto y el de resultado, que es

15 BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de derecho penal: parte general*, 3 edición, Ariel, Barcelona, 1989, p. 55. Para “síntesis normativa” utiliza el equivalente de “fórmula normativa sintética”, vid: BUSTOS RAMÍREZ: *Manual...*, p. 155; BUSTOS RAMÍREZ: *Control Social...*, p. 168. *Ibid.*

llamado por BUSTOS “desvalor de la relación social”. No se privilegia ni el desvalor de la acción, ni el del resultado, pero tampoco se prescinde de ellos.

El desvalor de acto se necesita, porque así es la acción que se desvalora desde la norma. Pero igualmente se hace necesaria la consideración del desvalor del resultado (no pudiendo la acción desvalorarse dos veces), porque en él se encuentra la norma prohibitiva con la norma permisiva en la antijuricidad. Así, todas estas valoraciones se “subsumen o surgen” desde el bien jurídico.

La valoración que se efectúa desde el tipo penal y el juicio *ex ante* que lo involucra, se realiza desde el bien jurídico, por ser tanto la acción como la omisión productos de una relación social y como un acto de comunicación dentro de una relación social determinada.

Por su parte, la antijuricidad se considera como “contravención del hecho típico con todo el ordenamiento jurídico en virtud de una afectación efectiva del bien jurídico”. Por lo que se requiere en este momento de la teoría del delito, la perturbación o afección “real” del bien jurídico¹⁶.

III. El trabajo mancomunado: BUSTOS/HORMAZÁBAL

“Significación social y tipicidad” (1980) es quizás el primer registro en el cual aparece por primera vez el concepto de bien jurídico, expresado como “una síntesis concreta de una relación dinámica”¹⁷. Comprendido de esta forma, dicha relación supone la posición de los sujetos en ella y como formas de vinculación entre los sujetos y con los objetos, sus interacciones

16 BUSTOS RAMÍREZ: *Manual...*, pp. 55-56, 156-157, p. 161.

17 BUSTOS RAMÍREZ, J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: “Significación social y tipicidad”, *Estudios penales y criminológicos*, Número 5, 1980, p. 22. Igualmente en BUSTOS RAMÍREZ: *Control Social...*, pp. 205-231.

y su transcurso en el desarrollo histórico. Además permite determinar el por qué del injusto y de la revisión crítica al sistema¹⁸.

Nuevamente se regresa sobre el tema de la desvaloración. Pero se introduce algo nuevo a lo antes dicho: la desvaloración de acto solo es posible realizarla mediante una norma, sea prohibitiva o imperativa. En cambio la desvaloración de resultado, solo puede hacerse en consideración a todo el ordenamiento, por lo que incluye además de las ya dichas, a las normas permisivas¹⁹.

Por otra parte, y en relación con los presupuestos de la pena, el bien jurídico es quien proporciona contenido material a la tipicidad, ya que aquél recoge en el tipo los comportamientos desviados en su significación social y por eso desvalorados. Con ello cumple una función de garantía, determinando qué y por qué se protege y por ende por qué se castiga. La protección del bien jurídico determina materialmente las conductas atribuibles a la tipicidad.

El problema de una “causalidad” —término comprendido como vago por BUSTOS/HORMAZÁBAL— no se resuelve en la tipicidad. Ni la causalidad ni la adecuación social tienen aptitud para referirse al contenido de la tipicidad, con lo que desde el mismo tipo penal no es posible dar contenido, sino más bien desde la antijuricidad, ya que ésta arrojaría el dato si es posible imputar un comportamiento determinado a una afectación específica del bien jurídico.

Con ello, la relación fundamental es la relación de atribución del comportamiento conferido al tipo, donde esa relación de atribución se determina a partir del bien jurídico²⁰. Así se expresa la vinculación del bien jurídico con el injusto para

18 BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE: “Significación...”, pp. 22-23.

19 BUSTOS RAMÍREZ: *Control Social...*, pp. 225-226.

20 BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE: “Significación...”, pp. 35-36, p. 41.

darle contenido material a éste y donde aquél interviene para ser fundamento de la atribución de una acción al tipo, como forma de causalidad que superaría el esquema categorial y teleológico. Así el bien jurídico habría de ser la “piedra angular” del injusto y no la acción²¹.

Las *Lecciones de Derecho Penal* v.1 (1997) y los trabajos posteriores, vienen a confirmar de modo general los elementos teóricos que ya se habían solidificado en el *Manual* de BUSTOS, como del mismo modo el trabajo de HORMAZÁBAL en solitario acerca del bien jurídico.

IV: El trabajo de HORMAZÁBAL MALARÉE sobre la “Teoría Material del Bien Jurídico”

Existen ciertos trabajos en los que consideramos que HORMAZÁBAL trata desde la teoría y de forma más central, el tema del bien jurídico. Tales son, su artículo “Política penal en el Estado democrático” (1984), su libro *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho: El objeto protegido por la norma penal* (1991), y sus artículos “Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos” (2003) y “Bien jurídico: un debate continuo” (2012).

Para su plena exposición trataremos brevemente “Política penal en el Estado democrático”, por ser un trabajo preliminar y que echa las bases sistemáticas principales (fuera del trabajo realizado en sociedad con BUSTOS) al pensamiento teóricamente más desarrollado y consolidado en el libro *Bien Jurídico...*, y los artículos posteriores a éste más atrás mencionados. Estos tres (libro y últimos artículos), los expondremos no de forma individual sino que más bien como conjunto.

21 BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE: “Significación...”, pp. 23-25.

1. “Política penal en el Estado democrático” (1984) como trabajo preliminar

El punto de partida, como el título ya lo anuncia, es el Estado democrático como concepto. Según HORMAZÁBAL este no es un Estado de coerción puro, sino que surge dialécticamente de la oposición entre sociedad política (tesis) y sociedad civil (antítesis), viéndose ésta robustecida²².

En dicho Estado se pretende que el bien jurídico sea una “expresión real” —y por ende, sin enmascaramientos ideológicos— de la superación entre el Estado que monopoliza la coerción y la libertad de los individuos democráticamente reconocida y garantizada por el mismo Estado. Por lo que solo en un Estado democrático es posible el bien jurídico, “ya que solo él ofrece las condiciones estructurales necesarias para que se produzca la síntesis dialéctica”.

De ahí que HORMAZÁBAL reconozca el carácter de “síntesis normativa” del bien jurídico, en el entendido que dicha síntesis se produce por la oposición dialéctica o contradicción entre la afirmación del Estado como coerción penal y su negación expresada en la libertad de los individuos que el mismo Estado debe garantizar, generándose dicha síntesis en la superestructura jurídico política, en la sociedad política.

Pero fuera de ser una síntesis normativa, también es un “producto social”, y así se mira desde la sociedad civil, y no solo desde la sociedad política. Por lo que es resultado de la superación de las contradicciones concretas que se “producen” dentro de las relaciones sociales concretas, con carácter histórico. Además el bien jurídico se encuentra “condicionado” por la forma específica “en que se producen las relaciones sociales, sobre todo por la ideología enmascaradora de la realidad”²³.

22 HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: “Política penal en el Estado democrático”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Vol. 37, Fascículo/Mes 2, 1984, pp. 342-343.

23 HORMAZÁBAL MALARÉE: “Política penal...”, p. 343.

Para el análisis de las teorías sobre el bien jurídico, acoge además la división de Hassemer entre teorías “inmanentes” y “trascendentes” del bien jurídico, cuestión que ya BUSTOS había hecho mención en su *Manual*²⁴. Las “inmanentes” son las que reconocen que el bien jurídico es solo creación del legislador, y las “trascendentes” las que sitúan a aquél “más allá del Derecho penal” y que cumplen una función crítica. La crítica de HORMAZÁBAL a estas teorías se orientan en que “no hacen mas que explicar o legitimar ideológicamente a la ley penal, pero distan mucho de dar una concepción material de bien jurídico”²⁵. Si bien el modelo “trascendente” —como el de VON LISZT y sus derivados actualmente— es trascendente al sistema jurídico, no lo es al sistema de sociedad, ya que la consecuencia de un concepto de bien jurídico que surge de las tesis sociológicas es la legitimación de un determinado modelo de sociedad, y no responde a un rendimiento crítico.

Por ello y para HORMAZÁBAL, bien jurídico y Estado democrático se encuentran “recíprocamente relacionados”. Esto plantea dos exigencias: a) que el Estado solo penalice conductas que afecten bienes jurídicos; b) que el objeto a proteger sea un requerimiento social real y no ideológicamente condicionado.

Se hace esta última previsión, puesto que primeramente, la ideología se proyecta en la sociedad política aunque tiene su génesis en la sociedad civil y es desde ahí en que se pueden encubrir las relaciones sociales por un grupo hegemónico, surgiendo un derecho penal que protege dichos intereses, aunque encubiertos. Con lo que dicha visión objetivándose en una norma penal, arroja como bien jurídico un objeto protegido por un “*ius puniendi* estatal no democrático”, con lo que “la Ideología presentara en este caso solo formalmente un Derecho penal democrático, pero en su esencia estará protegiendo otras realidades enmascaradas por un bien jurídico ficticio”²⁶.

24 BUSTOS RAMÍREZ: *Manual...*, pp. 45-46.

25 HORMAZÁBAL MALARÉE: “Política penal...”, p. 335.

26 HORMAZÁBAL MALARÉE: “Política penal...”, p. 344.

Tales exigencias, ha de estimarse necesarias para lograr una política penal de protección de bienes jurídicos.

2. Las cuatro preguntas que debe y no debe “contestar” una teoría sobre el bien jurídico (*Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, “Consecuencias político criminales”, “Bien jurídico: un debate continuo”)

Interpretando a HORMAZÁBAL y sistematizando su contribución respecto al bien jurídico, la *teoría material del bien jurídico* parte de ciertas preguntas que una teoría sobre el bien jurídico de tipo material según el autor, debería contestar. Pero además señala otras preguntas que no se hace necesario que una teoría del bien jurídico conteste.

Aquéllas que estima necesario contestar, son el *qué es* un bien jurídico, *cuál* es su origen y el *por qué* se protegen.

