

La crisis del contenido sustancial del delito

CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO

Fiscal de la Audiencia de Pontevedra

SUMARIO: Planteamiento.—1. La crisis histórico-política del contenido sustancial del delito como lesión de bienes jurídicos.—2. La concepción del delito como violación de un deber: su formulación y su crisis. Observaciones críticas.—3. Los presupuestos de la doctrina del bien penalmente protegido en las modernas corrientes jurídicas.—4. El auténtico valor funcional del bien jurídico en el concepto ontológico del delito y en el Derecho penal.—5. El concepto jurídico de deber y su valor funcional.—6. Apéndice: La dogmática penal marxista en relación con la doctrina del bien jurídico.

Al completarse la primera treintena de este siglo, el concepto jurídico del delito parecía haber llegado a su máxima perfección, cristalizando en una definición—la llamada técnico-jurídica—y un contenido esencial—centrado en la lesión de un bien jurídico—que se presentaban como frutos de una tenaz labor dogmática, generalmente aceptados y considerados por la mayoría de los penalistas de la época como construcciones acabadas e insuperables que se esperaba reinaran ya por siempre en el Derecho penal. Todos de acuerdo en los principios fundamentales, parecía quedar abierto tan sólo el camino para los bizantinismos, las sutilezas y la labor de detalle, en la que se agotaban no pocas energías y en muchos de cuyos puntos un observador sagaz y providente habría podido señalar las grietas por las que penetrarían los elementos corruptores de tan perfecta doctrina: La disputa en torno al valor funcional de la tipicidad, los llamados elementos subjetivos del injusto, el insuficiente concepto de la antijuricidad objetiva, el propio formalismo de la definición del delito, sometido a disección anatómica en perjuicio de la unidad funcional, eran como los anuncios de una interna descomposición que muy pronto habría de hacerse patente cuando ciertos autores, empachados ya de tanto dogmatismo, sometieran a revisión todos los conceptos que hasta el momento se tenían por conquistas inmutables.

Los años que siguieron, azarosos, inquietantes, dominados por la política y el conflicto internacional, de un lado, permitieron a un sector de la naciente doctrina quemar las etapas, afiliando sus ideas a los principios políticos dominantes y, del otro, no

fueron precisamente propicios para la fría discusión doctrinal. Pero, pasada la efervescencia pre y post-bélica, parece llegar el momento de volver la vista atrás fijándola en los puntos en que se centró la crítica del concepto jurídico del delito y deducir los resultados de la crisis por que atravesó.

Para los penalistas de los años veinte—alemanes, italianos y ciertos españoles—el delito se presentaba sustancialmente como una ofensa a un bien jurídicamente protegido (1). Dicho de otra manera: la función del ordenamiento jurídico-penal era la protección o garantía de los «intereses vitales del individuo o de la comunidad» (2), esto es, aquellos intereses que se estiman necesarios a la convivencia social. La lesión de alguno de esos bienes tutelado por una norma penal constituía el llamado *objeto jurídico* del delito, su *contenido sustancial*. En la lesión o puesta en peligro de un bien (según que el interés protegido fuera dañado o simplemente amenazado) se concretaba el «daño penal» o «perjuicio jurídico» del delito. El concepto de bien jurídico tiene tal trascendencia rectora en la doctrina penal de la época que se convierte en elemento indispensable para la interpretación penal, a la que se otorga un sentido teleológico en cuanto «conocer cuál es el bien y el interés lesionado y amenazado por un delito dado significa conocer el fin que la ley se propone» (3) y con él se posee «reducido a la fórmula más sencilla, el *valor objetivo* al que la Ley penal concede protección» (4).

(1) Es claro que, aunque en el texto nos refiramos a la época en que la doctrina parece cristalizar con visos de permanencia, el concepto de bien jurídico y el destaque de su importancia como objeto de la tutela es muy anterior. En el siglo precedente y en Alemania nace tal doctrina: BIRNBAUM (*Ueber das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*, in «Archiv des Criminalrechts», 1834, págs. 175 y ss.) fué el primero que inicia esa doctrina que se extiende a todas las ramas del Derecho y que IHERING populariza con su famosa definición: «Es bien todo aquello que puede sernos útil.»

(2) Según la célebre fórmula de V. LISTZ. Cfr. *Tratado de Derecho penal*, trad. esp. de ASÚA, Madrid, 1916, t. II, pág. 2. Sabido es que esa doble titularidad de los bienes jurídicos, que pueden pertenecer al individuo o a la Sociedad, es el punto de partida utilizado por el autor para clasificar los tipos de la Parte especial.

(3) A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, 1913, pág. 580. La concepción metodológica del bien jurídico, iniciada por HONIG (*Die Einwilligung des Verletzten*, 1919), tiende a identificar el bien jurídico con el fin de los preceptos penales. El bien jurídico será según esa concepción la forma más sucinta de expresar el fin de la norma o, como dice el propio HONIG, «aquella síntesis con la que el pensamiento jurídico ha tratado de captar en forma comprimida el sentido y fin de los diferentes preceptos penales».

(4) E. MEZGER (*Tratado de Derecho penal*, trad. esp. de Rodríguez Muñoz, 2.ª ed., Madrid, Edit. Rev. de Der. Priv., t. I, pág. 387) sigue las orientaciones de HONIG (op. cit.) y SCHWINGE (*Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, 1930) sobre la concepción metodológica del bien jurídico. (Para la equivalencia entre «valor objetivo» y «bien jurídico», vid. págs. 386-387.) *Concepción metodológica* que BETTIOL estima prefe-

En cuanto al concepto formal del delito, a su definición a través de los caracteres que ha de reunir el hecho ilícito sancionado con pena, se construye desde BELING (5) a base de cuatro elementos fundamentales: antijuricidad, tipicidad, culpabilidad y punibilidad. Sobre las relaciones que entre ellos guarden y sobre la inclusión o la supresión por superfluo de alguno de ellos, versan las variantes de la definición de cada autor.

Pues bien, la crisis se presenta en esos dos aspectos del concepto de delito: En lo sustancial, negando eficacia preponderante al bien jurídico para afirmar que la esencia del delito radica en la violación de un deber. En lo formal, negando la necesidad de la inclusión en la definición del delito de alguno de aquellos caracteres que se tenían por fundamentales. La sustancia influye en la forma y al desviar el peso del contenido del delito, de la lesión de un derecho ajeno a la infracción de un deber propio, desplaza el acento de la esencia del concepto del terreno de la contrariedad con el derecho o antijuricidad, al de la contrariedad con el deber o culpabilidad. Este último elemento de la definición sitúase en primer plano y pretende absorber a la antijuricidad. La definición del delito pasa con ello de ser una enumeración de elementos a ser un concepto monolítico.

Surgen así nuevos conceptos del delito, tanto en su sustancia como en su forma, y por un momento parece que el Derecho penal va a dar un giro total en su orientación: del objetivismo al subjetivismo, del particionismo al unitarismo. Pero el triunfo de las democracias y el de los valores puestos en juego por el Iluminismo y en aquéllas encarnados, detiene la nueva corriente y permite prescindir de todos aquellos conceptos ligados a determinados presupuestos políticos y filosóficos y centrar la discusión en el puro terreno dogmático con la circunstancia de que el apoyo de los principios inspiradores del mundo occidental está de parte de la concepción tradicional.

1. El hecho ilícito penal, el delito, se resuelve precisamente en la creación de una situación fáctica opuesta a aquel valor cuya

rible, haciendo con ella que el bien o valor jurídico sea sinónimo del fin a que el legislador tiende al dictar la norma (*Diritto penale*, IV edizione, Palermo, 1958, pág. 142). Contra esta corriente ha observado DAHM que este concepto metodológico del bien jurídico no constituye ningún progreso, ya que se resuelve en designar con una palabra el fin de la ley, con lo que nada se añade a lo que ya se sabía (Cfr. DAHM, *Die Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, 1937, pág. 230; en análogo sentido SCHAFFSTEIN, *Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht*, pág. 61 y sigs.).

(5) BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906. Lo característico de este autor estriba, como es sabido, en su construcción del tipo o «Tatbestand», ya que los conceptos de antijuricidad, culpabilidad y punibilidad eran constitutivos del concepto de delito en Alemania desde BOHEMERO, práctico del siglo XVIII (*Elementa Jurisprudentiæ Criminariæ*, 1732), quien lo definió como «un acto libre (acción u omisión), antijurídico, culpable y punible».

necesidad afirma el Derecho objetivo. A través del antiguo concepto del delito como violación de derechos subjetivos se llega, tras una elaboración dogmática, a la concepción del delito como lesión de bienes jurídicos que están en el núcleo de las incriminaciones, con lo que el ilícito penal se refiere siempre a actos que atacan esos intereses humanos considerados como fundamentales. Concepción ésta a la que el Derecho penal llegó no sin retraso, quizá influido por un antiguo peso ético (delito = pecado) que le impedía considerar el carácter alterativo del Derecho y pretendía influir incluso sobre el ánimo interno, olvidando que las normas jurídicas deben limitarse a regular relaciones externas, conflictos intersubjetivos, por lo que lo ilícito no puede ser, a su vez, otra cosa que invasión de la esfera jurídica ajena, agresión de intereses y desconocimiento de poderes atribuidos por el Derecho a los otros sujetos de la coexistencia humana, como certeramente señaló V. Hippel (6). Y cuando por fin la concepción de la ilicitud penal adquiere como idea central la de la lesión de intereses o bienes jurídicamente protegidos trayendo al primer plano el carácter intersubjetivo de las relaciones jurídicas perturbadas por el acto antisocial y antijurídico en que consiste el delito, la seguridad jurídica, que toda objetividad representa (7), se ve nuevamente en peligro por otra exacerbación del idealismo ético estatal que pretende lograr de los sujetos, no ya el acatamiento externo de las normas jurídicas, sino su interna aceptación.

Pero antes de llegar a tan repudiable exacerbación la noción del bien jurídico había de sufrir hondas transformaciones a las que no era ajena la confusión del concepto de «bien jurídico» con él

(6) V. HIPPEL, *Deutsches Strafrechts*, vol. II, pág. 185.

(7) Esta «objetivización» del Derecho penal debe tenerse como una conquista en cuanto señala los límites de la rama punitiva del ordenamiento jurídico, que por contener en sus preceptos las sanciones jurídicas más fuertes y que representan el máximo de restricción de derechos individuales imponible jurídicamente, es necesario que sea limitado dentro de términos fijos y predeterminados; fijeza y predeterminación que sólo se consigue cuando se recurre a módulos objetivos. La necesidad de esa objetividad y de renunciar a todo intento de convertir el Derecho en un ordenamiento ético que domine no sólo la conducta externa del hombre, sino su interna subjetividad, aparece reconocida por todos, incluso por quienes no ocultan sus simpatías hacia una concepción del Estado y del Derecho como realizador de fines humanos trascendentes. Así MORO, quien, sin embargo, ha de reconocer que «cuanto más fundada está en suma la pretensión del ordenamiento jurídico ideal de dominar la vida entera del hombre hasta su experiencia más estrictamente personal, tanto más inadmisibles se vuelve si se tiene en cuenta este o aquel ordenamiento histórico. Habría que desarrollar otra sensibilidad ética, habría que realizar una adhesión constante y desinteresada más alta de los valores en todos para poder en este sentido abandonarse sin residuos a la vida jurídica como plenamente comprensiva de toda instancia moral superior del hombre. Un tal desarrollo de la civilización humana no se ha alcanzado hasta hoy, ni nosotros, por lo demás, sabríamos decir si puede ser realizado alguna vez» (Cfr. *La antijuridicidad penal*, trad. de Santillán. Edit. Atalaya, Buenos Aires, págs. 94 y 95).

de «derecho subjetivo» (8), propia de una filosofía liberal del Derecho que no concebía otro interés digno de protección que los que aparecían encarnados en un individuo, llegando incluso a configurar los intereses sociales y estatales como «derechos subjetivos», cuyo titular era el Estado como *persona jurídica*. Un bien jurídico encarnaba en una persona física o moral («el portador del interés») y el delito, al lesionar aquél convertía a ésta en «perjudicado».

Independizado de toda influencia «ius-naturalista», el concepto del derecho subjetivo se llenará de contenido político y representará el triunfo de la concepción individualista y un instrumento de la lucha del individuo frente al Estado. En primera línea, los derechos subjetivos públicos o «derechos innatos» del hombre, campeones de la libertad individual; detrás los derechos subjetivos privados, que proclaman el «poder de la libertad» del individuo. Pero esa alianza entre el concepto jurídico del derecho subjetivo y la idea política de la libertad individual atraerá sobre aquél todos los ataques de quienes buscan imponer otras ideas: socializantes, estatistas, comunistas, al pretender reemplazar el individuo por el grupo, proclamarán la negación de los derechos subjetivos y la sustitución del concepto por otras nociones, no siempre concretas y manejables jurídicamente. El positivismo francés, que basa el derecho en la solidaridad social, no puede admitir facultades individuales, sino sólo funciones sociales (9). Los comunistas, discípulos del positivismo francés y favorecidos por la idea de la sumisión del individuo a la clase proletaria, negarán al hombre aislado todo derecho subjetivo y desembocarán en un co-

(8) Basta comparar las fórmulas utilizadas por IHERING y LISZT para definir respectivamente el derecho subjetivo y el bien jurídico, para comprender hasta qué punto están identificados ambos conceptos. Ya es sabido que para IHERING el derecho subjetivo es el «interés jurídicamente protegido» y ya dijimos que para V. LISZT el bien jurídico es «un interés vital del individuo o de la comunidad». El propio IHERING concibió el delito como un ataque a los intereses vitales de la comunidad, con lo que la identidad se hace completa. Sin embargo, mientras a V. LISZT y a IHERING se les tolera la confusión, enmascarada tras la fórmula del interés, que sirve también de soporte a los «ius-privativistas» para la definición del derecho subjetivo, se ataca más fuertemente la doctrina inicial de FEUERBACH, de LÖNING y hasta de BINDING, que utilizaban la expresión en la más pura significación que es propia de su época. Reprochar a esta última concepción su formalismo, como hace MEZGER (cfr. *Tratado*, pág. 384), a pretexto de que el derecho subjetivo es emanación del objetivo, con lo que nada se dice «sobre el contenido positivo de éste», es olvidar que los derechos subjetivos, que como todo concepto jurídico tiene un apoyo normativo, no por eso carecen de propio contenido sustancial. Al rechazo de aquella posición habrá que llegar, pues, por otros caminos, como más adelante veremos.

(9) Iniciada la tesis por COMTE en su *Catechisme positiviste* (1852), puede verse desarrollada en DUCUIT, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón* (trad. esp.), y *L'Etat, le droit objectif y la loi positif*, 1901, pág. 143.

lectivismo estatista en el que el Estado asume todo interés y ejerce toda facultad. La misma idea totalitaria, negadora del derecho individual, reducirá a los miembros del Estado a la estricta condición de súbditos, es decir, sometidos.

Por este camino el concepto de «bien jurídico», en cuanto pudiera relacionarse con la idea de «derecho subjetivo», tenía que ser objeto de ataques y repudios. Políticamente era defendible una organización social en la que se desconocieran los derechos individuales reconociendo tan sólo los intereses colectivos; en la que toda iniciativa privada se excluyera, dejando el planeamiento de la actividad social a la Administración; en la que no cupiera más interés jurídicamente protegido que el encarnado en el Estado o en la clase dominante. Pero era preciso que en el edificio jurídico la piedra basilar del derecho subjetivo fuera sustituida por otro apoyo igualmente sólido. Para ello se aprovechó la doctrina normativista de la «Escuela de Viena» que, en su concepción piramidal del Derecho y sobre la base de su unidad, negó primero que el concepto de derecho subjetivo fuera algo independiente del concepto de la norma de que aquél nace (el derecho subjetivo no puede ser algo distinto del derecho objetivo) y pretendió después sustituir el concepto de derecho subjetivo por el de deber jurídico (10). El deber jurídico es el concepto primario, la consecuencia inmediata de la norma, más aún, constituye una misma cosa con ésta. El derecho subjetivo es una sombra, un aspecto del deber jurídico que aparece en aquellos casos en los que queda sometido a la voluntad de un particular el precepto jurídico que impone ese deber. Un paso más, la negación de esa facultad de disposición y su fusión en el Estado y aparecerá como único centro del Derecho la idea del deber jurídico como necesidad de sumisión de la voluntad individual a la voluntad estatal, esto es, como «deber de fidelidad».

Trasladándonos al terreno penal el problema plantéase aparentemente en término de simple cuestión dogmático-penal: Determinar si la esencia del delito consiste en ser *lesión de un bien jurídico* («Rechtsgutsverletzung») o *lesión de una obligación* («Pflichtverletzung»). Contienen dos escuelas: la de Kiel y la de Marburgo, aquélla sosteniendo la necesidad de sustituir la concepción del «bien jurídico» por la idea del «deber de fidelidad y lealtad al Estado»; los otros defendiendo la necesidad de la «lesión del bien jurídico» para una certera visión del contenido sustancial del hecho antijurídico penal.

2. Pero en la polémica se advierte bien pronto, con el triunfo del nazismo, un evidente tinte político. Luchan «la razón de Estado» contra la «razón del individuo»; las ideas tradicionales, contra la nueva corriente que pretende integrar el Derecho en la

(10) Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, 1941, págs. 76 y sigs.

Ética del Estado. Para las orientaciones nacional-socialista dominantes, Derecho es aquello que es útil a la comunidad; la pena es un medio para purificar biológicamente al pueblo; el delito un choque («Verstoss») contra la ordenación de las costumbres del pueblo alemán (11). Y la esencia de ese delito estriba en una deslealtad, en una falta de fidelidad del individuo hacia el Estado, encargado de señalar con sus mandatos las supremas directrices ético-políticas que los súbditos deben seguir, fomentando así la vida verdaderamente humana (12).

Las mismas críticas que se dirigen al concepto del bien jurídico son más de orden político que técnico:

Se le acusa de constituir una variante de la doctrina que concebía el delito como mera lesión de derechos subjetivos; un producto característico de la ideología del Iluminismo y el Liberalismo, que presuponia como existente una esfera natural y autónoma en la que el individuo no estaba sometido a ningún vínculo social; un

(11) Las ideas no eran del todo nuevas. Ha señalado WELZEL (*La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, en «Riv. it. di dir. pen.», 1951, pág. 2) que «mucho antes del nacional-socialismo la antijuricidad material fué caracterizada como daño social (*Socialschaedlichkeit*); justificado resultaba un hecho que reportase más utilidad que daño a la sociedad. En la culpabilidad fué puesto de relieve el momento éticamente indiferente de la peligrosidad; la pena fué convertida en una mera medida de defensa social; al juez debía tocar el papel de funcionario meramente administrativo de la Sociedad, con una misión más de previsión y seguridad que de aplicación del derecho». Lo que ocurre es que el nazismo tomó esa doctrina al pie de la letra y en un desarrollo de lógica teutónica la llevó a consecuencias insospechadas.

(12) El predominio del concepto ético-estatal en esta doctrina ha sido puesto de relieve por MORO (Op. cit., págs. 65 y sigs.): «Se ha inspirado, parece, en una concepción ética rigorista en el sentido kantiano con su afirmación del imperativo categórico, que compromete al sujeto, por la sola obligación racional de la conducta, a prescindir de todo motivo empírico que perturbe aquel pleno homenaje al deber, el cual es contramarea de la voluntad moral. Posición ésta adoptada como significativa también para la obligación jurídica en vista de la unidad afirmada de los ordenamientos jurídico y ético. Esto que podríamos bien llamar absolutismo del imperativo jurídico se colorea luego en función de la autoridad suprema del Estado soberano, el cual diseña precisamente el ideal de vida del individuo y lo impone con resolución tan enérgica que se esfuma la consideración del fin por el cual es dado el mandato». En el trasfondo de la adopción de esa doctrina por parte del Estado nazi, no es difícil adivinar el deseo de exigir una plena compenetración del individuo con las directrices estatales. A un Estado tal no le interesa sólo la conformidad externa de sus súbditos, exige también una aceptación interna: fidelidad, lealtad, todo ello son situaciones anímicas que más pertenecen al ámbito ético de la conciencia, que al jurídico de la conducta. Es lógico también comprender que una concepción de ese tipo, nacida en un ambiente propicio al desarrollo de un concepto prusiano de la disciplina, no pudiera aceptar fácilmente la posibilidad de una investigación teleológica del mandato legal. El mero hecho de pretender averiguar el porqué de la orden, implica una posición crítica, incompatible con la exigencia de aquella sumisión fiel y leal del individuo a la dirección ético-política, que sólo el Führer, como intérprete de la «voluntad del pueblo», podía señalar.

concepto puramente materialista que parecía concebir los delitos como un ataque contra objetos corporales, con olvido de la realidad y con una deformación utilitaria del Derecho penal; una doctrina propensa a la abstracción y al divorcio con la realidad llegando a crear, para justificar ciertos delitos, ficticios bienes lesionados (13). En último término, y en un posterior desarrollo, se declara también la incompatibilidad de la doctrina del bien jurídico con el nuevo «Derecho penal de la voluntad» («Willenstrafrecht»), que se imponía en el dogmatismo germánico, y que se basaba precisamente en la idea de la «violación de un deber».

No podían aceptarse fácilmente esos argumentos. Ni el hecho de que la doctrina del bien jurídico, especialmente en sus últimas épocas, había resaltado siempre el valor social de los bienes objeto de protección (14); ni el que entre esos bienes se hubieran incluido desde un principio, por muchos, al lado de los de contenido económico, otros de un puro valor espiritual (15); ni la circunstancia

(13) ANTOLISEI señaló cómo los Códigos, e incluso los tratadistas (sus críticas se concentran especialmente en MANZINI) llegan a los mayores absurdos lógicos con ese afán de encontrar en todo delito un bien jurídico que represente a la vez un interés social lesionado. Así se habla «del bien jurídico del Orden público en sí considerado», y hasta, en las injurias, del «bien jurídico de garantizar la inviolabilidad del honor y el decoro», etc. (Cfr. *Il problema del bene giuridico*, in «Scritti di diritto penale». Milano, 1955, págs. 104-105 y 120.) Sin embargo, prescindiendo de la observación de que la abstracción es instrumento lógico que se prodiga en Derecho penal, incluso legislativamente (¿qué otra cosa es el «tipo» que una abstracción?), lo cierto es que no pueden imputarse a la doctrina del bien jurídico las exageraciones a que puede ser llevada, precisamente en aras de un intento de integrar en el Estado todo interés protegido penalmente, intento cuyas raíces, indudablemente ajenas a los postulados de aquella doctrina, lo condenaban de antemano al fracaso. Pretender convertir el bien jurídico en un mero bien de la comunidad, privándole de todo el contenido individual que le es inmanente y que no debe ser desconocido, es un exceso que necesariamente ha de ofrecer fácil blanco a la crítica. A lo más que se puede llegar es a una posición que considere al bien jurídico, incluso el perteneciente a un individuo, como objeto de protección tan sólo en cuanto afecta al orden social. En este limitado sentido puede admitirse la afirmación de DEL ROSAL de que: «los bienes jurídicos pertenecen, aunque a veces sea mediatamente, a la comunidad popular» (Cfr. *Estudios penales*, 1948, página 69, y *Una nueva concepción del delito*. «Boletín de la Universidad de Granada», Madrid, 1942).

(14) En plena efervescencia polémica, BETTIOL señaló que ya ROCCO, uno de los máximos defensores del concepto de delito como ofensa a un bien jurídico, había combatido toda concepción individualista del concepto de ese bien y sostenido que los intereses particulares encuentran su tutela penal tan sólo cuando coinciden con los intereses del Estado. (Cfr. BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, in «Riv. it. di dir. pen.», 1938, pág. 16.)

(15) Fueron especialmente SCHWINGE y ZIMMERL quienes refutaron con más fuerza el argumento del pretendido concepto materialista del «bien jurídico», señalando que la palabra «bien» se aplica, tanto en un sentido vulgar como en el técnico, no ya a las cosas corporales, sino también a cosas incorporales e ideales y a los valores del espíritu. (Cfr. SCHWINGE und ZIMMERL, *Wesenschau und konkretes-Ordnungsdenken in Strafrecht*, Bonn, 1937, pág. 68). Precisamente para escapar de esa crítica e incluso del en-

de la plena compatibilidad entre la idea de deber y el concepto del bien jurídico (16); ni el que las nuevas corrientes, pese a sus pretensiones de hacer una dogmática realista, caían aún en mayor formalismo que la doctrina que combatían (17), podría dejar de ser alegado. Por otra parte, incluso en los Estados totalitarios el individuo conserva una esfera propia de libertad, aunque esté notoriamente disminuída, y existen igualmente relaciones entre el Estado y el individuo, y entre los distintos miembros del grupo social, que es menester regular y proteger penalmente; no todo puede reducirse a un mero deber de obediencia del súbdito al Estado, realidad ésta que habla con mayor fuerza argumental que todas las razones esgrimidas por la nueva dogmática (18).