La primera pregunta nos lleva al primero de los dos “momentos” que señala HORMAZÁBAL, esto es, el contenido material del bien jurídico. La segunda pregunta, nos conduce sobre el origen del bien jurídico. La tercera pregunta, el *por qué* se protegen, nos conduce al segundo “momento”, esto es, a la razón de la criminalización o la motivación de la decisión política que el autor consigna como un momento “axiológico”²⁷.

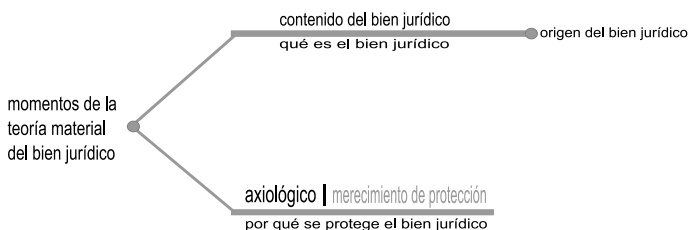
La pregunta que *no* se hace necesario contestar, en el entendido que supera las posibilidades del instrumento (bien jurídico), es sobre la legitimación del derecho penal.

“me parece necesario dejar claro —señala HORMAZÁBAL— que para una teoría del bien jurídico cuyo objetivo sea fijar materialmente el concepto y con ello sentar las bases para una revisión crítica del derecho penal vigente y establecer un límite al *jus puniendi*, no tiene porqué ser al mismo tiempo una teoría de la legitimación del derecho penal, es decir, una teoría que dé una explicación racional del monopolio estatal del castigo.

27 HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico...*, p. 124.

El problema de la legitimación del derecho penal en un Estado constitucional y democrático de derecho no ha tenido ni tiene una respuesta satisfactoria (...) No puede sostenerse que la tesis del bien jurídico tenga aspiraciones legitimadoras del derecho penal, todo lo más da una razón para la criminalización de un comportamiento concreto que no es lo mismo²⁸.

La expresión de estos momentos, puede ser graficada de la siguiente forma:



2.1. Contenido del bien jurídico: el *qué* se protege y *cuál* es su origen

HORMAZÁBAL entiende que la base material del bien jurídico, ha de encontrarse en las necesidades humanas. En cuanto éstas se asocian a la protección de un bien jurídico, el hombre se constituye en centro de la protección penal²⁹.

Basándose en HELLER, HORMAZÁBAL distingue tres clases de necesidades, las “existenciales”, las propiamente “humanas” y las “radicales”.

Las “existenciales” se encuentran definidas por el instinto de autoconservación y para la mantención de la vida humana³⁰

28 HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: “Bien Jurídico: un debate continuo”, en *Estudios de Derecho Penal. Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*, Universidad de Medellín, Medellín, 2012.

29 HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico...*, p. 141.

30 Para HELLER, es claro que éstas no son biológicas, sino siempre sociales. En MARX, HELLER las reconoce, y según la nomenclatura del primero, como “necesidades necesarias”, en tanto “son aquellas necesidades surgidas históricamente, y no dirigidas a la mera supervivencia, en las cuales el ele-

(son, como dice STERNBERG-LIEBEN, “evidentes”³¹); en las “necesidades humanas” el impulso natural no juega ningún papel, y pueden ser “alienadas” y no “alienadas”; las “radicales” surgen de la sociedad capitalista y “su satisfacción a los cambios de estructura”. Igualmente hace mención de las necesidades humanas cualitativas, como el descanso superior al necesario para reponer la fuerzas de trabajo, la actividad cultural, el juego, el amor, etc., que vendrían siendo las “necesidades no alienadas”; y las cuantitativas, que “se manifiestan como fuerzas extrañas al hombre y lo dominan”, las cuales son las necesidades de dinero, poder y posesión, que habrían de ser las “necesidades alienadas”.

“Las relaciones sociales concretas protegidas por el derecho penal —señala el autor— han de ser aquellas que están en función del desarrollo de dichas necesidades”³², por un lado en

mento cultural, el moral y la costumbre son decisivos y cuya satisfacción es parte constitutiva de la vida “normal” de los hombres pertenecientes a una determinada clase de una determinada sociedad”. Según la autora, son relativas, porque van a depender de un determinado tiempo y clase, como lo que es para un trabajador del tiempo antiguo, no lo es para un trabajador de EUA hoy, o la alimentación en personas que viven al borde del mar que al interior de la ciudad; involucran necesidades materiales como las que no son, por ejemplo se incluyen la enseñanza, el derecho a poseer libros, el sindicalizarse. (HELLER, Á.: *Teoría de las necesidades en Marx*, [trad. J.F. Yvars], Ediciones Península, 1978, pp. 32-33, pp. 34-35).

- 31 STERNBERG-LIEBEN, D.: “Bien Jurídico, Proporcionalidad y Libertad del Legislador Penal”, en HEFENDEHL, R. (editor); en España RAFAEL ALCACER, R.; MARTÍN, M.; ORTIZ DE URBINA, I. (eds.): *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, 2007, p. 112. El mismo MENER lo señala de esa forma: “Esas necesidades indispensables de la existencia, son el fundamento del derecho a la existencia (...) Puede este derecho formularse del siguiente modo: todo miembro de la sociedad tiene derecho a que los bienes y los servicios necesarios para la conservación de su existencia, le sean proporcionados antes de que se satisfagan las necesidades menos urgentes de los demás miembros de la sociedad” (MENER, A.: *El derecho al producto íntegro del trabajo en su desarrollo histórico*, [trad. Adolfo Posada], Editorial Americale, Buenos Aires, 1944, p. 23).
- 32 HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico...*, p. 142.

un sentido positivo, protegiendo las relaciones sociales relativas a la satisfacción de necesidad; por uno negativo, no prohibiendo aquéllas que las satisfacen.

Dentro de las “necesidades existenciales” se incluye la libertad, la vida, la salud³³ y la seguridad³⁴. En las “necesidades humanas” se encuentran, según HORMAZÁBAL, las no alienadas y las alienadas, siendo las primeras, la actividad cultural, el juego, el amor, por ejemplo; las segundas, la necesidad de poder, dinero, de posesión. En las existenciales el derecho penal debe proteger y en las alienadas jamás favorecer su satisfacción³⁵.

En las necesidades radicales y propiamente humanas, el derecho penal no puede protegerlas de forma absoluta, debiendo otorgarles una protección selectiva en consideración a la función social que la Constitución atribuye a esos derechos, como por

33 Por salud, podríamos entender la referencia a la “salud”, tal vez, en la línea que es planteada por POLITOFF, GRISOLÍA y BUSTOS, esto es, un concepto englobante que incorpora la vida y la integridad física (POLITOFF, S.; GRISOLÍA, F.; BUSTOS, J.: *Derecho Penal Chileno. Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, pp. 179-181).

34 Lo que hasta cierto punto podría conducir a la consideración de los bienes jurídicos personalísimos más básicos, y con ello, el llamado ‘derecho penal nuclear’ quien habría de referirse, en gran parte, a todas estas necesidades.

35 Pero su determinación concreta podría relativizar algún tipo de vulneración en situaciones concretas, según la necesidad que se viese vulnerada, lo cual explica casos puestos por la doctrina penal, como por ejemplo, el aserto de BUSTOS, en relación a la intimidación en la violación, en el sentido de admitir conminación de un mal sobre las cosas para lograr el acceso carnal, como por ejemplo el conminar con la destrucción de la cosecha que es único sustento de una mujer viuda con sus hijos (BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, 2º edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1991, p. 117). En este caso, en la primera de las circunstancias la necesidad involucrada que pudiese ser una necesidad fundada en la propiedad, y por ende una necesidad humana (y aún una “necesidad alienada”), es en el fondo la alimentación en tanto soporte de salud y vida, lo que deja de ser en este caso una posible “necesidad humana”, para pasar a degradarse en una “necesidad existencial” (En contraposición a esta idea de BUSTOS, en POLITOFF, S.; MATUS, J; RAMÍREZ, M^a.: *Lecciones de Derecho Penal*, Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 254, nota N ° 15, quienes encuentran discutible la gravedad de la amenaza y la inmediatez).

ejemplo en los derechos económicos. El capital no puede tener una libertad sin límites de tal modo de limitar al individuo, porque de lo contrario no solo materialmente lo restringe sino que atentaría contra la Constitución de un Estado que reconozca al hombre su libertad. La protección de derechos sociales de los trabajadores sería una necesidad social que se protegería por el derecho penal, a través del bien jurídico.

2.2. Merecimiento de protección: lo axiológico o el por qué se protegen

HORMAZÁBAL exige dos pasos en la determinación del merecimiento de protección de un bien jurídico.

Como *primer paso*, el legislador debe considerar a la *dignidad* de la persona para ponderar los bienes jurídicos del autor que se afectan en el proceso de criminalización primaria. La dignidad sería un derecho fundamental de amplio reconocimiento constitucional e internacionalmente declarativo, que se constituye en un “concepto relacional”, garantístico y en un derecho fundamental autónomo, sobre todo frente al Estado, lo que le impediría instrumentalizar a una persona. Así se sitúa como un límite básico al *ius puniendi*, y por ende, límite a la protección de bienes jurídicos, que reconocido constitucionalmente, se mira para el derecho penal como un “mandato de optimización de la dignidad de la persona” y que vendría a ser el “fundamento constitucional del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”³⁶.

Como *segundo paso* y necesariamente posterior al primero, se debe precisar frente a qué comportamientos se va a proteger ese bien jurídico con la pena. Como la determinación de los bienes jurídicos a proteger es una decisión política, dicha decisión no es neutral, ya que está condicionada por la estructura del Estado, su ideología y la naturaleza democrática.

36 HORMAZÁBAL MALARÉE: “Bien Jurídico: un debate continuo”, p. 421 y ss.

En una sociedad de mercado, el legislador seleccionará aquellos bienes según los intereses de dicha sociedad y según la forma actual de organización de las relaciones sociales, en tanto no entren en contradicción con las bases de su funcionamiento. Pero a su vez, la propia estructura social y el carácter social y democrático de Derecho le impone la obligación de considerar la dignidad y la libertad concreta de las personas dentro de dichas relaciones sociales.