Aunque por razones políticas la disputa no podía mantenerse en los límites de una honesta investigación penal, la fuerza de los argumentos replicados forzaron a buscar soluciones de compromiso: Schaffstein, el más irreductible, se limita o excluye la lesión del bien jurídico del instante de la violación de la norma, en el que, según él, debe prevalecer la idea de incumplimiento de la obligación, siendo ésta la que vendría a servir de fundamento a

tronque posible con la llamada jurisprudencia de intereses, BETTIOL (*Diritto penale*, cit. págs. 143 y 144) manifiesta que prefiere hablar, al tratar del bien jurídico, de valores y no de intereses, porque éstos hacen referencia a una relación mientras que la de valor es una noción más apta para expresar el contenido ético del Derecho penal. Como puede observarse incluso en el terreno ético en el que pretendía moverse la Escuela de Kiel, el concepto de bien jurídico podría ser utilizado, sin que por ello se llegase a una materialización del delito y el Derecho penal.

(16) Los propios precursores de la concepción del «deber jurídico de acatamiento de la norma», reconocieron siempre al bien jurídico como núcleo central de su concepto del delito. Así, BINDING, en sus *Normas*, afirma que en toda desobediencia penal se esconde siempre como núcleo la ofensa del bien protegido, añadiendo que «el mandato del Derecho es, en todo caso un medio para conservar en su integridad los bienes jurídicos» (Cfr. *Die Normen und ihre Uebertretung*, 1879, vol. I, pág. 198). Igualmente v. FERNECK, al sostener que el derecho objetivo es un complejo de imperativos y deberes, no deja de afirmar que el Derecho penal impone deberes con el único fin de tutelar los intereses de quienes viven en sociedad (Cfr. *Die Rechtswidrigkeit*, 1903).

(17) Ha sido BETTIOL quien ha señalado que «al querer negar que el bien jurídico constituye siempre el objeto específico del delito, porque el delito sería ante todo desobediencia a un imperativo de la ley (delito de pura desobediencia), se cae en un verdadero y auténtico proceso de formalización del Derecho penal, aunque se afirme querer hacer una dogmática penal «realista». El deber, ciertamente, es categoría formalista y, como tal, nada dice en tanto no sea puesto en relación con los valores tutelados y no sea así especificado y casi concretado, sin prescindir de la consideración lógica de que la expresión de un mandato postula siempre la presencia de un interés, aunque sea identificado y creado en el mismo instante en que la norma aparece expresada (Cfr. *Diritto penale*, pág. 143).

(18) Esto fué advertido con mayor claridad por los juristas italianos, a quienes no cegaba una dogmática política favorable a una concepción ético-estatal. Aun los más audaces adversarios italianos de la doctrina del bien jurídico, no dejaron de admitir límites a la actividad del Estado en favor del individuo (Cfr. ANTOLISEI, *Op. cit.*, pág. 102).

la punición del hecho; mientras otorga a la idea de lesión de bienes jurídicos un papel secundario, aunque sin desterrarla totalmente del Derecho penal (19). Dahm, recogiendo velas por su parte, llega a conceder que el concepto del bien jurídico es útil e incluso necesario para la dogmática penal, siempre que no se utilice exclusivamente para la formación de los conceptos jurídico-penales, por lo que los ataques «no se dirigen contra el concepto en sí, sino contra su unilateral sobrevaloración» (20). Gallas se orienta también en un sentido intermedio, en el que, aun afirmando que un sistema jurídico construido sobre la idea del fin protector de intereses es utopía iluminista, reconoce que no se puede tampoco dogmatizar el pensamiento jurídico sobre la única base del principio ético excluyendo toda referencia teleológica: Se impone en consecuencia un complejo método axiológico que conecte la valoración teleológica con la ética: la lesión de un bien jurídico sería aquí un mero índice del disvalor jurídico de la acción, «medida, no objeto, ni comportamiento delictivo» (21).

La necesidad del compromiso alcanza a todos, bajo el influjo del contrapuesto principio político y la razón dogmática. Hasta Mezger, remozando con el aire de las nuevas corrientes las tradicionales ideas por él sustentadas, sin renunciar al concepto del Derecho penal como defensa de valores, integra éstos en el «valor absoluto de la comunidad popular» (22). En definitiva, las fórmulas a que se llega son fundamentalmente las mismas, aunque varíe en ellas la posición que se concede al bien jurídico: para los más avanzados lo fundamental es la idea de fidelidad debida a la ley por parte del ciudadano, y frente a ello la protección de los bienes concretos debe pasar a segundo plano; los más tradicionales consideran que la esencia del delito radica en la «lesión de un bien jurídico», pero sin agotarse con ello, ya que también la constituye la «lesión de un deber», según la sincrética y extendida fórmula de Schönke (23). Se afirma, en definitiva, que la defensa de los bienes jurídicos quedaría reducida a una finalidad puramente preventivo-negativa, de policía, mientras la finalidad central del Derecho penal es de naturaleza positiva, ético-social (24). Sauer insistirá todavía, al construir sus «tipos axioló-

(19) Cfr. SCHAFFSTEIN, *Der materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht*, págs. 31 y sigs, y *Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystem*, págs. 298 y sigs.

(20) DAHM, *Op. cit.*, págs. 230-236.

(21) GALLAS, *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutzverletzung*, 1936, págs. 64 y 65.

(22) MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, 1937, págs. 695 y sigs., y *Deutsches Strafrecht*, «Ein Grundriss», 1938, págs. 58 y 59. En análogo sentido se expresó JUAN DEL ROSAL (*loc. cit.*), aunque ya vimos cómo la posición de este último ofrece la posibilidad de una interpretación más atenuada (Cfr. nota 13, *in fine*).

(23) Cfr. SCHÖNKE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 4.^a ed., págs. 13 y 14.

(24) Cfr. WELZEL, *Op. cit.*, pág. 3.

gicos», en que «una sistematización según el bien jurídico es insuficiente, cosa que, según él, debiera «estar en adelante fuera de toda duda» (25), y que demuestra cómo la idea de lesión de un bien, central en el concepto de delito, debe pasar a segundo plano.

En Italia, tras haberse hecho eco de la cuestión Bettiol en un ponderado artículo (26), Antolisei (27) y Petrocelli se afilian a las nuevas corrientes demoledoras del bien jurídico. El último de los citados, con menos decisión, se limita a señalar que no es tanto el alcance de la lesión de un bien jurídico lo que debe servir para valorar la entidad del delito, sino la cualidad y modalidad de la acción, «los efectos psicosociales de la acción delictiva» (28).

Antolisei, en «El problema del bien jurídico» antes citado, va mucho más allá, cuando aun reconociendo la necesidad de admitir el concepto de bien jurídico, pone en discusión «la importancia basililar que al mismo le atribuye la dogmática actual». Partiendo de la base de que en el derecho actual la pena no es tanto, según la feliz expresión de Merkel, una manifestación de potencia al servicio de la conservación social, sino un instrumento para el progreso del pueblo (op. cit., pág. 108), y de que ha de abandonarse la idea del Estado-gendarme propia de la filosofía de la Revolución francesa, para aceptar la de que el Estado tiene por fin el desarrollo social, llega a la conclusión de que «el concepto del bien jurídico, en la forma que es entendido por la doctrina dominante, no se extiende a todo el ámbito del derecho penal, sino sólo a la zona, si se quiere extensísima, en la que el derecho adopta una función conservadora; no encuentra en cambio aplicación donde la norma tiene una diversa finalidad» (págs. 110-111). Por ello concluye que «si la teoría dominante para la cual el delito tiene siempre como objeto un bien jurídico era exacta cuando surgió (el derecho tenía entonces un fin meramente conservador), no es sostenible en el momento histórico actual» (pág. 113), lo que se manifiesta más palpablemente en la zona de los delitos de pura desobediencia. En definitiva, para Antolisei, «el delito es siempre un hecho que el legislador reputa nocivo para la conservación o para el desenvolvimiento de la comunidad social» (página 116). He ahí su contenido sustancial, a la vista del que es menester reconocer, según ese autor, «una importante exigencia: la exigencia de sustituir la noción tradicional del objeto de la norma por la del fin de la norma» (pág. 120). Pero no se crea por ello que Antolisei lanza por la borda la concepción del bien

(25) SAUER, *Derecho penal*, Parte general. Trad. esp. de Del Rosal y Cerezo. Barcelona, pág. 75.

(26) Cfr. BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, in «Riv. it. di dir. pen.», 1938, núm. 1.

(27) ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in «Riv. it. di dir. pen.», 1940. Forma parte de sus *Scritti di diritto penale*, cit., págs. 97 y sigs.

(28) PETROCELLI, *Principi di diritto penale*, vol. I, 1944, págs. 243 y sigs.

jurídico. Al contrario, no se recata en afirmar que «la noción del bien jurídico, en verdad, lo que reclama a considerar en el aspecto sustancial del delito es su contenido humano. Teniendo los ojos fijos sobre eso, el delito aparece cual efectivamente es en la mayor parte de los casos: no simple rebelión del individuo a la soberanía de la ley, sino ofensa a un interés concreto, que coincide con los intereses de la sociedad. La indagación sobre el bien jurídico, en una palabra, aclara el carácter intrínsecamente antisocial que el delito presenta generalmente, y no carece de importancia también para una exacta interpretación de la Ley» (29).

Pueden verse las claras diferencias entre esa posición y la de la Escuela de Kiel, especialmente al rechazar que el delito pueda ser una simple rebelión del individuo a la norma, y hemos de convenir que en algunos puntos la crítica de Antolisei dirige certeramente sus disparos, si bien sólo sea en aquellos en los que las orientaciones de los Estados modernos, propensos a conminar con la sanción penal acciones que vulneran sus directrices, aunque no contengan una verdadera lesión u ofensa de bienes jurídicos, se apartan del auténtico sentido y finalidad del Derecho y, más concretamente, del Derecho penal.

Ahora bien, el Derecho es un instrumento de compatibilización de conductas humanas; tiene por fin la lucha contra los que rompen las normas de convivencia y ha de desenvolverse dentro de un orden de garantías (el máximo de libertad individual, dentro de un mínimo de perjuicio social), que eso y no otra cosa es la juridicidad. Por ello el Derecho ha de renunciar a toda aspiración de fundirse con la Ética por cuanto ésta se dirige al individuo, a su ser íntimo, y aquél a las relaciones entre los individuos, a su obrar exteriorizado. De aquí que el Derecho, fundamentalmente alterativo, no pueda pretender la aceptación interna de sus preceptos y si sólo su externo acatamiento, por lo que resulta inadmisibles el intento de construir una Ética estatal que se imponga a los súbditos jurídicamente (30). Por las mismas razones, tampoco interesan al Derecho cualesquiera actos del individuo, sino precisamente aquellos que lesionan valores necesarios para la convivencia social. Estos valores, *de orden material, económico o espiritual* son, como ahora veremos, *los que constituyen los bienes tutelados jurídicamente*.

E incluso en los delitos en los que no aparece «prima facie» la lesión de un bien como contenido de la acción, puede tener y tie-

(29) ANTOLISEI, *Op. cit.*, págs. 125-126. Vid. también *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930, págs. 139-140.

(30) No puede dejarse a un lado la observación de que tanto este problema del contenido del delito, como muchas de las cuestiones de la teoría general (especialmente la antijuricidad y la culpabilidad) se han visto hondamente influidos por la idea, de origen hegeliano de la confusión de la Moral en el Derecho, que desconoce el distinto origen, la distinta naturaleza y el distinto fin de uno y otro de esos dos órdenes normativos, que TOMASSIO, KANT y FICHTE, habían puesto de relieve.

ne un valor funcional el bien jurídico. Así, en los delitos de peligro, la incriminación se hace en atención al riesgo de lesión, lo que constituye también una forma de tutela de ese bien, que está pues en el trasfondo de la incriminación. Ya Binding señaló que incluso los delitos de simple desobediencia, en lo que la norma se limita a prohibir sin más el acto («Verboteschlechthin»), esa prohibición se hace en atención a un peligro, que se valora en abstracto sin tener en cuenta si en el caso concreto existió o no tal peligro (31).