Esto hace que,

“los bienes jurídicos no gir[e]n exclusivamente en torno a una persona individual o de una colectividad considerada como globalidad, sino que están en función de las bases de existencia o de funcionamiento de un sistema de relaciones sociales democrático, esto es de vínculos entre personas realizadas en condiciones de libertad y dignidad”³⁷.

De ahí que el autor distinga entre bienes jurídicos referidos a las *bases y condiciones de subsistencia del sistema* y los referidos al *funcionamiento del sistema*, siendo los primeros (“microsociales”) constituidos por la persona y su dignidad en un Estado social y democrático de derecho —como la vida, la salud individual, libertad, el honor—, y lo segundos (“macro-sociales”), los procesos o funciones del sistema para que puedan tener lugar las relaciones microsociales —bienes jurídicos “institucionales”: administración de justicia, fe pública; bienes jurídicos “colectivos”: salud pública, seguridad común; bienes jurídicos “de control”: seguridad exterior e interior del Estado.

La intervención penal del Estado en la protección de bienes jurídicos, no puede ser arbitraria. La “materialidad social y democrática de derecho” del Estado, no obstante el carácter no neutral de éste, le “impone” limitaciones en el ejercicio de su poder de decisión de la relación social concreta que habría de proteger. El Estado debe recoger a través de los “canales de comunicación democráticos los requerimientos de intervención

37 HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico...*, p. 135.

penal para la protección de determinadas relaciones sociales”, surgiendo los bienes jurídicos desde las bases de la relación social y como culminación de un proceso de participación política.

Y lo que se expresa a continuación, representa para nosotros, aquella parte del carácter crítico de la “teoría material del bien jurídico” para HORMAZÁBAL:

“la selección de los objetos a ser protegidos por la norma penal ha de hacerse *superando* las formulaciones ideológicas que pueden conducir a la protección de algo que *encubre* otra realidad (...) Se trata de *superar* el discurso ideológico y ver la realidad de la relación social concreta protegida para que el proceso de discusión democrático pueda desarrollarse *sin interferencias ideológicas* que pueden conducir a proteger una realidad distinta que sea incompatible con los fines del Estado democrático”³⁸ [el resaltado es nuestro].

Además se exige por el autor el que no pueda protegerse algo que fuese incompatible con el carácter democrático del Estado, y en este caso no se hace “justo” protegerlo.

En cuanto a la ideología, HORMAZÁBAL se fundamenta en el pensamiento de THERBORN sobre la ideología³⁹, según el cual en una relación social democrática el sujeto se encuentra expuesto a la interpelación de los discursos ideológicos, los cuales han de expresarse en una relación dialéctica en la sociedad civil, una veces en contradicción, o bien en exclusión, o de modo complementarias o superpuestas. En relación a esa interpelación al sujeto, existen ideologías “inclusivo-existenciales”, “inclusivo-históricas”, “posicionales-existenciales”. HORMAZÁBAL así traslapa este fundamento a la discusión del bien jurídico.

En efecto, visto desde las “ideologías inclusivo-existenciales” que al interpelado le proporcionan significados en relación con la pertenencia al mundo, la protección mirará, por ejemplo, a creencias como la religión y/o la moral, cuestión que

38 HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico...*, p. 135 y 140.

39 THERBORN, G.: *La ideología del poder y el poder de la ideología*, Siglo XXI, Madrid, 1988.

el autor encuentra inadmisibles, por imponerse a través del derecho penal un código moral o religioso. Visto desde las “ideologías posicionales-existenciales” que sitúan al sujeto en una posición dentro del mundo, la protección estaría centrada en dicha posición, que entendemos nosotros como un rol social, y que HORMAZÁBAL ejemplifica con el caso de la mujer y el adulterio para protección de su honra. Tanto éstas como las “inclusivo-existenciales”, el autor las rechaza.

Mirado ahora desde las “ideologías inclusivo-históricas”, las cuales están referidas a una concepción de la sociedad y su mantención, se comprenden por el autor como elaboradas por los intelectuales orgánicos. Dentro de ellas están las “ideologías estructurales o del poder” que son las que contribuyen a las relaciones sociales de mercado y que en el ámbito penal prohíben las relaciones sociales que tienen lugar al margen del mercado o de sus reglas de comportamiento. Ejemplo de ello, son los delitos de propiedad sin violencia y los que tienen por objeto alterar el precio de los bienes.

En la práctica pueden concurrir varias ideologías de forma concomitante, por ejemplo, aquellas que defienden el mercado, y otras que entiendan la protección de la vida y la libertad por sobre cualquier estructura.

Pero lo que se espera es que la selección de los bienes protegidos se haga libremente desde la base social y “superando el discurso ideológico para ver la realidad del objeto a ser protegido y su compatibilidad con el Estado social y democrático de derecho”⁴⁰.

V. Algunas críticas a la “teoría material del bien jurídico” formulada por la ciencia penal

Prácticamente no ha existido discusión o crítica conocida de la doctrina penal, a la “teoría material del bien jurídico”, aun-

40 HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico...*, p. 141.

que sí la teoría se recoge en algunos casos, y en mayor o menor medida, como fundamento⁴¹.

Existe una mención de MUÑOZ CONDE en el “Prólogo” al mismo libro de HORMAZÁBAL, *Bien jurídico...*, el cual encuentra el planteamiento teórico correcto pero señalando que “inmediatamente surgen interrogantes que afectan a la esencia misma del concepto que se propone”, expresando además que el propio autor era consciente de dichas “fisuras”⁴².

Sin embargo, MUÑOZ CONDE no detalla cuáles son estas interrogantes ni tampoco las denominadas “fisuras”. Tampoco HORMAZÁBAL ni en su libro ni con posterioridad, expresa algo en relación a las “fisuras” a las que apunta MUÑOZ CONDE y de las cuales aquél sería supuestamente consciente.

Sin duda que las críticas más extensas y prolíficas, las realiza MÉNDEZ RODRÍGUEZ.

En efecto, la autora en su libro *Los delitos de peligro y su técnica de tipificación* (1993) habría llamado la atención sobre un punto crítico que surgiría de su revisión del concepto de bien jurídico de BUSTOS.

Tal crítica apuntaba a lo extenso del concepto de bien jurídico, al no delimitar con mayor precisión cuáles relaciones sociales habrían de ser tomadas en consideración por el legislador para estimarlo como un bien jurídico. Así y como propuesta, establece para ambos casos dos criterios demarcatorios para dichas relaciones sociales: el de la “relación social conflictiva” y el de la “limitación constitucional”.

Respecto al primer punto, la autora afirma que si bien el derecho protege relaciones sociales, lo hace dando respuesta a conflictos sociales, por lo que no cualquier relación social produce la “juridificación” de esa relación en tanto bien jurídico, sino que son en específico las “relaciones sociales conflictivas”

41 Vid. OXMAN, N.: *Libertad sexual y Estado de Derecho en Chile*, Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, 2007, pp. 69-83.

42 HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico...*, p. 4.

aquellas a seleccionar por el legislador, porque ellas son finalmente la que expresan un conflicto jurídico.

En cuanto al segundo punto en discusión, expresa su crítica sobre la inexistencia en la postura metodológica de BUSTOS de un límite normativo, fuera de los límites axiológicos, que determinara qué relaciones sociales no podrían ser juridificadas por el legislador. La autora salmantina encuentra dicho límite en la Constitución, ya que así se expresaría “la imposibilidad de sobrepasar o penalizar, al juridificar un conflicto, los principios reconocidos constitucionalmente”⁴³, no en cuanto criterio de determinación de bienes jurídicos —como las tesis constitucionalistas—, sino como limitaciones a la libertad de elección de bienes jurídicos por el legislador.

La precisión que MÉNDEZ RODRÍGUEZ introduce al concepto de BUSTOS, supone en específico, reducir y acotar el ámbito de posibilidades en las relaciones sociales concretas y determinadas. Se pretende acotar la ‘determinación’ de dichas relaciones sociales, al establecer como criterio un límite positivo/negativo en la “relación social conflictiva”: límite positivo, al fijarse ciertas relaciones sociales seleccionadas que son solo las conflictivas; límite negativo: niega en juridificar relaciones sociales que no detentan este carácter. En cambio la limitación constitucional, es eminentemente negativa, ya que señala qué relaciones sociales no deben ser consideradas como bienes jurídicos.

De cualquier forma y en relación al primer punto, podríamos decir que el carácter conflictivo de las relaciones sociales podría ser respondido desde el mismo sistema BUSTOS/HORMAZÁBAL basado en dos argumentaciones.

La primera de ellas se funda en el mismo carácter dialéctico del bien jurídico, el cual justamente se genera como tal, por

43 MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Servicio de Publicaciones “Facultad de derecho - Universidad de Complutense” y Centro de Estudios Judiciales-Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 26.

una conflictividad material de la relación social. No cualquier relación social sino aquellas sometidas a los vaivenes de la dinámica de tesis/antítesis son las que produciendo una síntesis, son recogidas por el bien jurídico, lo cual desde ya demarca que dichas relaciones sociales son, por la naturaleza dialéctica de sus procesos, como conflictivas y no como cualquier relación.

La segunda de las argumentaciones, se basa en la sistemática y en relación a la totalidad del constructo del *sistema crítico-material*. Así debería considerarse el tratamiento que en dicho constructo se hace respecto de la norma, en específico a su finalidad, la cual es la resolución de conflictos sociales. Igualmente en la teoría del sujeto responsable, donde ésta supone la averiguación de conflictos sociales concretos, no sólo para el conocimiento cabal de su situación social sino además para la asunción de alternativas⁴⁴.