Más aún, puede afirmarse que el valor funcional del bien jurídico, como núcleo del contenido material del delito, radica precisamente en servir de límite a la actividad incriminadora, en cuanto no debe considerarse conveniente o lícito cominar con pena acciones que no representan una lesión o un peligro (cuando menos abstractamente considerado) para un bien jurídico privado o social. No debe haber un delito sin ofensa o amenaza de un bien jurídico, y en muchos de los delitos que Antoiisei señala como privados de un contenido de lesión de un bien, un más profundo examen descubre la intención protectora de un interés, aunque pueda establecerse polémica sobre su carácter vital o la conveniencia de su tutela jurídica (32).

Y así vemos cómo el citado autor ha de buscar sus ejemplos principalmente en las leyes especiales, en las que se entremezclan

(31) Cfr. BINDING, *Normen* cit., vol. I, §§ 17, 52 y 53. Sabido es que el autor pretende construir sobre esa tesis con carácter independiente el delito de policía o contravención, lo que ciertamente no ha tenido éxito. Ya V. HIPPEL (*Op. cit.*, vol. II, pág. 100) señaló que en esencia no existe diferencia alguna entre esos tipos de mera desobediencia y los delitos de peligro, ya que una clase de estos últimos la constituyen los llamados delitos de peligro abstracto. De otra parte, no creemos que nada se oponga a que en las contravenciones falte ese contenido esencial, dado su posible carácter administrativo.

(32) No tenemos inconveniente en conceder que, en fases de transición, subsistan delitos en los que se ha esfumado el contenido de lesión de un bien jurídico, por una transformación social o política. Desde las incriminaciones tuteladoras de una Monarquía, que es derribada, hasta el propio delito de hurto, cuya razón de ser desaparece en una organización comunal, las posibilidades de transformación de las tipificaciones de la Parte especial son ilimitadas y sabido es que no siempre se lleva a cabo con la debida rapidez la adaptación legislativa a la mutante realidad social. De otra parte, la existencia de tipificaciones penales que nunca debieron salir del ámbito administrativo, y que son prodigadas en aquellos órdenes sociales en que el Estado pretende absorber toda actividad, tampoco creemos pueda utilizarse como argumento en una cuestión en la que lo debatido es cuál debe ser el contenido del delito y no cuál sea ese contenido en los casos de desviación. En último término, lo que demostrará eso es que tales ilicitudes nunca debieron serlo de Derecho penal, como ya se señala en el texto. De otro lado, ha sido destacado por BETTIOL (*Op. cit.*, pág. 142) como los bienes jurídicos aparecen íntimamente ligados a las concepciones de una época y en consecuencia adquieren diverso significado y contenido también diverso con el mudar del tiempo y del ambiente.

tificaciones punitivas con simples sanciones en infracciones administrativas. Pero aun ahí, el interés social de la conservación de la pesca o la riqueza forestal (pongo por ejemplos citados), constituye a todas luces un indudable bien estatal o de la comunidad digno de protección. Y los restantes ejemplos esgrimidos por Antolisei (como el castigo de quien quebranta el descanso dominical o no se inscribe, estando parado, en la lista de la oficina de colocación) constituyen meras contravenciones administrativas que, también a todas luces, no han debido nunca ser elevadas a la categoría de delitos.

Tampoco es demostrativa la afirmación, nada nueva por cierto, de que el legislador, como hombre, puede errar, con lo que no puede excluirse la hipótesis de que resulten castigados hechos que en la realidad no son dañosos ni peligrosos (33) ya que, cuando un hecho tal es castigado sin deber serlo, el exceso imputable a un error indica que en ese caso los principios básicos han sido vulnerados, pero no puede obligar a alterar tales principios para dar el error carta de naturaleza. La alteración de la valoración social con el transcurso del tiempo es un hecho de experiencia, que ya Garófalo utilizó en su doctrina del delito natural. Pero ello tampoco demuestra nada, sino que a la desaparición del interés social de tutelar jurídicamente un bien, debe seguir la desaparición de la imeriminación de los actos que lo atacan. Y si así no ocurre es por el hecho, muchas veces señalado, de que no siempre el Derecho positivado se adapta a las necesidades de la realidad.

En definitiva, gran parte de la argumentación de Antolisei pretende revivir la ya agotada polémica en torno al objeto del delito y a la posibilidad de delitos sin resultado, confundiendo conceptos bien diversos como son el contenido sustancial del delito, el objeto de la acción, el resultado o evento y hasta el «telos» de la norma (34).

Por eso, Petrocelli, que no vacila en degradar en cierto modo el valor funcional del bien jurídico reconociendo la existencia de otros factores, como el tradicionalmente denominado «daño mediato» del delito—constituído por «los efectos psicosociales de la acción delictiva»—no puede menos de convenir, pese a todo, que ni es concebible una norma penal que no tutele un bien jurídico ni un delito sin ofensa (35).

3. El concepto del Derecho subjetivo hoy en día ha conseguido independizarse en gran parte de su simbiosis con el indivi-

(33) Cfr. ANTOLISEI, *Op. cit.*, pág. 115.

(34) Cfr. nuestro *Encubrimiento y receptación*, Barcelona, 1955, páginas 169 y sigs. La cuestión es asaz conocida y tiene aquí un interés tan tangencial que nos creemos relevados de insistir en ella (Cfr. en cuanto a ANTOLISEI, las págs. 115 y 116 y las notas 38 y 39 de la obra citada). En cuanto a la necesidad de no confundir el objeto jurídico y objeto material, vid. BETTIOL, *Op. cit.*, pág. 142.

(35) B. PETROCELLI, *Principii*, cit., pág. 243-247.

dualismo, que atrajo sobre él las iras políticas. Es cierto que, como señala De Castro (36) «el concepto del Derecho subjetivo está en contradicción con la concepción colectivista; pero tampoco puede basarse, adecuadamente, en la individualista. El error de ésta se halla en señalar distinto origen, justificación y fin a la organización de la comunidad jurídica y a los derechos subjetivos de la persona. Esta, como miembro activo de la organización, no actúa fuera ni en contra de la organización, sino en función de ella». No es que con eso se acepte la idea de que el individuo que ejercita un derecho subjetivo es un mero «funcionario de la comunidad», cuya misión queda reducida a actuar como representante mediato de aquélla en cuanto «hace triunfar su derecho contra el que altera la paz», al modo como quiere cierto sector de la doctrina germánica (Manigk, Binder, Kaufmann, Husserl). Al contrario, el poder absorbente que se concede en esas concepciones a la comunidad es incompatible con una concepción cristiana de la persona y la sociedad en la que, si bien el individuo actúa *dentro* de la sociedad, ésta a su vez está también constituida *por y para* los individuos.

Consecuencia de ello es que el Derecho subjetivo adquiera para los modernos civilistas un sentido más amplio que el de un material «goce, ganancia o ventaja» para el individuo, propio de las fórmulas a lo Ihering, e independiente, también, de un libérrimo «señorío del querer», en cuyo ámbito quisieron centrarlo las liberales fórmulas a lo Windscheid. Pero pese a la amplitud de la moderna concepción del Derecho subjetivo, resta una faceta del concepto que impide su identificación con una noción del «bien jurídico» que pueda tener en Derecho penal un valor funcional técnico y una utilidad: en el Derecho subjetivo el poder concreto en que consiste queda a la disposición de la persona a que pertenece, «a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa» (De Castro, loc. cit.). Claramente se comprende que ese poder de disposición individual poco tiene que hacer en un ordenamiento jurídico caracterizado por la necesidad de sus normas, cual es el penal. Y lo cierto es que aunque, cada día más, el ámbito del Derecho necesario se va ampliando también en el campo del Derecho privado, extendiéndose el número de las normas que establecen derechos irrenunciables, ni esa irrenunciabilidad se refiere precisamente al ejercicio (37), ni el todavía numeroso y predominante número de

(36) F. de CASTRO, *Derecho civil de España*, Madrid, 1949, tomo I, vol. I, pág. 572.

(37) La diferencia entre la renuncia al derecho y la renuncia a su ejercicio es algo que debe tenerse presente. El derecho de prórroga forzosa, concedida al inquilino en la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, es irrenunciable y, su renuncia estipulada en el contrato es nula; sin embargo, el inquilino puede dejar de ejercitarlo y abandonar la vivienda a favor del propietario.

los preceptos de carácter voluntario permitiría la expresada equiparación.

Bueno es señalar, sin embargo, que esa característica del derecho subjetivo, de quedar su ejercicio al arbitrio del titular, si impide su plena identificación con el bien jurídico, es tan sólo en el sentido de tener éste un más amplio contenido, pero no en el de que los derechos subjetivos, tal como han sido configurados por la moderna doctrina, no puedan constituir una de las categorías de bienes penalmente tutelados (38). Y eso porque el libre ejercicio de su derecho que al titular incumbe tiene ya su ámbito funcional en el campo del Derecho penal *después* de cometido el acto lesionador. O dicho más precisamente, la renunciabilidad del derecho (que es, en definitiva, en lo que se centra esa libertad de disposición de que venimos hablando) provoca, al ser actualizada, la desaparición de la lesión coetánea o posterior, en cuanto falta el objeto de ataque al renunciarse el derecho, pero no puede borrar la lesión ya consumada, porque existía el objeto de ataque al producirse éste. Así, el consentimiento previo del propietario y la renuncia al derecho de posesión de la cosa convierte la toma de la cosa ajena en la consumación de un contrato real (comodato, depósito, etc.) o en una forma de adquirir (ocupación de *res derelictae*); pero, en cambio, esa misma renuncia o consentimiento, posterior a la *contractatio* o al traslado de posesión, no puede hacer desaparecer la ilicitud de la «toma de cosa mueble ajena sin consentimiento de su propietario». Es claro, pues, que la cuestión de la libre disposición del derecho subjetivo y la del carácter necesario de las normas penales son completamente diversas, tienen ámbitos distintos y un también diferente valor funcional.

Problema ese que está, a nuestro juicio, relacionado con la cuestión de si el bien jurídico protegido tiene carácter abstracto o si ha de ser entendido como un proceso psíquico-individual, que ha de ser demostrado existente en cada caso, posición esta última que lleva a Kessler (39) a afirmar que un bien sólo se halla protegido por el Derecho en tanto sobre él exista un interés actual, que será necesario probar en cada caso para poder aseverar la existencia de una lesión o peligro de dicho interés actual, con olvido de que, precisamente por ser los bienes jurídicos protegidos penalmente por su relevancia social han de ser entendidos de un modo abstracto y general, ya que lo que auténticamente tutela el Derecho penal no es cada bien concreto, sino la *categoría* de bienes a que pertenece el que ha sido objeto de lesión. (Lo tute-

(38) Yendo más allá, valientemente pretende defender BETTIOL (*D. p.*, pág. 144) su total equivalencia diciendo que ello está en la propia esencia de las normas jurídicas en cuanto normas de tutela. «Si el Derecho es aquello que es—concluye—las nociones de bien jurídico y Derecho subjetivo son correlativas».

(39) KESSLER, *Dir Einwilligung des Verletzten in ihrer Strafrechtlichen Bedeutung*, 1884.

lado es la propiedad, por ejemplo, y sólo mediatamente, como formando su elemento constitutivo, las concretas propiedades de cada sujeto).

Por ello se ha preferido por la mayoría de los penalistas referirse, cuando del bien jurídico se trata, a un *estado o situación* o, lo que es lo mismo y según la respectiva posición, «la participación de la voluntad individual o social en el mantenimiento de un determinado estado» (40) o la «posición favorable a la satisfacción de una necesidad (41). Con ello el bien jurídico entendido en este concepto general como situación socialmente deseable y como algo superior a los concretos derechos e intereses, adquiere un sentido ideal y abstracto que lo hace apto para abarcar los más variados objetos de la tutela penal (42).