En todo caso parece interesante como BUSTOS en la edición de 1994 de su *Manual*, remarcara este punto con mayor acicate⁴⁵, los que nos parece una aclaración que sin modificar nada sustancial, y si bien inferida de su sistema —tal y como lo hemos indicado—, podría hipotéticamente representar el haber asumido la porción de crítica sobre el punto⁴⁶. En el mismo sen-

44 BUSTOS RAMÍREZ: *Manual...*, p. 16, p. 36.

45 Es así como se agrega un párrafo nuevo, denominado “8.7.4. Resumen sobre la posición personal sobre la norma”. En él se expresa lo que sigue: “en este sentido que se puede decir que la norma previene en forma general, en tanto que instruye en forma previa respecto de los *conflictos sociales*” (BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal, Parte general, 4º edición*, p. 70) [el resaltado es nuestro]. En la introducción del párrafo 17.1. en el 17.1.2 se señala: “Pero como el bien jurídico da cuenta de un *conflicto de intereses*, y por tanto de personas que están en él en interrelación, el proceso no sólo no ha de ser inquisitorio, sino tampoco acusatorio, sino de partes pues se trata de reconocer la calidad de personas a la víctima y al victimario y al mismo tiempo de que se trata de un *conflicto*” (Ibíd., p. 126) [el resaltado es nuestro].

46 Es así como en esta edición adiciona un trozo en la sección “concepto crítico de bien jurídico”, señalando lo que sigue: “Así, por ejemplo, desde una perspectiva puramente ideológica en los delitos en contra de la libertad sexual una concepción autoritaria fundamentó estos delitos en aspectos puramente

tido HORMAZÁBAL quien hace mención en 1995, de la relación entre bienes jurídicos y la solución de “situaciones sociales conflictivas”⁴⁷.

Respecto de la segunda de las críticas de MÉNDEZ RODRÍGUEZ, lo cierto es que la precisión sobre una limitación negativa de la clase de relaciones sociales dicho de forma expresa, no se encontraba tan nítida en la propuesta de BUSTOS, ni en las extensiones de HORMAZÁBAL al concepto, sí tal vez implícita en la referencia de BUSTOS a la “profundización democrática de las necesidades y su satisfacción” y la “lucha por un sistema jurídico-penal democrático”⁴⁸ de que hablaba.

Con posterioridad a las críticas de MÉNDEZ RODRÍGUEZ, BUSTOS/HORMAZÁBAL en concreciones posteriores al pensamiento ya expresado⁴⁹ y señalando limitaciones fuera de las axiológicas, dejan esbozar una limitación negativa.

Para comenzar se señala una suerte de principio de no discriminación como primera limitación, ya que y por ejemplo,

morales y no en la protección del bien jurídico. La moralidad está en la cabeza de uno o más individuos, el bien jurídico está en la realidad social, en el *conflicto social*, en el desarrollo de la persona a través de la satisfacción de sus múltiples necesidades” (BUSTOS RAMÍREZ: *Manual...*, 4^o edición, p. 122) [el resaltado es nuestro]. No deja de extrañar, en todo caso, la similitud a la referencia que MÉNDEZ RODRÍGUEZ realiza sobre la limitación de las relaciones sociales consideradas en tanto bienes jurídicos en su texto: “Hay relaciones sociales conflictivas que son prepositivas y tienen una contrastada base social por ejemplo las normas morales relativas a la homosexualidad o al escándalo público, que han sido durante mucho tiempo la base para la estructuración de tipos penales con un determinado contenido, ¿qué nos impide considerarlas bienes jurídicos?” (MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos...*, p. 26).

47 HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: “Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, el hecho y la necesaria reforma del sistema penal español”, Hacia un derecho penal económico europeo / Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, [Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992], BOE, Madrid, 1995, p. 193.

48 BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho Penal, Parte general*, 3^o edición, p. 55.

49 En la primera edición de sus *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. I, Colección Estructuras y Procesos, Editorial Trotta, Madrid, 1997.

enjuician negativamente el considerar como relaciones sociales la moral o la religión para fundar bienes jurídicos, lo que entienden una intromisión inaceptable en la libertad de la persona. La superación del discurso ideológico contribuye a ver la realidad de la relación social que se estimaba como objeto protegido de la norma, para comprobar el verdadero carácter de la relación social en cuanto bien jurídico merecedor de tutela “a fin de evitar proteger una realidad distinta que sea incompatible con los fines del Estado social y democrático de derecho”⁵⁰.

En relación a la satisfacción de necesidades, BUSTOS/HORMAZÁBAL señalan lo que sigue:

“El derecho penal cumpliría esta tarea en un doble sentido. En un sentido positivo, protegiendo mediante prohibiciones y mandatos aquellos bienes jurídicos que inciden directamente en la satisfacción de necesidades. En un *sentido negativo*, no prohibiendo conductas cuyo objetivo sea la satisfacción de necesidades en el *marco legal de un Estado democrático de derecho*”⁵¹ [el resaltado es nuestro].

Esto se materializa en la incriminación primaria que efectúa el legislador en la norma penal, la cual estaría sujeta a límites materiales en cuanto derecho penal subjetivo expresado,

“en forma de principios que tienen *base constitucional*. El Estado en la promulgación y aplicación de las normas penales *ha de mantenerse dentro del marco de estos principios garantistas* (...) Todos estos principios generales y específicos tienen un tronco común: el principio iluminista del reconocimiento de la posición antinómica del individuo frente al poder. Es este principio básico el que informa la normativa constitucional de los derechos fundamentales y éstos a su vez *limitan el ius puniendi*” [el resaltado es nuestro, salvo *ius puniendi*]⁵².

50 BUSTOS RAMÍREZ, J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. I, pp. 59-60.

51 BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE: *Lecciones...*, p. 61.

52 BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE: *Lecciones...*, pp. 63-64.

En la misma dirección puede sostenerse la dignidad como límite, según lo ya expresado por HORMAZÁBAL.

Con todo lo ampliado por los autores con posterioridad a las críticas, cerrarían metodológicamente el aparente espacio en blanco denotado por MÉNDEZ RODRÍGUEZ en la delimitación del concepto de bien jurídico de la “teoría material” del mismo⁵³.

Sin embargo y pese a los señalamientos hechos tanto por MÉNDEZ RODRÍGUEZ como por los autores, podría quedar aún una respuesta en vilo: la determinación de las relaciones sociales. Ello porque debería pensarse en que tampoco todas las relaciones sociales conflictivas podrían dar lugar a ser base material del bien jurídico, ni ser susceptibles de ser juridificadas. Y ello, porque solo las relaciones sociales relevantes penalmente habrían de ser consideradas para su juridificación, con lo cual el espectro se reduce. Pero aun esta respuesta habría de ser insuficiente para contestar a la pregunta, con la sola argumentación de las relaciones sociales, sobre qué clase de relaciones sociales conflictivas habrían de ser el elemento de constitución de un bien jurídico, debiendo siempre recurrirse a argumentos externos a esta idea para acotarlas, argumentos sobre todo de clase axiológica.

A nuestro juicio, cierta parte de esa respuesta podría dotarla la misma “teoría material del bien jurídico”, sobre todo en los aspectos que dicen relación con lo generación o construcción del bien jurídico: las necesidades sociales y su satisfacción. Si el tipo penal de homicidio o de coacciones existe —como señala HORMAZÁBAL—, se debe a que la vida y la libertad son

53 Convergamos que este llamado de atención y crítica de MÉNDEZ RODRÍGUEZ se produce con mayor antelación a la fecha de publicación del libro (1993), esto es en el año 1991, fecha en que adquiere la autora el grado de Doctora, mediante su trabajo de tesis que fundamenta su citado libro. Con lo cual las críticas son muy anteriores a las modificaciones ulteriores de los autores, incluso podría ser simultánea a la publicación de la primera edición del libro *Bienes jurídicos...* de HORMAZÁBAL.

relaciones sociales y a su vez el tipo castiga relaciones sociales que niegan a las anteriores⁵⁴. Dicho de otro modo, son relaciones sociales en conflicto o en contradicción dialéctica.

Basado en lo señalado por HORMAZÁBAL y según nuestra visión, la determinación de las relaciones sociales se sitúa mejor aún en una interrelación entre la relación social que implica el bien jurídico y la relación social que la niega, porque solo en esa interrelación es posible determinar qué relaciones sociales el derecho penal habrá de juridificar. La selección que haría el legislador de las relaciones sociales, no considera solo la relación social que corresponde al bien jurídico, sino también a aquella relación social que interfiere con el bien jurídico, porque solo en esta dialéctica se hace posible visualizar el conflicto, juridificarlo y formalmente construir el tipo penal.

VI. Análisis teórico y metodológico de los presupuestos de la “teoría material de los bienes jurídicos”

1. Explicaciones previas

Para las explicaciones de esta sección se hace necesaria la utilización de una serie de conceptos nuestros situados desde la teoría y la metodología, siendo éstos los siguientes:

- *Idea teórica*: cualquier idea que por presentar un problema teórico, puede ser considerada dentro de una construcción teórica.
- *Problematización*: fenómeno metodológico por el cual se desarrolla una idea teórica a partir de un presupuesto teórico.
- *Presupuesto teórico*: consiste en una base teórica construida previamente a la problematización y que es punto de partida para ésta. Dicho presupuesto teórico puede ser de propia elaboración del desarrollador

54 HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico*..., p. 133.

de la problematización, aunque generalmente es exógeno al desarrollador.

- *Propiedad teórica emergente*: se refiere a aquella que surge como resultado de la problematización de un presupuesto teórico y como síntesis de la misma, organizándose como una idea teórica de resultado distinto al o los presupuestos teóricos involucrados.
- *Homoimportación metodológica*: supone trabajar con un presupuesto teórico que siendo exógeno, pertenece a la disciplina o ciencia desde la cual se problematiza.
- *Heteroimportación metodológica*: supone trabajar con un presupuesto teórico que siendo exógeno, pertenece a una disciplina o ciencia distinta desde la cual se problematiza.
- *Transducción metodológica*: es el fenómeno metodológico por el cual se produce una conmutación o transformación de un presupuesto metodológico al ser interpretado o leído a través de otro presupuesto distinto. El resultado de él es igualmente una propiedad teórica emergente, pero por transducción metodológica.
- *Ontogénesis metodológica*: fenómeno metodológico que se refiere a la evolución metodológica que ha sufrido una idea teórica o un concepto dentro de un determinado sistema teórico.