Es, pues, evidente que el concepto penal de «bien jurídico» no puede confundirse no ya con un concepto económico de bien (es decir «lo que sirve para satisfacer una necesidad»), sino incluso con el iusprivatista de derecho subjetivo. Tampoco cabe la identificación con los bienes ideales o morales (43). Todos ellos son meras categorías comprensibles entre los «bienes penalmente protegidos», pero éstos tienen un alcance más extenso, ya que comprenden igualmente los bienes económicos, los derechos subjetivos, los derechos de la personalidad, los valores éticos y los valores sociales. Bien jurídico es la propiedad, como lo es la vida,

(40) Así, MEZGER, *Tratado cit.*, pág. 384. *Aquí palpita la concepción de WINDSCHEID.*

(41) Así CARNELUTTI, *Teoría general del Derecho*. Trad. esp. de V. Conde. Madrid. «Rev. Der. Priv.», pág. 203 y núm. 83. Cfr. en análogo sentido ANTOLISEI en *L'offesa e il danno cit.* *Aquí palpita la concepción de IHERING.*

(42) MEZGER (*Tratado*, pág. 386) señala ya que el bien jurídico «según el punto de vista desde que se le considere, aparece como *objeto de protección* de la ley o como el *objeto del ataque* contra el que se dirige el delito. Bien jurídico, objeto de protección y objeto de ataque—pero no el objeto de la acción—son términos sinónimos».

(43) La distinta valoración otorgada por la Ética y por el Derecho a un mismo bien ideal o material ha sido puesta ya de relieve por SAUER (*Op. cit.*, pág. 371) cuando señala que la escala de valores del Derecho es otra que la de la Cultura. Más concretamente LEGAZ (*Filosofía del Derecho*, páginas 573 y sigs.) hace observar que «el contenido de un deber moral no puede estar en contradicción con la idea moral que informa el respectivo sistema de moralidad, mientras que esta discrepancia cabe, al menos en hipótesis, entre el Derecho positivo y un sistema de moralidad» y añade que «el Derecho, como categoría de la vida social de estructura normativa, contiene deberes, que son distintos de los morales y pueden ser incumplidos por razones morales, porque todo cumplimiento o incumplimiento de un deber jurídico constituye para el hombre un problema moral». Como ya apuntamos en el texto, Derecho y Moral son dos órdenes normativos diferentes, pero recayendo sobre un mismo sujeto (el hombre) y una misma materia (las conductas) sus valoraciones respectivas tienden a coincidir. Pero esa coincidencia no siempre es plena y, más aún, puede ser opuesta en aquellos casos en que el Derecho de un Estado parta de presupuestos distintos a los inspiradores de la moral dominante.

el honor, la honestidad, las buenas costumbres, el orden público, la fe pública y hasta la ordenada circulación por carretera. Como dice Welzel (44), bien jurídico es «un bien vital del grupo o del individuo que, en razón de su significación social, es amparado jurídicamente».

Destácanse así dos aspectos del concepto que creemos vitales: Primero, el que la pertenencia de un bien jurídico puede recaer por igual sobre los individuos o sobre la comunidad, sin que ésta absorba en sí todas las titularidades de esos bienes (cuestión distinta, insistimos, de la que presenta el hecho de que ese bien privado sea tutelado en razón de su significación social, ya que no cabe confundir la titularidad con la razón de la relevancia jurídica del ataque). Y segundo, que esos bienes no son precisamente objetivados por el hecho de concebírselos como capaces de ser sometidos a un ataque, ni menos aún son concebidos como intereses materializados, ya que el concepto abarca tanto los intereses o bienes económicos como los ideales e incluso, como quiere Mezger (45), «el interés de conciliación y compensación de la idea misma del Derecho».

Por ello lo único que ha puesto de relieve la crisis del contenido sustancial del delito no es ya el que no puedan reducirse los bienes jurídicos a los puramente materiales, que esto era ya cosa admitida con anterioridad a toda la controversia, sino que, aun en el terreno ideal al que se ha desplazado, habrá que darle al concepto la más lata interpretación (46).

4. Tras la derrota de las naciones totalitarias, las corrientes que podríamos llamar heterodoxas perdieron el apoyo político que les permitió prosperar y fueron arrumbadas tanto más fácilmente cuanto no tuvieron una verdadera influencia en la construcción del concepto del delito (47). Si hace apenas veinte años Antolisei proclamaba el destronamiento del «falso soberano» y no se recataba de augurar, «puesto que el mundo se mueve», la

(44) H. WELZEL, *Derecho penal*, Parte general. Trad. de Fortán. Buenos Aires, 1956, págs. 5 y 6.

(45) Cfr. MEZGER, *Tratado cit.*, pág. 385, nota 4, *in fine*.

(46) El cómo esa interpretación lata del bien jurídico ha extendido el concepto a extremos insospechados en el instante de su prístina elaboración puede verse en BETTIOL (*Op. cit.* en la nota 48), quien se permite afirmar que hasta en el «Derecho penal de autor» y en las «besinnung» (término de difícil traducción pero que expresa una apreciación subjetiva del contenido moral de una acción) no existe sustitución de la idea de bien jurídico como núcleo del Derecho penal, sino una iluminación de ese concepto al contacto con la personalidad del agente. Más aún, llega a concluir que en todo el derecho penal militar, en el que parece presidir la idea de fidelidad y de cumplimiento de un deber, es la disciplina misma («el alma del ejército», según Napoleón) y la fortaleza del ejército lo que constituye el bien jurídico que se pretende proteger.

(47) Cfr. en tal sentido MAURACH, *L'evoluzione della dogmatica del reato nel piu recente diritto penale germanico*, in «Riv. it. di dir. pen.», 1949, pág. 637.

disminución todavía mayor de «la importancia del concepto del bien jurídico en el Derecho penal», la actualidad presenta el fracaso de esas profecías, y puede afirmarse, como recientemente ha hecho Bettiol (48), «que el concepto del bien jurídico es *insustituible* en el campo de la dogmática penal», lo que resulta tanto más cierto cuanto más demos al concepto de bien jurídico el sentido lato antes señalado.

Por otra parte, en un sistema político-jurídico basado en los principios del reconocimiento de la individualidad humana y de la libertad personal, difícilmente podrá encajar una concepción del delito que no tenga su asiento en un criterio objetivo. Si tal como ya hemos dicho, el Derecho es siempre *alterativo*, y sus normas han de dirigirse exclusivamente a regular conductas *exteriorizadas*, estos dos requisitos alcanzan su máxima exigencia en el ámbito de un Derecho penal en el que se ha sentado como principio axiomático que «el pensamiento no delinque». No se desconoce con ello la conveniencia y hasta la necesidad de investigar en cada momento la intimidad del sujeto activo del delito (49), sino que lo que se afirma es que en todo caso esa subjetividad ha de ponerse en relación con un criterio objetivo.

Demasiado sabemos a qué extremos de arbitrariedad judicial conduce el pretender investigar la íntima conformidad del individuo con el orden jurídico en que se vive; y si un movimiento pendular de la Enciclopedia—reacción contra los excesos del derecho punitivo anterior, exageradamente influido por la idea ético-religiosa del pecado—, condujo a una exacerbadión insana del objetivismo en Derecho penal (50), otro movimiento pendular pretendió introducir de nuevo una idea ético-estatal del delito con las mismas exageraciones subjetivistas ya superadas. En uno y otro caso los extremos son repudiables igualmente y el Derecho penal no puede estar siempre sometido a tales movimientos pendulares. Ni todo puede reducirse unilateralmente a criterios ob-

(48) BETTIOL, *L'odierno problema del bene giuridico*. Conferencia pronunciada el 12 de mayo de 1959 en el Aula Magna de la Universidad de Wurzburg y publicada en la «Riv. it. di dir. pen.», 1959, fas. 3, páginas 705-723. La cita corresponde a la pág. 713.

(49) Es ésa una verdad que ha sido elemental siempre en Derecho penal. En plena Escuela clásica, en que el objetivismo adquiere una preponderancia exagerada, el elemento subjetivo es tenido también en cuenta a través de la doctrina de la culpabilidad: la tentativa y la preterintencionalidad son los dos jalones extremos de su valor funcional. La reincidencia, las atenuantes y agravantes subjetivas, la doctrina del error, son inconcebibles sin una valoración del elemento subjetivo del delito. Posteriormente, con la Escuela positiva y la doctrina de la «peligrosidad», el criterio subjetivo se exagera, pero siempre aparece ligado con la comisión de un delito concebido como un hecho externo y lesionador de un bien jurídico.

(50) En el propio Derecho penal del Derecho intermedio, tan propenso a castigar la subjetividad más que la objetividad del delito, podría señalarse contra el Derecho penal de puro resultado que era propio del Derecho germánico imperante en la Edad Media.

jetivos que conducen a un Derecho penal de puro resultado, ni a criterios subjetivos que desembocan en un Derecho penal que se confunde con la Ética. Ambos criterios han de completarse, pero, además, por imperativos de seguridad jurídica y de la propia esencia del Derecho penal, el criterio fundamental será el objetivo, mientras que el subjetivo debe actuar sólo como corrector o complementario.

Pues bien, en el actual estadio de cultura el único criterio práctico y eficaz de objetividad lo ofrece el bien jurídico (51) en torno al cual, en una agresión o creación de riesgo, ha de desenvolverse la objetividad del agente para que pueda ser objeto de la reacción penal. Y ello porque en un Derecho penal presidido por el principio de legalidad, en que las figuras del delito han de estar claramente predeterminadas y en el que rige la regla de lo no inculminado es penalmente lícito o cuando menos indiferente, tan sólo el bien jurídico puede servir de módulo para construir los tipos de la Parte especial. Y buena prueba de ello es que siempre que el Derecho penal pretendió elevarse a criterios de sanción de puras subjetividades (ya en la época del Derecho intermedio, ya en el período nazi) rompió automáticamente con el principio de legalidad, dió entrada al arbitrio judicial y la analogía y desembocó en una ausencia de seguridad jurídico-individual.

Sin dejar de reconocer la verdad que palpita en el fondo del argumento según el cual, con la prevalencia del elemento subjetivo y la moralización del Derecho, éste adquiere una superior categoría en el mundo de los valores, la pretensión tropezará siempre con una doble dificultad naturalística y ontológica: Desde el punto de vista de la naturaleza persiste la imposibilidad de una investigación del alma humana con visos de seguridad y certeza, ante cuya dificultad insoslayable hay que rendirse, conviniendo en que cualquier intento en tal sentido sólo puede tener un valor aproximativo o inductivo que no autoriza a aceptarlo como módulo para la determinación de sanciones jurídicas. Desde el punto de vista esencial, la diversa naturaleza de las sanciones éticas y jurídicas y su distinto valor funcional, hacen que lo que sea posible en un campo se torne inadmisibile en el otro. El deber ético, valorado en la propia intimidad humana y sin otra sanción que el reproche del propio «yo» por la contrariedad del acto con la norma moral, puede asentarse en una pura subjetividad, ya que es en lo subjetivo donde se halla su ámbito y su sanción, sanción que, por otro lado, tiene un carácter ineludible y cierto, en el sentido de que sólo actúa si el deber ha sido auténticamente quebrantado

(51) Lo que, por cierto, no pretendemos constituya ninguna novedad. Ya CARRARA había señalado que el único criterio adecuado para determinar la calidad de los delitos era el de la *objetividad jurídica*, fundado en la diversidad del derecho agredido o violado, que constituye el «verdadero criterio ontológico del ente jurídico» (Cfr. *Programa del curso de Derecho criminal*. Trad. esp. Madrid, Ed. Reus, 1925. T. I, § 170 bis, pág. 237).

objetiva y subjetivamente y no por la sola apariencia de infracción. El deber jurídico no es tan sólo valorado por el sujeto, sino que fundamentalmente será un tercero, sometido a error, quien determinará si aquél ha sido o no quebrantado, tercero que además hará actual la coacción jurídica en caso de estimar existente la infracción, con lo cual la sanción viene impuesta al sujeto desde fuera y con probabilidades de incerteza. De lo anterior infiérese que no puede asentarse la valoración de los casos en que la sanción jurídica ha de entrar en juego en un puro elemento interno, ya que tanto el ámbito del deber intrínseco como el juicio axiológico sobre él emitido y la sanción a actuar encuéntrase en el mundo exterior y en la alteridad o relación con los otros y vienen desde fuera impuestos (52). El orden moral, asentado en la propia conciencia, y cuyas normas no precisan para su existencia ontológica el complemento de la sanción que es sólo un añadido o superpuesto (53) lleva por propia esencia la ineludibilidad de

(52) Ahí radica una diferencia esencial entre el orden ético y el orden jurídico. Podríamos decir que la Moral obliga al acto, el Derecho tan sólo a sufrir la coacción, si el acto no se cumple. Frente a la sanción moral, el hombre pierde su libertad, porque la siente en su propia entraña, la acepta o no. Frente a la coacción jurídica el hombre puede conservar su libertad esencial, para lo cual le basta sufrirla y no acatarla. En tal caso se sentirá coaccionado, pero no sometido. Es la perenne dificultad de la impotencia del aparato jurídico para imponer la realización del acto debido (*nemo praecise ad factum cogi potest*), que ha servido para discutir el requisito de la coacción como consustancial al Derecho y ha dado origen a la sustitución de la idea de coacción como realidad actual, por la de *coercibilidad*, como coacción virtual o de mera posibilidad (Cfr. p. ej. DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho*, 3 ed. esp. Barcelona, págs. 313 y sigs.).