2. Protección de bienes jurídicos como *fin* de la política penal

Del mismo modo o coincidentemente con la posición Alemana de post-guerra que se construye desde más o menos la década del '60 del siglo pasado, para BUSTOS y HORMA-ZÁBAL el fin de la política penal habría de ser la *protección de*

bienes jurídicos. Ésta idea es sin duda transversal y un punto de partida político-criminal para toda su construcción teórica.

Qué duda cabe cuando, por ejemplo, en el libro clásico de HORMAZÁBAL en su titulación se hace referencia a ello (*El objeto [bien jurídico] protegido por la norma penal*).

Esto es plegarse, de algún modo, al sentido del “merecimiento de protección” (*schutzwürdig*) al que alude la doctrina alemana, pero enfocado directamente para el caso del bien jurídico y en relación a la necesidad de protección a la que alude VON LISZT (como veremos en el acápite siguiente), autor el cual tiene como fin del derecho la protección de los intereses de la vida (bienes jurídicos), donde las normas se establecen como “murallas de defensa de los bienes jurídicos”⁵⁵ y en que la misma pena se concibe por el autor como “protección de bienes jurídicos mediante la lesión de bienes jurídicos” y al servicio de la protección de los mismos⁵⁶.

De ahí que, como puede notarse, la teleología del derecho penal en BUSTOS/HORMAZÁBAL se encuentre en la misma dirección que VON LISZT. Por lo que la *idea teórica* respectiva de éste, se cierne como un primer presupuesto metodológico, un poco en consonancia con el ámbito general de la ciencia penal alemana de las postrimerías de la década del '60 aludido, donde según alguna doctrina, parece existir una vuelta a VON LISZT⁵⁷.

3. El concepto de VON LISZT sobre el bien jurídico. Realidad social e interés humano

BUSTOS para la “teoría material del bien jurídico”, parte del presupuesto teórico que señalaba VON LISZT para el bien

55 VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal*, Vol. II, 3 edición, Reus, Madrid, 1917, p. 7.

56 VON LISZT, F.: *La Idea del fin en el derecho penal*, Comares, Granada, 1995, pp. 59, 66.

57 ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “¿Otra vez la vuelta a VON LISZT?”, en *La Idea del fin en el derecho penal*, Comares, Granada, 1995, pp. 32-33.

jurídico, como se ha expresado tanto por él como por HORMAZÁBAL.

BUSTOS se funda en el presupuesto vonlisziano por tener como base antes que la metafísica, la realidad social (1974/1978); y por ser considerado el bien jurídico en este esquema, un producto social (1987).

HORMAZÁBAL extiende la idea interpretando de VON LISZT, que el bien jurídico “aparece” en el centro de la “discusión” y como elemento que proporciona de “materialidad al delito”, y que “expresaría el fin del ordenamiento jurídico penal”, cuestión que rompería con la “barrera lógico formal que impone un tratamiento puramente normativo del delito” donde se ve el bien jurídico como “bien del derecho” y no como VON LISZT lo propondría, en tanto en cuanto “bien de los hombres” y como reflejo de la realidad social⁵⁸.

En efecto, VON LISZT señala:

- Que el derecho “existe para el hombre”.
- Que el derecho tiene por objeto la defensa de los intereses de la vida humana.
- Que el derecho es “protección de intereses”.
- Que el bien jurídico es “interés jurídicamente protegido”.

“Todos los bienes jurídicos —expresa VON LISZT— son *intereses vitales* del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico”⁵⁹. Por ello así como el derecho tiene por objetivo la defensa de los intereses de la vida humana, el derecho penal tiene por objetivo la protección de los intereses necesitados de protección. Así norma y bien jurídico, se constituyen en los conceptos fundamentales del derecho penal⁶⁰.

58 HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico*, p. 45.

59 VON LISZT: *Tratado...*, p. 6.

60 VON LISZT: *Tratado...*, pp. 7, 9.

Sin embargo, el humanismo de VON LISZT se encuentra limitado y en ese sentido es disímil en la cuantía de la importancia que se otorga al hombre por el *Sistema Bustos/Hormazábal*. Refiriéndose a la delincuencia habitual el autor señalaba:

“Se trata sólo de uno de los eslabones —aunque muy peligroso y significativo— de la cadena de casos de *enfermedad social* que se suele designar sintéticamente con la denominación general de *proletariado*: mendigos y vagabundos; alcohólicos y personas de ambos sexos que ejercen la prostitución; timadores y personas del submundo en el más amplio sentido de la palabra; *degenerados espirituales y corporales*. Todos ellos forman el *ejército de los enemigos por principio del orden social*, en cuyo *estado mayor figura el delincuente habitual*. En tanto no hayamos conseguido un diagnóstico ético-social del hampa de los vagabundos, será vano el esfuerzo por formarse una idea de la delincuencia habitual como tal. Aquí puede ser de gran utilidad la estadística sobre la *moralidad*...”⁶¹.

La opinión está muy marcada por el positivismo de la época, que consideraba justamente lo que VON LISZT aquí expresa.

Sin embargo, el típico argumento del “espíritu de la época” que se formula a modo de excusa, no justifica el pensamiento del autor, más cuando durante la modernidad siempre existieron también otras formas de mirar al hombre bastante más complacientes, o al menos, con un menor grado de repelencia respecto de quienes igualmente son productos sociales de la sociedad burguesa.

La concesión a VON LISZT que podemos hacer aquí, puede ir en el sentido de considerar este pensamiento motivado por las acciones del grupo que MARX denominó en el libro *El 18 Brumario* como “lumpenproletariado”. Pero en todo caso este juicio indicaría solo a algunos de los individuos nombrados por VON LISZT, tales como el caso de los “timadores” y parte también, aunque no detallada por él, de ese “submundo” al cual se refiere.

61 VON LISZT: *La Idea del fin...*, p. 84.

No obstante, no existe distinción ni tampoco explicación ulterior que lo que haga sea pormenorizar quiénes serían objeto de dicha repelencia. No existe tampoco asociación a causas que indaguen la generación de ese llamado “submundo”, a efectos de por lo menos, establecer una distinción ‘salvadora’ de una parte de dicho grupo humano. Parece ser que quienes se encontraban en el fuego cruzado del conflicto social, habrían de ser para VON LISZT el enemigo del orden social sin más. El humanismo vonlisziano aquí, hace aguas por todas partes.

De ahí que este fundamento humanista como base de los bienes jurídicos, debiera ser al menos cuestionado al considerar al hombre concreto. “Hombre concreto” y el “submundo” vonlisziano, entran en una evidente contradicción y sostienen una no menos notoria paradoja.

La concepción humanista del *Sistema BUSTOS/HORMAZÁBAL*, sin duda, supera en dichos términos a la de VON LISZT. Aquél se establece como verdadero fundamento humanista en la consideración al bien jurídico.

Por ello la realidad social a la que aludiría la “teoría material del bien jurídico”, se encontraría a nuestro juicio mayormente enriquecida de una consideración humanista que la concepción de VON LISZT.

4. Bienes jurídicos “microsociales” y “macrosociales”

La “teoría material del bien jurídico” utiliza una nomenclatura diversa, aunque idéntica taxonomía a la usual utilizada para referir a los bienes jurídicos individuales o colectivos o supraindividuales, cuál es, la de bienes jurídicos “microsociales” y “macrosociales”, señalada por BUSTOS por vez primera (1987b) e incorporada por HORMAZÁBAL con posterioridad (1991), la cual implica una importación metodológica desde el *argot* teórico del denominado por su creador GURVITCH, como “hyper-empirismo dialéctico”⁶².

62 GURVITCH, G., *Elementos de sociología jurídica*, Editorial Comares, Granada, 2001, pp. XIII-CXLVI, XXXV. De la introducción de los términos por

Dicha importación metodológica supone que se efectúe un “isomorfismo” conceptual⁶³ entre la sociología y el derecho penal, lo que implica la existencia de una *heteroimportación*, ya que se importa metodológicamente un elemento teórico desde la sociología, para que con dicha nomenclatura se asignen nombres en relación a la conformación social de los bienes jurídicos mirados desde su clase taxonómica.

Con esto no estamos diciendo que hubiese sido una *heteroimportación* consciente, ya que no existe referencia a GURVITCH por los autores, sino que como dicha nomenclatura fue absorbida por la sociología general, lo más probable es que tal *heteroimportación* por los autores haya sido desde ésta última.

5. Concepto de “relación social”

El concepto de “relación social” es introducido dentro de la teoría por BUSTOS (1972) y ocupado y desarrollado en el mismo sentido con posterioridad por HORMAZÁBAL.

Su utilización no es inédita para la penalidad, ya que igualmente la doctrina penal la menciona pero sí con tres diferencias sustanciales:

- a) todas son usos del concepto donde la *relación social* no es un elemento central, sino más bien periférico;
- b) las referencias no se relacionan prácticamente con el bien jurídico;
- c) el concepto tiene un significado de base diferente al del *sistema crítico-material del derecho penal*⁶⁴.

GURVITCH, así se entiende generalmente. Vid.: PÉREZ-AGOTE AGUIRRE, M.: “La sociología en el Leteo: el largo adiós de Georges Gurvitch”, *Política y Sociedad*, vol. 42, 2, 2005, fecha de consulta 2 marzo 2015.

63 BERTALANFFY, L. V.: *Teoría general de los sistemas: fundamentos, desarrollo, aplicaciones*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976, p. 14.

64 Por citar algunos, JAKOBS, G.: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 1996, p. 35; *Estudios de derecho penal*, 1º edición, UA Ediciones : Editorial Civitas, Madrid, 1997,

El uso periférico supone que se utiliza como elemento para referirse a lo social, pero ni como elemento central dentro de la explicación sociológica, ni tampoco dentro de un constructo teórico de la penalidad. Eso conduce como consecuencia, que sus vinculaciones con el bien jurídico son escasas o nulas (pensemos en JAKOBS, por ejemplo).