(53) El carácter coactivo del Derecho es idea necesaria para su concepción. Puesto que el Derecho implica la alteridad, esto es, la relación con otros, precisa la no impedibilidad por terceros de aquello que debe o no debe jurídicamente hacerse, no impedibilidad que requiere correlativamente la posibilidad de coacción. De ahí que la sanción sea elemento esencial de la norma jurídica y su actuación quede a disposición de terceros (ya el perjudicado, ya el representante del orden jurídico-social). La norma jurídica se formula con precepto y sanción. De darse A, se dará B. En cambio, la norma moral sólo impone conductas, sin acompañarse de la sanción: Dice: «debes amar al prójimo», pero no añade «si no sufrirás remordimientos» o «si no irás al infierno». Como dice LEGAZ (*Op. cit.*, páginas 257-58), «este precepto posee *perseidad*, como dirían los escolásticos, y toda la cuestión tan discutida en la metafísica occidental sobre la «*perseitas boni ac mali*» se reduce precisamente a eso: a la posibilidad de una norma moral basada en el puro valor intrínseco de aquello que ordena y en el disvalor intrínseco de lo que prohíbe, al margen de toda voluntad, incluso de la voluntad divina, y, por consiguiente, al margen de toda sanción. Lo que no quiere decir que la moral carezca de sanción; pero ésta no va implicada por la misma norma, sino que viene superpuesta a la misma como una especie de añadido. Que el hombre cuando comete una acción contraria a la ley moral, sienta gravada su conciencia con el peso de la culpa, que experimente el remordimiento, que sea castigado con penas de la otra vida o recompensado con la felicidad eterna, si obra bien, todo eso es perfectamente plausible y tiene una justificación absoluta, pero no entra para nada en la estructura ontológica de la norma moral, la cual

esa sanción, sin posibilidad de incerteza o error; el orden jurídico, por el contrario, impuesto desde el exterior y esencialmente coactivo, ha de recurrir a otros criterios más objetivos en busca de una necesaria reducción de las posibilidades de error, que natural y ontológicamente son inevitables y que serían máximas si el concepto de ilicitud se pretende fundamentar en un inaprensible estado anímico del agente.

Creemos, en suma, que el bien jurídico es hoy por hoy el único concepto que puede evitar que el Derecho penal se aparte de los criterios objetivos que le deben ser consustanciales si no se quieren poner en peligro la seguridad jurídica y la libertad individual. Se trata de un concepto que sirve—como señala Bettiol (54)—«para ligar el Derecho penal a la realidad». Ligando el concepto de delito al del bien jurídico se señala a la vez la función y el límite del Derecho penal, que aparece como protector de los bienes vitales del grupo o de sus componentes y sin que sus sanciones puedan ser elevadas a extremos que pongan en peligro la seguridad del individuo.

Pero por lo mismo ha de rechazarse como igualmente perniciosa cualquier concepción del bien jurídico que lo desligue de la realidad. Tal como la de Manzini que siempre considera como objeto del delito un bien-interés público, que es precisamente el interés del Estado a la conservación del bien privado o público lesionado (55), que queda así tan al margen del concepto del delito, que de ser contenido de la infracción pasa a ser el «telos» de la norma incriminadora.

5. Pero no se crea que con ello se ha desterrado totalmente del Derecho penal la idea de deber. Ha de tenerse en cuenta que el concepto del deber jurídico, que también ha sufrido el impacto de la política, fué en su prístina significación y en su origen un concepto cristiano: Las leyes positivas, como reflejo que son de la Ley eterna y natural, obligan a todos, incluso al detentador del poder: *Princeps legibus solutus est*; sin que tampoco el pueblo pueda dejar de cumplir la ley (de ahí el repudio de la *desuetudo*). Y ésta obliga en el fuero externo y, las más de las veces (cuando no se trata de *leges moerae poenales*), también en el interno. Lo que ocurrió es que el positivismo jurídico, desconociendo el valor fundamental del deber, centró todo el orden jurídico en el derecho subjetivo, no concibiendo ninguna obligación sin su correspondiente derecho subjetivo y desplazando de aquélla a éste

se agota en establecer aquello que debe ser o no ser. Lo cual es justamente lo contrario del Derecho, el cual dejaría de ser Derecho si no estableciese aquellas consecuencias jurídicas que constituyen la sanción de la conducta indebida».

(54) BETTIOL, *L'odierno problema*, cit., pág. 713.

(55) Cfr. MANZINI, *Trattato di Diritto penale*, vol. I, pág. 507 y vol. VI. Para una crítica de esa posición véase nota 13 y la de ANTOLISEI, loc. allí citado.

todo el acento de la juridicidad. Cualquier relación jurídica es contemplada más desde el punto de vista del titular que del obligado.

Pero ya hemos visto cómo la posterior evolución jurídica, y especialmente la Escuela vienesa, trajo de nuevo al primer plano la noción del deber («sollen»). Y es que como dice De Castro, «el concepto mismo del Derecho determina la existencia del deber jurídico como efecto sustantivo de toda norma» (56). Conseguir dar significado a nociones jurídicas como la buena fe, la prohibición del abuso del derecho y la equivalencia de prestaciones, resultaría difícil si se prescindiera del punto de vista del deber jurídico.

Y también en Derecho penal el deber jurídico es concepto necesario y fructífero. Al fin y al cabo, la construcción del delito como infracción de un deber no es de ahora. En pleno triunfo de las ideas iluministas Rossi afirmará la necesidad de concebir el delito no como agravio al derecho objetivo, sino como la «infracción de un deber requerible en daño de la sociedad o de los individuos» (57); nuestro Pacheco, elevándose a un plano meta-jurídico, definirá el «crimen» como «un quebrantamiento intencional o libre de los deberes naturales» (58), sin contar la conocida y ya citada posición de Binding, según la que todo el contenido material de las contravenciones queda reducido a la desobediencia a una norma. Y desde Thom (59) la doctrina de los imperativos, de clara inspiración kantiana, tuvo en Alemania gran número de seguidores de Bierling a v. Ferneck, pasando por Goldschmidt y Nagler. Para los imperativistas el Derecho es presentado como una voluntad que se impone a la voluntad de los individuos. El cumplimiento del precepto jurídico o su violación ha de provenir, en consecuencia, de una manifestación de voluntad. La antijuricidad no existe objetivamente, sino en cuanto la contrariedad del acto con la norma se da no sólo en el mundo exterior sino también en la conciencia del agente, donde se presenta el efecto de la norma como una obligación. No se puede, según estos autores, hablar de contrariedad con el Derecho más que frente a un hecho que contraía una obligación, frente a una «Pflichtwidrigkeit». Sentido estrictamente subjetivo que puede conducir, como en v. Ferneck, a la fusión de la antijuricidad y la culpabilidad en un solo concepto (60), con olvido de algo tan fundamental como lo señalado por Beling (61), cual es que el deber, aparte

(56) F. de CASTRO, *Op. cit.*, pág. 525.

(57) P. ROSSI, *Tratado de Derecho penal*, trad. esp. de Cortés, 2 ed. Madrid, 1872, T. I, pág. 217.

(58) J. F. PACHECO, *Estudios de Derecho penal*. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840, 3.^a ed. Madrid, 1836, pág. 67.

(59) THOM, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878.

(60) Cfr. H. von FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, vol. I, págs. 266 y sigs. y 355 y sigs.

(61) Cfr. BELING, *Op. cit.*, pág. 147.

de señalar tan sólo la contrariedad del acto con el derecho objetivo desde el punto de vista del agente nace antes de su cumplimiento o lesión. «Por consiguiente—añade—tiene que ser objetivamente determinable la conducta ajustada a la obligación o contraria a la obligación, antes incluso de que aparezca en el horizonte tan sólo el proceso del cumplimiento del deber o de su lesión.»

Lo que ocurre es que la concepción del delito como lesión de un deber, como un «Pflichtverletzung», defendida por la Escuela de Kiel, parte de un postulado completamente distinto al tenido en cuenta por aquellos autores. Aquí el deber infringido no era un deber de orden natural, como querían Rossi y Pacheco, ni un formal imperativo kantiano, ni siquiera un deber jurídico al modo de Kelsen, sino un deber de fidelidad al Estado, más de contenido político que jurídico, derivado de la posición que el sujeto tiene en el seno de la colectividad e independiente de toda idea de lesión individual. Si la lesión a un miembro de la comunidad se repudia con la sanción penal, es en cuanto afecta a la comunidad misma.

Para cualquier jurista cristiano, con una concepción vital basada en el respeto de la persona y su libre arbitrio, la condena de esa doctrina nace, no ya de razones políticas o utilitarias, sino de la esencial contradicción con su propia filosofía. Sin embargo, el repudio de aquella desviación político-penal no implica el repudio sin más del concepto de deber como elemento integrante de la noción del delito. Ya hemos dicho que el deber es un concepto necesario y que está en el centro de todo sistema jurídico. Pero no puede, por eso solo, centrarse en él toda idea de ilicitud o antijuricidad penal. La concepción del delito como infracción de un deber jurídico es tan insustancial como la ya abandonada concepción obligacionista de los derechos reales como meras facultades de exigir una universal obligación de respeto.

Cierto que la simple existencia de una norma penal impone a sus destinatarios el deber jurídico de abstenerse de realizar la acción conminada. Pero detenerse ahí es no ver más que la superficie de las cosas. El deber jurídico se impone en razón de algo, y ese algo es la necesidad de evitar la lesión de un interés o bien fundamental. Por consiguiente el delito sería el resultado del incumplimiento de un deber jurídico impuesto para tutelar jurídicamente un bien. Quiérase como se quiera, el concepto de bien jurídico continúa siendo imprescindible para comprender el concepto sustancial del delito. Pero también la idea del deber es elemento necesario para la construcción de tal concepto. Un penalista tan poco sospechoso en este terreno como Jiménez de Asúa no puede menos de reconocer como «evidente que el objeto jurídico o de protección está constituido por los bienes jurídicos, en cuya lesión no sólo vemos el quebrantamiento de un interés particular, sino a la vez la ofensa a un interés público con la violación de un deber de

respetar las normas de cultura reconocidas por el Estado» (62). Conviene, sin embargo, rehuir desviaciones que pretenden desligar el concepto de su auténtico contenido jurídico. Cuando se hacen referencias a los «deberes naturales», al «deber de respetar la norma» o a «deberes ético-sociales» se está haciendo un llamamiento a nociones que están fuera del campo estrictamente *jurídico* en que debe desenvolverse el delito como concepto propio del *Derecho penal* (63).

El deber incumplido por el sujeto que delinque, y que tiene relevancia en el Derecho penal, no puede ser otro que un *deber jurídico*. Deber jurídico que, como señalamos, surge de la propia obligatoriedad de la norma infringida, que el individuo, como súbdito del Estado de cuyo poder normativo nació aquélla, viene obligado *jurídicamente* a observar. Pero no existe aquí ninguna idea de traición, ni de obligación ética, sino tan solo de relación entre Estado e individuo. Este es libre de acatar o no internamente la norma jurídica. E incluso externamente, ya que la única consecuencia de la infracción es el venir sometido a la coacción jurídica (en este caso la sanción penal) que a toda norma estatal acompaña.