En cuanto al significado diverso al considerado por el *sistema crítico-material del derecho penal*, el término “relación social” alude de modo genérico al ámbito de lo social, en el sentido en que la sociología tomaría dicho concepto con posterioridad a la crítica marxiana y alejado de dicha tradición (piénsese en WEBER, DURKHEIM, PARSONS, LUHMANN, entre otros). Pero la problemática que surge al considerarlo como un elemento más dentro de la explicación sociológica, es que se quita lo central de su importancia y se tiende a ver como accesorio, o bien, puede llegar a cosificarse⁶⁵, cayendo nuevamente y a su vez en el vicio de cosificar la realidad jurídica⁶⁶.

La “teoría material del bien jurídico” considera más bien el concepto de relación social de acuerdo al acervo conceptual de la tradición marxista, la que concibe a la relación como un concepto central⁶⁷ y a las “relaciones sociales” como uno funda-

p. 299; *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2º, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 12, 525, 530, 602, 608 nota al pie 111, 865, 994, 1020 nota al pie 1962.; *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Thomson, Madrid, 2003, p. 124. ROXIN, C.: *Política criminal y sistema del derecho penal*, BOSCH, Barcelona, 1972, p. 46; *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I*, Beck, München, 2006, p. 616. STRATENWERTH, G.: *Derecho penal. Parte general*, Thomson: Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 394.

65 Vid. la crítica, GROSSETTI, M.: “¿Qué es una relación social? Un conjunto de mediaciones diádicas”, *Redes. Revista hispana para el análisis de redes sociales*, Vol. 6, Número 2, 2009, p. 45, http://revista-redes.rediris.es/html-vol16/vol16_2e.htm, fecha de consulta: 21/1/2015.

66 CARRASCO JIMÉNEZ, E., “La «relación» como objeto de la ciencia del derecho penal”, *Ius et Praxis*, Vol. 18, Número 1, 2012, pp. 151-186. Disponible online: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v18n1/art06.pdf>; fecha de consulta: 19/11/2014.

67 CARRASCO JIMÉNEZ, “La «relación»...”, pp. 158-159.

mental. Así, las relaciones sociales son consideradas bajo dicha óptica como relaciones entre personas⁶⁸, al igual como el *sistema crítico-material* lo concibe⁶⁹ y que por ello resiste al llamado “funcionalismo extremo” o “sistémico”, donde el sistema social es lo central y no el hombre. El *sistema crítico-material del derecho penal* además, entiende que dichas relaciones sociales son “concretas”⁷⁰ y considera a las relaciones sociales como producto histórico al igual que el marxismo⁷¹.

Desde la “teoría material del bien jurídico”, la relación social tiene igualmente un punto de encuentro con la concepción de VON LISZT, autor que expresa lo siguiente:

68 El que luego aparezcan como relaciones entre cosas, se debe a los modos de producción capitalistas, donde se vuelven relaciones cosificadas entre personas o como relaciones sociales entre cosas. Por ello dichas relaciones sociales entre personas “aparecen como cosas”. Vid. MARX, K.: *El Capital. Crítica de la economía política*, Vol. I, LOM Ediciones, Santiago de Chile, Chile, 2010, p. 85; ENGELS, F.: “La Contribución a La Crítica de la economía política de Carlos MARX”, en MARX, K.; ENGELS, F.: *Escritos Económicos Varios*, 2º, Grijalbo, México, 1966, p. 390.

69 “El sistema social es antes que todo un sistema de relaciones entre personas” (HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico...*, p. 126.).

70 “Lo que aquí reviste, a los ojos de los hombres, la forma fantasmagórica de una relación entre objetos materiales no es más que una *relación social concreta* establecida entre los mismos hombres” [el resaltado es nuestro] (MARX: *El Capital...*, p. 85.).

71 “Lassalle, en su calidad de buen hegeliano de la vieja escuela, no deriva las disposiciones del Derecho romano de las relaciones sociales de los romanos, sino del «concepto especulativo» de la voluntad, y de este modo llega a ese aserto absolutamente antihistórico” (ENGELS, F.: *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Diario Público, Madrid, 2010, pp. nota al pie, 251-252.). El sistema BUTOS/HORMAZÁBAL considera que “los bienes jurídicos y los desvalores de acto y de resultado están enclavados y son consecuencia del desarrollo histórico social” (...) “Si sólo planteáramos el desvalor de acto estaríamos aseverando que ya hemos llegado a un estadio de la sociedad y a un desarrollo histórico-social en que se ha logrado la absoluta perfección de las relaciones sociales” (...) A su vez estas relaciones sociales concretas, en el conjunto de sus interacciones, pueden dar origen a ciertas abstracciones sociales y que pueden servir para dar una explicación históricocultural” (BUSTOS RAMÍREZ: *Control Social...*, p. 154, 157, 166).

“...los intereses vitales resultan de las *relaciones de la vida* entre los mismos individuos o entre los particulares y la sociedad organizada en Estado, y viceversa. Donde hay vida existe la fuerza que aspira a manifestarse libremente, a desarrollarse y formarse sin trabas. Las esferas de acción de las voluntades, al ponerse en contacto, se entrecruzan en innumerables puntos. De estas relaciones de la vida surge el interés que tienen para la actividad de un individuo las acciones u omisiones de otro. El inquilino quiere alojarse en la habitación que ha alquilado, el acreedor quiere recuperar lo que prestó al deudor; lo que yo he ganado con mi trabajo nadie me lo debe quitar ni perjudicar; nadie debe atentar a mi buen nombre; el Estado exige impuestos y el servicio militar, los ciudadanos reclaman expresar libremente su opinión por medio de la palabra o la escritura. Para no encender la guerra entre todos se necesita un orden de paz (...), una demarcación de las esferas de acción (...), amparar unos intereses y rechazar otros” [el resaltado es del autor]⁷².

Primero, salta a la vista el término “relaciones de la vida” expresado por VON LISZT, en concordancia a la utilizada por BUSTOS/HORMAZÁBAL de “relaciones sociales”. Segundo, dichas relaciones de vida habrían de establecerse entre los miembros sociales, con cierta similitud al planteamiento de BUSTOS/HORMAZÁBAL.

Las diferencias de estas “relaciones de la vida” con el concepto de relaciones sociales en el *sistema crítico-material del derecho penal*, habrían de encontrarse según nosotros, que en VON LISZT las “relaciones de vida” devienen significativamente más cerca de la concepción de SAVIGNY sobre las relaciones jurídicas según lo que se infiere del mismo texto de VON LISZT.

SAVIGNY entiende que existen:

a) “relaciones jurídicas” entre el hombre y la naturaleza a través de la “cosa” lo que implica un derecho llamado “propiedad”;

72 VON LISZT, F.: *Tratado...*, pp. 6-7.

b) relaciones jurídicas entre personas: sea éstas de forma aislada y que da origen a las obligaciones civiles, o de modo orgánico y que da origen a las relaciones de familia⁷³.

Las ideas expresadas por VON LISZT para la relación de vida se orientan más hacia la obligación: el derecho del inquilino, del acreedor, del trabajador, del vulnerado en su honra, del Estado, del ciudadano en su reclamo. Esto es que su dirección apunta más bien hacia un derecho subjetivo, “relaciones jurídicas” en el sentido savigniano y más aún donde se necesita un orden de paz para cautelar que dichas relaciones se produzcan. Los “derechos subjetivos”, sobre todos los relativos a la propiedad, al “buen nombre” y a los “deberes para con el Estado”, se orientan más a un derecho en tanto en cuanto asegurador de la liberalización de la economía.

El concepto de “relaciones sociales” en el sentido BUSTOS/HORMAZÁBAL, se encuentra en un lugar diferente al de las “relaciones de la vida” de VON LISZT. Ya existe esta diferencia por el punto de partida teórico del *sistema crítico-material del derecho penal* de los autores, por lo que bastaría solo mencionar el hecho. Pero a modo de ilustración, la consideración de las relaciones sociales desde la concepción marxiana se encuentra afincada en la idea de ser tales relaciones entre personas y no intermediadas por cosas que se exigen. No son relaciones indirectas, sino directas. El fundamento de éstas no se encuentra en asegurar la liberalización económica, sino que por el contrario, en liberar al hombre⁷⁴. Esta es la base en BUSTOS/HORMAZÁBAL, y por ello que en la contraposición entre los dos conceptos de relaciones (relaciones de la vida/relaciones sociales), no existiría conciliación.

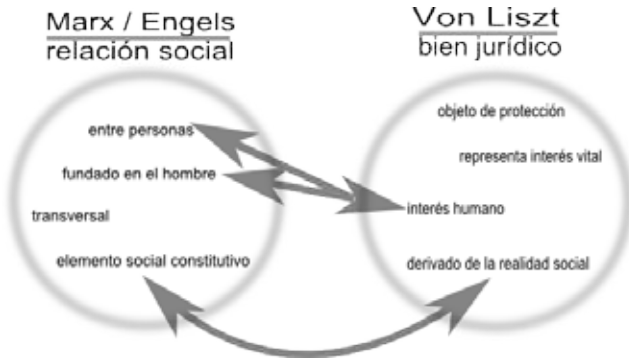
Por ende, el concepto de “relación social” y como elemento identificatorio del bien jurídico, una vez que existe una *heteroimportación metodológica*, se resuelve en una *propiedad*

73 SAVIGNY, F. C. VON: *Sistema Del Derecho Romano Actual*, Vol. I, F. Góngora y compañía editores, Madrid, 1878, pp. 226-231.

74 BUSTOS RAMÍREZ: *Control Social...*, pp. 34-35; p. 368, 372.

teórica emergente del constructo teórico, y por ende, en una propiedad nueva para el derecho penal, ya que, no tiene un equivalente en la ciencia penal.