(62) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Buenas Aires, tomo III, pág. 94. Sigue así fielmente a M. E. MAYER—que había señalado ya que «el delito es lesión de bienes jurídicos pero, por encima de ello, una contradicción insoportable contra la ordenación moral»—, lo que no puede sorprendernos, ya que ASÚA confiesa su afiliación al criterio de las «normas de cultura» de MAYER.

(63) Especialmente se hace necesario rechazar la concepción de origen hegeliano, que hace absorber la Ética en el Derecho, con lo que la referencia a cualquier valor ético o ético-social aparecería justificada. Ciertamente que entre Moral y Derecho existe una conexión, que para nosotros nace de constituir ambos un complejo normativo, ordenador de conductas humanas, por lo que forzosamente han de existir entre los preceptos de ambas órdenes coincidencias, tanto más notorias cuanto más trascendencia tenga el hecho declarado contrario a sus preceptos por una y otra. Pero la Ética tiene un contenido interno (frente a la conciencia) y el Derecho externo (frente a los demás) y los postulados de la Ética y del Derecho no son coincidentes. Piénsese que uno de los fines del Derecho es la seguridad jurídica. Esta seguridad obliga a veces a dar a supuestos concretos una solución que no puede ser la que señalaría la Moral. La teoría de la apariencia jurídica, la del principio de legitimación registral, etc. son terrenos en los que la solución jurídica, tendente a conseguir la estabilidad social, no coincide ni puede coincidir con la solución ética, para la que siempre la verdad está por encima de la *apariencia*. LEGAZ (*loc. cit.*) nos ofrece un ejemplo demostrativo del diverso y hasta opuesto contenido que pueden adoptar el deber jurídico y el deber moral en torno a un mismo hecho: «El *objetum de consciencie* que repugna tomar las armas en defensa de su patria, no puede ser condenado (moralmente) sin más como violador de un deber moral (que no existe en el sistema de moralidad que él practica), aun cuando sin duda infringe un deber jurídico fundamental». Al contrario, un acto que es en sí inmoral, no se convierte en moral porque esté reconocido por el Derecho. Elevándonos al terreno de los principios, podríamos decir que mientras el Derecho distingue actos permitidos y actos prohibidos, la moral impone actos debidos y actos indebidos.

El deber jurídico, así contemplado, no es otra cosa que el efecto de la norma jurídico-penal vista desde la posición del destinatario. Y esta concepción, si bien lo meditamos, iba ya implícita en el antiguo concepto del delito como lesión de derechos subjetivos: El derecho subjetivo se concebía como emanación del derecho objetivo. A todo derecho subjetivo correspondía un deber jurídico correlativo, por lo que de toda norma nacía un derecho y un deber que no eran otra cosa que la norma misma «personalizada», esto es, contemplada desde el punto de vista del titular y del obligado respectivamente. En consecuencia, podemos afirmar que en la idea de lesión de un derecho subjetivo iban implícitas la de ataque al derecho objetivo y la de incumplimiento de un deber jurídico. Sólo que el predominio de los principios individualistas, que se veían mejor representados por el concepto del derecho subjetivo, hizo que se colocara en primer plano el más trascendental aspecto del delito como lesión de derechos subjetivos, con olvido de las otras dos facetas de la infracción penal.

Por consiguiente, cuando decimos que el delito es el incumplimiento de un *deber jurídico* impuesto para tutelar jurídicamente un bien, queremos decir también que es infracción de un *precepto penal* del que nace un deber jurídico impuesto para tutelar un bien e igualmente que es lesión de un *bien jurídico*, tutelado por las normas, con infracción de un deber de respeto. Y no pretendemos con ello decir nada nuevo, sino traer a un primer plano una idea que ha estado siempre implícita en el Derecho penal tradicional (64).

El deber jurídico además, a nuestro juicio, puede adquirir un especial valor funcional en el terreno del aspecto negativo de la antijuricidad, en cuanto es útil para dar unidad a lo que hasta ahora y por la doctrina dominante han venido siendo considerados como casos excepcionales en los que la ilicitud del acto desaparece al concurrir una causa justificante: Concebir las causas excluyentes del injusto como mera consecuencia del juego regla-excepción es notoriamente insuficiente, ya que el acto en que concurren es no un acto ilícito legitimado excepcionalmente, sino un acto plenamente lícito desde su inicio, licitud que concurre en todos los actos análogos en que se den las mismas circunstancias. Trátase aquí de una regla tan general como lo que puede ser la del carácter antijurídico del acto verdaderamente delictivo (65).

(64) Ya NAGLER hizo la observación, que no desarrolló en todo su alcance, de que la concepción del delito como hecho que ataca a un derecho subjetivo no era exclusiva y que servía especialmente para explicar cómo se consumaba la agresión al orden jurídico (Cfr. *Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit*. En «Bindings Fechschrift». Leipzig, 1911, vol. II, pág. 300).

(65) Como observa MORO (*La antijuricidad penal*, cit.), lo que hay detrás de todas las fórmulas que pretenden afirmar que la antijuricidad típica del acto falta cuando se presenta una causa de justificación (generalmente fundada en un interés preponderante) «es como una ingenua pretensión de

Pues bien, en todos los casos en los que la existencia de una lesión de un bien jurídico realizada en forma típica dé lugar a lo que se ha llamado «apariencia de un delito», delito que no llega a concretarse en una realidad punible por concurrencia de una causa de justificación, en todos esos casos, repetimos, lo que ocurre es que el agente *no ha incumplido ningún deber jurídico*. Queda así subsistente la existencia de un bien lesionado, pero esa lesión se ha llevado a cabo por quien no tenía deber de respetarlo (66). Las causas de justificación serían, pues, supuestos de ausencia del deber jurídico de abstenerse de la acción incriminada. El deber jurídico daría así unidad a la doctrina del aspecto negativo de la antijuricidad en cuanto en tales casos habría *en primer plano* la no sujeción al deber, en tanto que las referencias al «principio de ausencia del interés», «principio del interés preponderante», «principio del verdadero bien» y demás conceptos que han dado hasta ahora variedad a la doctrina, pasarían a constituir el trasfondo de la misma, jugando su papel a través del concreto fundamento de cada circunstancia justificativa.

Bien jurídico y *deber jurídico* son, pues, dos nociones indispensables para el concepto del delito, en el que tienen un valor funcional propio: El bien jurídico hace referencia al aspecto objetivo del delito y, al positivo de la antijuricidad, en cuanto el Derecho objetivo declara ilícito un acto por lesionar o poner en peligro un bien jurídicamente protegido; el deber jurídico aparece conectado

explicar, con la alusión a un interés de más alto valor social, el no recurrir al hecho típico ilícito en la situación concreta y cómo por eso el punto de vista de la ley en aquel caso consiste insospechadamente en excluir la incriminación. Pero propiamente la justicia intrínseca de aquella realización de fines constituye criterio para la prevalencia del interés que luego calificamos de mayor valor social y no al revés». Lo fundamental es, pues, la licitud del acto y la causa de esa licitud habrá que buscarla después.

(66) Estimamos que este planteamiento del problema puede esclarecer muchos puntos de la doctrina de las causas excluyentes del injusto. Así, por ejemplo, el de la compatibilidad entre la licitud del acto y la necesidad de una indemnización, en los casos de estado de necesidad, reconocida en el artículo 20, regla 2.ª de nuestro Código penal. El que en los casos de estado de necesidad por conflicto de bienes de valor desigual el sujeto no tenga el deber jurídico de respetar el bien inferior legítima penalmente el acto; pero la existencia de un bien lesionado explica la necesidad de indemnizar la lesión causada, en cuanto de esa lesión ha sobrevenido un beneficio para el titular del bien salvado, *sin que exista una causa reconocida por el derecho que lo justifique* (nos referimos a «causa» en su sentido usual de derecho privado). Estamos plenamente en el terreno del enriquecimiento sin causa (enriquecimiento por una parte; empobrecimiento por otra; ausencia de causa que justifique el enriquecimiento, y relación causal entre uno y otro efecto). El que nuestro Derecho haga recaer la obligación de indemnizar sobre «las personas a cuyo favor se haya precavido el mal» y no sobre el autor del daño; y el señalar como criterio de indemnización «el beneficio que hubiera reportado», y no la entidad del perjuicio, son extremos que claramente señalan que el principio seguido por el legislador ha sido el mismo que inspiró las clásicas «condiciones».

con el aspecto subjetivo del delito (67) y el negativo de la antijuricidad, en tanto el acto sólo resulta ilícito en cuanto el agente, además de lesionar con su acto un bien jurídico, ha incumplido un deber jurídico de abstención respecto a tal acto.

Nos hallamos una vez más ante el eterno dualismo del delito: antijuricidad-culpabilidad; elemento objetivo-elemento subjetivo; aspecto externo-aspecto interno. El no haber sabido superar ese dualismo, el no haber hallado la categoría común que funda esos dos elementos o aspectos en un todo unitario, ha sido el defecto de pasadas doctrinas y hecho que ha oscurecido la innegable realidad de que el delito, totalmente hablando, se comete cuando se lesiona un bien jurídico infringiendo un deber (68).

En suma: El Derecho es un orden normativo regulador de conductas humanas, conductas que se actualizan en el mundo exterior, pero que son expresión de una interna voluntad. La conducta delictiva ha de comprender, pues, un elemento externo (centrado en la lesión de un bien jurídico) y otro interno (centrado en una voluntad que infringe un deber). De ahí que al penar un delito se sancione fundamentalmente la lesión de un bien jurídico, pero sólo en cuanto tal lesión es la exteriorización de una voluntad que debiera haber acatado el deber de no actuar la conducta lesionadora. La lesión de un bien jurídico y la infracción de un deber constituyen, pues, los dos opuestos límites dentro de los que debe actuar la sanción penal. Límite objetivo, el uno, y subjetivo, el otro. La exacerbación de esos respectivos límites, su repudiable sobrevaloración, viene constituida por la responsabilidad objetiva y por la punición del carácter, extremos máximos a que se puede llegar agotando cada uno de esos dos caminos.

(67) Hasta qué punto se interfiere en este terreno el deber jurídico (y también de las causas de justificación) el elemento subjetivo del delito, nos lo demuestra el hecho de haber un sector de la doctrina alemana (encabezado por M. E. MAYER) considerando ya de antiguo que la infracción de un deber era el elemento central del juicio de culpabilidad. Desde el segundo punto de vista apuntado en el texto, MORO (op. cit., pág. 204) ha pretendido que la expresión correcta para designar los casos de licitud penal provocados por la presencia de una causa excluyente del injusto era la de referirse a «voliciones lícitas con antijuricidad aparente».

(68) Los subjetivistas han afirmado siempre que no se puede hablar de ilícito hasta que no resulte comprometida la voluntad del agente. Dice centeramente MORO (op. cit., pág. 149) que «el ilícito objetivo es como la envoltura exterior del verdadero acto ilícito, en el cual la subjetividad se desarrolla, aunque sea en un proceso negativo, según ley íntima. Está claro que, hasta que la síntesis primitiva de la imputación kelsiana haya sido realizada, no estamos todavía frente al acto contrario al Derecho, y éste no puede decirse que ha sido negado en su valor». El argumento de Petrocelli (op. cit., págs. 71 y 72) contrario a la antijuricidad objetiva pura, que obligaría a considerar ilícitos también los hechos naturales e infrahumanos, podría ser complementada con la objeción contraria a la pura antijuricidad subjetiva, que conduciría a la punición de los pensamientos. Con lo que parece inevitable la doble admisión de la objetiva lesión de un bien y la subjetiva infracción de un deber, como contenidos complementarios del delito.

Pero aun reconociendo que la conjunción de esos factores es necesaria para poder actuar la sanción penal, para afirmar la existencia del delito, éste, *como ente*, aparece esencialmente vinculado al aspecto objetivo de *la lesión de un bien jurídico*, a la que se debe dar la prevalencia, no sólo por la necesidad de buscar la base objetiva que es, como ya dijimos, necesaria en todo ordenamiento jurídico, sino también, como señala Bettiol (69), «porque la noción del deber no puede tener una autonomía funcional propia. El deber se especifica tan sólo al contacto con los intereses protegidos. Y de ella adquiere color y relieve». El deber es una categoría formal poco apta para dar al delito un contenido natural y realista sin perjuicio de que posea su propio valor funcional, ya señalado.