En el esquema siguiente se grafican aquellos elementos que presentan similitudes entre el concepto de bien jurídico vonlisziano y el concepto de relación social marxiano:



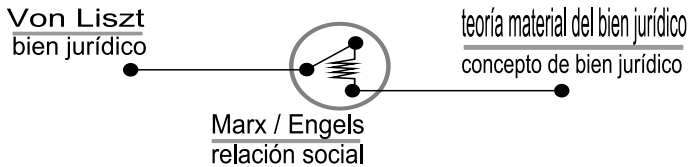
El hecho que VON LISZT ponga como contexto de explicación la realidad social, hace que pueda ser leído el concepto de bien jurídico desde el concepto de relación social marxiano, debido justamente a la consideración por el marxismo de la realidad como un producto social.

El interés humano en VON LISZT es mejor traducido por la concepción marxiana, debido al carácter profundamente humanista de éste. Por lo que las limitaciones evidentes del rendimiento del humanismo vonlisziano, como pudimos exponer, quedan cubiertas por el fundamento marxista del concepto.

El tópico de ‘objeto de protección’ y el carácter de representación de un ‘interés vital’ que aporta la concepción vonlisziana a la “teoría material del bien jurídico”, se integran a ésta última.

Ahora bien y desde el ámbito metodológico, lo que existe en la construcción del concepto de bien jurídico en tanto relación social, es que BUSTOS/HORMAZÁBAL tienen su punto

de partida desde el concepto de bien jurídico de VON LISZT, el cual en el circuito metodológico dicho concepto es *transducido* metodológicamente por el concepto de relación social marxiano. De ahí se produce un concepto de bien jurídico como *propiedad teórica emergente*, lo que posibilita a disponer de un concepto nuevo para la ciencia penal tal y como es posible graficarlo en el siguiente esquema transductivo:



6. La dignidad como límite material a la protección de bienes jurídicos

BUSTOS ya había hecho mención de la dignidad como principio limitador del *ius puniendi* y límite material de la actividad punitiva del Estado, estableciendo una relación de importancia entre el bien jurídico y el injusto con la dignidad y la teoría del sujeto responsable⁷⁵.

HORMAZÁBAL efectúa dos labores teóricas respecto de la dignidad dentro del constructo del bien jurídico.

En primer lugar, vincula directamente la dignidad con el bien jurídico. Si bien parte de la misma idea que BUSTOS sobre aquél como límite material en la actividad punitiva del Estado, además lo relaciona directamente con el bien jurídico, al señalar que la dignidad sería limitación para el *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*. Así, el legislador en la consignación de las conductas que afecten bienes jurídicos no podría sobrepasar dicha dignidad, siendo un límite material al principio de la exclusiva protección. De algún modo entendemos que esto trata de ser una contestación a la crítica jakobsiana al principio

75 BUSTOS RAMÍREZ: *Manual...*, pp. 56-57.

de protección de bienes jurídicos que en la *ontogénesis metodológica* de JAKOBS, arranca de “*Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*” (1985), crítica en virtud de la cual, la protección de bienes jurídicos puede llegar a excesos en su finalidad de protección, cubriendo el espacio donde residen las *cogitationes* en pro de dicho fin⁷⁶.

En segundo lugar, vincula lo constitucional con el bien jurídico a través de la dignidad, no para señalar que el fundamento del bien jurídico es constitucional como en el caso de las teorías constitucionales, sino más bien para expresar cómo la dignidad tiene consagración normativa, sea ésta constitucional o normativo-internacional. Pero esto último en el entendido que la dignidad no es creación constitucional, sino que ella es meramente recogida por la Constitución, con lo cual se reafirma y aún se explicita algo que en el *sistema crítico-material del derecho penal* hasta ese momento, no estaba dicho con claridad, esto es, el por qué se considera la dignidad como límite “material”. La materialidad estaría así al menos indicando a la dignidad como previamente existente al momento del establecimiento normativo-legislativo, pero no como “ontológicamente” previa en términos welzelianos, sino más bien desde una preexistencia social y constreñida a la existencia del ser humano. Ello a la vez responde a la crítica de MÉNDEZ RODRÍGUEZ sobre el límite constitucional, pero ampliando sus efectos más que a lo normativo-constitucional, a lo material-constitucional, cercano al concepto de dignidad como derecho humano de primera generación.

7. La equidesvaloración del injusto: el “desvalor de la relación social”.

De la *ontogénesis metodológica* de este presupuesto teórico podemos inferir, como ya se ha demostrado, que BUSTOS al plantear dicho presupuesto introduce una idea teóricamente “nueva”, esto es, una *propiedad teórica emergente*.

76 En JAKOBS: *Estudios de derecho penal*, p. 293 y ss.

En efecto, el *problema* del desvalor en el derecho penal originalmente ya expuesto por WELZEL (*Doctorvater* de BUSTOS), conducía a la discusión del desvalor del acto *versus* el desvalor del resultado y que llevaba al autor alemán a inclinarse por el primero⁷⁷. BUSTOS lo *resuelve* señalando que ambos contribuirían en iguales términos a la desvaloración del injusto (1974).

En esta resolución del problema se introduce, como ya se anunció, una *propiedad teórica emergente* que es la *equidesvaloración* del injusto (desvaloración desde el acto y del resultado), por ende, no contemplada en el postulado teórico de WELZEL, puesto que no es identificable con alguno de los elementos teóricos (visible) del esquema del alemán. Pero tampoco con el de otra teoría (*heteroimportación*). Por lo que se yergue como una propiedad nueva, ya que surge del mismo constructo teórico de BUSTOS (endógeno).

Se agrega además por BUSTOS, el que dicha *equidesvaloración* se relaciona con el bien jurídico como contenido del mismo (1974), inscribiéndolo nominalmente en el esquema bajo el rótulo de “desvalor de la relación social” (1974). Dicho concepto es retomado y mencionado nuevamente de modo directo y con posterioridad, en el *Manual* (1989).

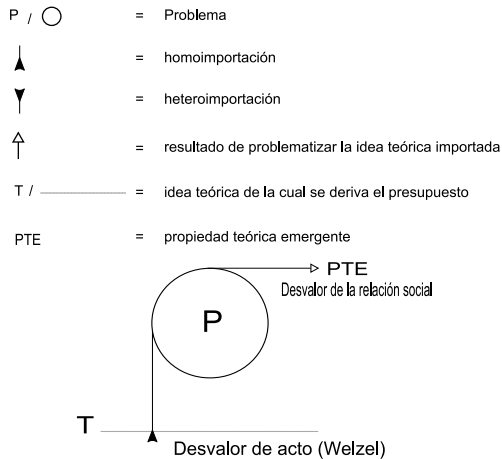
Tal *equidesvaloración* la reafirma posteriormente (1977). Pero luego añade de modo categórico la vinculación de ambas desvaloraciones con los momentos de la teoría del delito, como lo era el desvalor del acto a la tipicidad y el desvalor del resultado a la antijuricidad (1978). Luego expresa que para poder efectuar una desvaloración de acto, se hace necesario hacerla desde normas prohibitivas e imperativas (1980). Todo esto lo reconduce y reafirma nuevamente en su *Manual*.

77 Vid. WELZEL, H.: *Derecho penal alemán: parte general*, trad. BUSTOS RAMÍREZ, J.; YAÑEZ, S., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, p. 74 y ss.

Ahora bien y para llegar a la fórmula de la *equidesvaloración*, BUSTOS procede metodológicamente de modo dialéctico (hegelianamente dialéctico), ya que ante dos puntos puestos en contradicción teórica por la ciencia penal, como lo eran el desvalor del acto y el desvalor del resultado, BUSTOS asume su síntesis. Pero ello no significa que la *equidesvaloración* sea en sí misma una síntesis dialéctica en el plano ontológico, ya que ni el desvalor del acto ni el de resultado son fenómenos que desaparecen en el esquema teórico, para hacer nacer algo nuevo que niegue ambas clases de desvaloración, sino que por el contrario, permanecen dentro de este esquema. La síntesis dialéctica (hegeliana) así, se produce en el orden metodológico (surge algo “nuevo” de elementos conceptuales contrarios), pero no en el orden ontológico de la teoría (no desaparecen dichos términos, siguen existiendo en la teoría).

En los trabajos posteriores de BUSTOS, como en aquellos mancomunados con HORMAZÁBAL y en el de éste en solitario, no se expresa modificación sobre el concepto por lo que hemos de entenderlo como teóricamente solidificado.

Esto puede ser expresado, según la simbología expuesta, en el siguiente grafo:



8. Construcción del bien jurídico

HORMAZÁBAL da forma a un aspecto que en los trabajos de BUSTOS se encuentra mencionado y tratado, pero ni con el detalle que lo formula HORMAZÁBAL ni tampoco como un estudio apartado para el tratamiento de la construcción (histórico-social) del bien jurídico (1991).

En efecto, en BUSTOS (1989) básicamente se encuentran tres ideas para esta construcción: a) la “actividad de los hombres”; b) la intermediación a través de los objetos y su entorno; c) los intereses contrapuestos⁷⁸.

- a) Por “actividad de los hombres” deberíamos entender praxis humana, actividad en cuanto trabajo y en cuanto al desarrollo del hombre en su ser concreto en el mundo. Esto está estrechamente relacionado con la teoría marxiana, donde la actividad humana es una de las bases de dicha teoría.
- b) La “intermediación entre los objetos y su entorno” se orienta sobre las relaciones sociales y entre las relaciones sociales y los objetos, la cual puede ser inmediata o directa, como en el caso de relaciones sociales entre humanos, o relaciones sociales mediatizadas por objetos, lo que ocurre con las mercancías en una sociedad basada en dicha producción⁷⁹.
- c) Los intereses contrapuestos indican la dialéctica que se produce en la discusión social del bien jurídico en cuestionamiento, es decir, sobre su admisión como tal y la lucha en su consideración como “objeto de protección”.

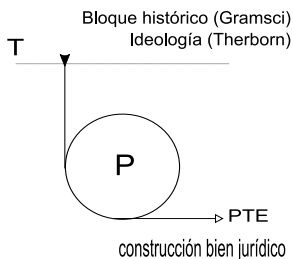
En HORMAZÁBAL se explicita de mejor forma el “origen social del bien jurídico”. Para ello efectúa una *heteroimportación metodológica* desde GRAMSCI y sobre el concepto de

78 BUSTOS RAMÍREZ: *Manual...*, pp. 54-55.

79 Vid: MARX: *El Capital...*

“bloque histórico”, como igualmente de la sistematización que THERBORN hace al tratar el tema de la ideología.

Esto se expresa en el siguiente grafo:



Siendo así, la dialéctica que se produce a nivel de la conformación de los bienes jurídicos lo refiere como “determinación”⁸⁰ de una relación social —a diferencia de BUSTOS que lo denomina como “fijada”⁸¹—, por el cual se van interponiendo diversos discursos ideológicos y donde las ideologías contribuyen negativa o positivamente en la conformación de dicho bien jurídico.

El acicate de HORMAZÁBAL es que esta discusión debería darse libremente en la base social, superando así la ideología. Ésta habría de ser ejercicio hegemónico de un grupo, vehiculizada por el intelectual orgánico y que se da en la superestructura con la finalidad de ver “la realidad” del objeto de protección y su “compatibilidad con el Estado social y democrático de derecho”⁸². De ahí que el proceso de discusión democrática deba producirse “sin interferencias ideológicas”⁸³.

En la concepción de HORMAZÁBAL existe una dialéctica constante en la generación de un bien jurídico, sea entre la infraestructura y la superestructura, sea entre la sociedad política

80 HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico*..., p. 139.

81 BUSTOS RAMÍREZ: *Manual*..., p. 155.

82 HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico*..., p. 141.

83 HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico*..., p. 140.

y la sociedad civil, sea entre el consenso y la coerción. Por ello afirma que sería un producto del bloque “histórico” y particularmente de las relaciones entre la estructura y la superestructura, conforme a los procesos de discusión y a la dinámica de participación en el seno de la sociedad civil y en su base social.

Frente a estas contraposiciones HORMAZÁBAL parece inclinar su balanza hacia la sociedad civil antes que sobre la sociedad política. Así, su inclinación habría de encontrarse más en los efectos del consenso que en los de la coerción, para la construcción o generación de los bienes jurídicos.

9. Contenido material del bien jurídico

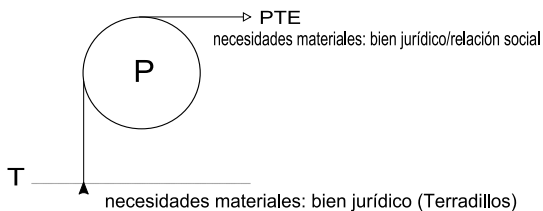
BUSTOS (1989) y en relación al bien jurídico, hace mención que son las necesidades de los hombres las que constituyen la base fundamental de la relación social y en su vínculo a las necesidades y su satisfacción⁸⁴. Ésta es básicamente una idea que se encuentra en toda la concepción marxiana.

HORMAZÁBAL profundiza lo enunciado por BUSTOS (1991), explanando con detalle cómo habría de relacionarse esta necesidad del hombre y su satisfacción con el bien jurídico. Además vincula directamente el contenido material de éste con las necesidades. Para dicho objeto HORMAZÁBAL retoma una sistematización efectuada por TERRADILLOS sobre el punto, el cual lo fundamenta desde la filosofía de HELLER en su trabajo *Teoría de las necesidades en Marx*⁸⁵, con lo que metodológicamente HORMAZÁBAL realizaría una *homoimportación metodológica*.

Lo exponemos según el siguiente grafo:

84 BUSTOS RAMÍREZ: *Manual...*, p. 55.

85 Vid. TERRADILLOS BASOCO, J.: “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Complutense*, Número 63, 1981, pp. 123-150.



Así y en un lado está la teoría de las necesidades helle-
 riano y el contenido material del bien jurídico, y en el otro, la
 construcción del bien jurídico desde los procesos deliberativos
 en la base social que implica el cómo éste toma cuerpo en el
 seno social.

VII. Comentarios finales

La “teoría material del bien jurídico” se posiciona como
 una teoría novedosa en sus planteamientos y que ha tenido una
 meridiana influencia en algunos trabajos o estudios en la ciencia
 penal. Sin embargo, no ha sido suficientemente discutida ni po-
 lemicada, como se pudo comprobar.

Desde el punto de vista teórico y metodológico, la “teoría
 material del bien jurídico”, siendo desarrollada desde el seno de
 la ciencia penal, acude al menos a una fórmula teórica de base
 y transversal a todo su cuerpo como lo es la tradición marxiana,
 fundamentalmente las contribuciones de MARX/ENGELS, y
 luego las de GRAMSCI, HELLER y THERBORN.

En razón de los nombres de los autores puede constatar-
 se, que la interpretación respondería a una línea de interpreta-
 ción marxista no ortodoxa o no fundamentalista, como la que
 representó la corriente estalinista, sino más bien de los llamados
 “marxismos occidentales”⁸⁶. Prueba de esto es la teoría de la es-

86 DRAGO, C.; MOULIAN, T.; VIDAL, P. (EDS.): *Marx en el siglo XXI: la
 vigencia del (os) marxismo (s) para comprender y superar el capitalismo
 actual*, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2011, p. 13.

estructura en MARX, la cual es considerada por aquéllos como un condicionamiento mecánico⁸⁷, a diferencia de la interpretación gramsciana que concibe ductilidad (reciprocidad) en la relación estructura/superestructura⁸⁸, y que es así entendida desde la “teoría material de los bienes jurídicos”.

Por otro lado, es central el presupuesto humanista de la “teoría material de los bienes jurídicos”, cuestión que los acerca a una versión del pensamiento marxista, si pensamos en el núcleo teórico del bien jurídico como lo es la relación social desde la visión marxiana⁸⁹.

Todo ello como ha podido comprobarse, pertenece metodológicamente a la *heteroimportación*. Desde la *homoimportación*, es evidente que existen cuestiones tanto transversales como secantes.

La teoría del bien jurídico de VON LISZT mantiene en la “teoría material de los bienes jurídicos” su base, pero claras alteraciones en el contenido de los conceptos “realidad social” y “humano”, donde el significado en ésta teoría es de mayor inclusividad y amplitud que en la de aquélla.

El contenido del bien jurídico cuyo punto de toque son las necesidades sociales, encuentra en TERRADILLOS el fundamento teórico preciso para enclavar el concepto de bien jurídico del sistema BUSTOS/HORMAZÁBAL, debido sobre

87 Vid. STALIN, J. V.: “Sobre el materialismo dialéctico y el materialismo histórico”, en *Cuestiones del leninismo*, Ediciones en Lenguas Extranjeras, Pekín, 1977.

88 GRAMSCI, A.: *El materialismo histórico y la filosofía de Benedetto Croce*, J. Pablos, México, 2001, pp. 48-49.

89 Decimos “versión”, por la controversia existente sobre la interpretación del marxismo de su visión acerca del humanismo, principalmente la controversia Fromm/Althusser. Vid. MOROS RUANO, E.: *La filosofía de la liberación*, Universidad de los Andes, Mérida, 1995, p. 149 y ss.; FERRARO, J.: “El problema del humanismo en el Marx maduro”, *Polis. Departamento de Sociología de la Universidad Autónoma Metropolitana Iztapalapa*, Vol. 90, 1990. Disponible online: <http://tesiuami.uam.mx/revistasuam/polis/include/getdoc.php?id=310&article=309&mode=pdf>; fecha de consulta: 15/2/2015.

todo a su vinculación *heteroimportada* desde la interpretación marxiana, lo cual ya había sido sentada por BUSTOS en su *Manual*, pero que encuentra en la idea primitiva de HELLER un desarrollo más sistemático y extendido que lo planteado por el marxismo original.

Una cuestión *secante* en la “teoría material del bien jurídico” —aunque transversal en la *sistema crítico-material del derecho penal*—, es la *homoimportación* welzeliana del concepto de desvalor, pero resolviéndolo en una propiedad teórica emergente como lo es la *equidesvaloración* del injusto. Lo es porque básicamente, y como así ha sido descrito por BUSTOS a lo largo de su trabajo, históricamente en la ciencia penal el peso ha estado inclinado en uno y luego en otro desvalor (resultado-acción), y ello no porque la postura del desvalor de la acción prescindiera del desvalor del resultado, pero lo relega en importancia⁹⁰. De ahí que la “desvaloración de la relación social” pretenda superar tales limitaciones.

Al determinar un derecho humano de primera generación (dignidad) como un principio limitador en la actividad del legislador en los alcances de protección del bien jurídico, introduce un elemento que deviene del derecho constitucional para integrarlo en el esquema teórico, pero no como fundamento de legitimidad (fundamento jurídico-valorativo) al derecho de penar, sino como antemural en la protección de bienes jurídicos.

Así la dignidad se cierne como limitación sobre la actividad del legislador en la consideración de las relaciones sociales a juridificar, como lo expresara la crítica de MÉNDEZ RODRÍGUEZ. Pero aquí la diferencia habría de ser, el que la dignidad

90 Que es el hecho de, o casi enarbolar el desvalor del resultado en el causalismo naturalista y valorativo, o el de empinar privilegiadamente el desvalor de la acción, reservando el desvalor de resultado a un segundo plano limitativo. Vid. WELZEL, *Derecho penal alemán*, p. 74 y ss.; igualmente, JOACHIM HIRSCH, H.: “Los conceptos de desvalor de acción y desvalor de resultado o sobre el estado de cosas”, en JOSÉ LUIS DIEZ RIPOLLÉS (editor) *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002.

se sitúa como un fundamento general de limitación negativa y no necesariamente constitucional, dado al carácter de derecho humano de la dignidad.

El contenido teórico de la “teoría material del bien jurídico” es, desde estos planos, una teoría “nueva”, en el sentido que entrega diversas *propiedades teóricas emergentes* que en conjunto constituyen un complejo instrumental completo que resulta como un todo diferente a los puntos de partida de la misma. Dicha teoría pretende, según se infiere del trabajo de estudio de sus autores, diferenciarse del resto de las propuestas teóricas sobre bienes jurídicos. De si cumplen o no ese cometido, no es objeto de este análisis, pero si y solo en confrontación con sus preposos de base desde los cuales parten es posible afirmar un contenido teórico nuevo.