6. Pero un nuevo peligro puede presentarse en la actualidad a esa concepción del delito como lesión de un bien jurídico, peligro que proviene de un campo distinto: la dogmática marxista, dominada por una interpretación dialéctica de la vida, de la Historia y también del Derecho y para la cual el bien jurídico, deformado en su esencia por la «dogmática burguesa», tiene un contenido muy distinto y una función jurídico-penal que no coincide con la que se le otorga en la concepción occidental.

Para un Derecho como el marxista, que ha de ser entendido dialécticamente, la legislación penal no tiene otra finalidad que «la defensa del Estado socialista de los obreros y campesinos y del orden jurídico establecido en él contra las acciones socialmente peligrosas, mediante la aplicación a sus autores de las medidas de defensa social establecidas en el presente Código» (art. 1.º del Código penal para Rusia, de 1926) (70). Si el Derecho es en la opinión de Marx y en la definición del jurista oficial del Estado soviético, Andrei Vichinski, «la manifestación de voluntad de la

(69) BETTIOL, *Diritto penale*, pág. 156.

(70) Con mayor claridad se manifiesta aún el teleologismo político-social del derecho punitivo, como instrumento de la dictadura del proletariado, en el artículo 1 del Código checoslovaco cuando dice que «el Derecho penal tutela la República popular democrática, su estructuración socialista, los intereses de pueblo trabajador y de los individuos. Y se dirige al mantenimiento de las normas de convivencia socialista». Ese teleologismo se conserva igualmente en los nuevos «Fundamentos» del Derecho penal y procesal aprobados en la sesión del Soviet Supremo de la U. R. S. S. de 25 de diciembre de 1958. Puede observarse, sin embargo, cierta «liberalización» del concepto con la introducción del reconocimiento de intereses y derechos del individuo. El fin de la legislación penal soviético será desde ahora: «Defender de los actos delictuosos el régimen social y estatal soviético, la propiedad socialista, la persona y derechos del ciudadano y el orden legal socialista». Hemos conservado, sin embargo, en el texto la definición del antiguo Código de 1926 por continuar todavía vigente y ser por ahora los citados «Fundamentos» mera declaración de principios, sin actualización positiva, en tanto no sean reformados los Códigos de Rusia y demás Repúblicas de la Unión Soviética.

clase dominante» (71), no ha de extrañarnos que el Derecho penal se conciba como instrumento al servicio de la clase trabajadora que ha impuesto su dictadura, teniendo como fin la defensa de los intereses económicos y políticos del proletariado. Se trata, como dice Bettiol (72), de una visión *político-teleológica*, que ha sustituido a toda interpretación *lógico-sistemática*.

Parecería que en un sistema que se funda en el materialismo económico y que tras toda evolución histórica y toda realidad social quiere ver siempre a la economía con sus exigencias y sus razones, el concepto de bien jurídico fuera fundamental y estuviera entendido en su más vulgar y estricto sentido de bienes materiales que sirven para satisfacer necesidades humanas. Y que eso debiera ser así, nos lo confirman las propias afirmaciones de los juristas marxistas que aseguran que sólo el sistema comunista tutela al máximo los bienes jurídicos, en cuanto se atiende para sancionar la acción delictiva, no a su intencionalidad, sino a su conformidad o disconformidad con los intereses económico-políticos de la clase trabajadora, mientras por otro lado acusan a la dogmática capitalista de una exageración del principio subjetivista, especialmente en la doctrina finalista de Welzel, que según ellos revela la falsedad de la concepción burguesa, la que con aspectos de legalidad, viene a conceder al juez, a través de la indagación del momento psicológico del delito, el más amplio poder, entregando en sus manos la libertad del individuo. Sólo el criterio que considere al delito como un hecho antisocial desde el punto de vista de los intereses de clase, puede ofrecer, a juicio de los juristas orientales, un *dato objetivo* y un criterio seguro para la libertad individual. Vemos así cómo los bienes jurídicos no son entendidos precisamente en sentido económico-material (y muchos menos confundidos con los derechos subjetivos que, como ya indicamos, son inadmisibles en un orden político-jurídico que nada deja al arbitrio individual) sino que, según la tesis dominante, se conciben como «aquellas situaciones sociales, ventajosas y útiles para la clase en el poder» (73). El objeto del delito está constituido en de-

(71) Cfr. GEORGE C. GUINS, *Soviet Law and Soviet Society*, La Haya, 1954, págs. 41 y 42. La definición de VICHINSKY se compone de dos partes: 1.º, el derecho es un conjunto de normas de conducta, establecidas por la legislación, que expresan la voluntad de la clase dominante; y 2.º, es un conjunto de costumbres y normas de comunidad sancionadas por el poder del Estado, cuya aplicación es garantizada por la fuerza coactiva del Estado a fin de guardar, confirmar y desarrollar las relaciones y el orden sociales, de acuerdo con los deseos de la clase dominante y para su ventaja. Consciente quizá de la contradicción que esa definición encierra, pretende deshacerla VICHINSKY afirmando que en su esencia la política de un Estado sin clases es la continuación de la política del Estado en una sociedad de clases, con lo que la voluntad de la clase dominante continuaría persistiendo en el utópico Estado sin clases en que debiera desembocar la dictadura del proletariado.

(72) BETTIOL, *L'odierno problema*, pág. 707.

(73) Es sugestivo señalar cómo a medida que se desarrolla la argu-

finitiva por los intereses de la clase trabajadora, pero a su vez el contenido y esencia de ese delito radica en la peligrosidad de la acción punible para la sociedad socialista (74). El concepto de peligrosidad es tan fundamental o más para la esencia del delito que el del interés o bien jurídico y esa peligrosidad aparece teñida de un sentido político, más aún, clasista, en cuanto el peligro viene determinado en relación con las nuevas situaciones sociales y los medios de producción creados por el Estado socialista.

El contenido sustancial del delito es también aquí, pues, el contraste entre el acto y el interés. El delito lesiona los «intereses de la clase dominante»: he ahí un claro bien jurídico tutelado por el Derecho penal marxista. Y como, por principio filosófico-político, es postulado de tal doctrina que tras todo interés late un contenido económico, el carácter objetivo de ese bien jurídico parece evidente. Pero como el concepto de acto ilícito penal se centra para el Derecho soviético, más en una subjetiva «peligrosidad jurídica» que en una objetiva «lesión de un bien», el núcleo del concepto de delito se desplaza de la objetividad a la subjetividad.

Para ocultar en parte ese desplazamiento y en un intento de no desvincular totalmente el Derecho penal marxista de toda referencia al individuo-miembro del grupo, se recurre a la discutida distinción entre objeto mediato y objeto inmediato del delito. Así, Boris Vybiral (75), distingue entre el objeto genérico, que está constituido por las situaciones sociales ventajosas y útiles para la clase dictadora, y el objeto jurídico específico, constituido por los particulares intereses, las concretas situaciones sociales, atacadas por cada delito. Pero aun dentro de estos intereses será precisa una posterior distinción entre objetos específicos inmediatos y mediatos: Aquéllos constituidos por el interés lesionado directamente (que es lo que tutela directa y primordialmente la norma penal); los segundos, que son los intereses lesionados indirectamente por el delito (y que sólo secundariamente vienen tutelados por la norma) (76).

De otro lado, y con el fin de conservar un sentido objetivo a la concepción del delito, se dice que la acción peligrosa debe ten-

mentación, los intereses *objetivos* (bienes económicos) van ya transformándose en *subjetivos* (intereses de clase) y hasta en *finés ideales* (intereses políticos del Estado socialista).

(74) La peligrosidad social del acto como esencia de la antijuricidad del mismo, se conserva en los nuevos «Fundamentos». Cfr. arts. 1, 3, 7, 8 y 9, como más característicos.

(75) BORIS VYBIRAL, *Poyema vyznam obyektu trest-neho cinu v československém socialistickém trestním právu* (Concepto y significación del objeto del delito en el Derecho penal socialista checoslovaco), en el «Notizario dell'Accademia checoslovacca delle scienze», Praga, 1956, fasc. 1, página 153 y sigs.).

(76) En un hurto, por ejemplo, el objeto específico inmediato será la propiedad desconocida, y los objetos específicos mediatos, el mantenimiento de la familia del perjudicado, la seguridad jurídico-económica de los otros miembros trabajadores, etc.

der a la lesión de un interés social. Pese a ello las consecuencias prácticas de esa doctrina conducen a conclusiones sorprendentes: «el objetivismo tendencial de la dogmática penal—señala Bettiol (loc. cit.)—, se transforma en verdadero y propio subjetivismo en el sentido de que la noción del delito tiende a personalizarse y presentarse como la manifestación de una personalidad antisocial y, en consecuencia, peligrosa para los intereses políticos de la clase dominante... La peligrosidad social, entendida clasísticamente se ha convertido en el único criterio de determinación para la noción del delito, convirtiendo al interés protegido en simple punto de referencia (no siempre necesario) de la acción, pero no *contenido* indefectible del hecho mismo». Y si a eso añadimos que la interpretación dialéctica de la historia obliga al jurista marxista a considerar que no existe una realidad inmutable de acuerdo con la que pueda construirse un estable concepto de bienes jurídicos (77), no es extraño que podamos concluir diciendo, con el citado autor, que «no es la dogmática penal accidental de fondo liberal la que ha disuelto en términos subjetivos el concepto de delito poniendo en peligro la seguridad jurídica, sino que es, por el contrario, el penalismo marxista el que, después de haber disuelto dialécticamente toda noción de bien jurídico, ha *personalizado* y en consecuencia resuelto en términos subjetivos el concepto mismo del delito, sometiéndolo al concepto de la peligrosidad social... El concepto de bien jurídica ha resultado una entelequia del sistema, no un criterio elegido como fundamental para el concepto del delito. Marxismo y nazismo bajo este perfil han andado plenamente de acuerdo en la eliminación o sobrevaloración de un concepto esencial para un derecho penal de libertad» (78). Lo que no puede sorprendernos, pues entre el llamamiento a la «sana conciencia popular» y la referencia a la «voluntad de la clase dominante», existen suficientes puntos de identidad como para que en uno y otro caso en el fondo de las ideas se den las mismas coincidencias, aunque las palabras empleadas para disfrazar aquéllas sean diferentes (79).

(77) Si para MARX la realidad no es un conjunto inmutable de categorías fijas, sino que está sometida a un evolucionismo constante (idea influida por el evolucionismo materialista, de origen darwiniano) toda categoría o idea, conteniendo en sí misma su negación, está destinada a desaparecer. A diferencia del jurista cristiano, que admite categorías superiores, permanentes e inmutables (religiosas, culturales, jurídicas, etc.) el marxista niega la existencia de cualquier idea superior con existencia *per se*. El propio estado clasista y el propio derecho están llamados a desaparecer absorbidos en el nihilismo que constituye la etapa final, la meta, de la dictadura del proletariado.

(78) BETTIOL, Op. cit., pág. 708.

(79) La identidad no se da sólo ahí. El carácter educacional y el desarrollo social que, como vimos, adjudicaba al Derecho penal la dogmática nazi, se da también en el Derecho penal soviético. Según KRIGER (*Contribución al problema del concepto del delito en el Derecho penal soviético*, en «Vestnik Moskowskogo Universita», 1951, núm. 1, extracto alemán, publicado en «Ost-Problema», núm. 20, págs. 815 y sigs.), «el

Por ello no es de extrañar que la noción del bien jurídico sea atacada lo mismo desde el punto de vista del subjetivismo irracional y pseudo-ético, nacional-socialista, que desde el campo de la dialéctica marxista, que enarbola la bandera de la defensa del bien jurídico, mientras que en la práctica le niega todo valor.

Hasta qué punto puede influir en esa disolución del concepto objetivo del bien jurídico, en los términos subjetivos de la peligrosidad, que es característica del Derecho penal soviético, el retroceso doctrinal representado por los nuevos «Fundamentos» de 25 de diciembre de 1958 (80), es algo que queda aún por ver. Si bien la postura dominante, de Schroeder (op. cit.) a Pisapia (op. cit.), interpreta la reforma como un retorno al pasado y a la tradición jurídica occidental del Derecho penal soviético, curado de sus ilusiones marxistas, es lo cierto que en tanto esos teóricos principios fundamentales no se vean encarnados en la realidad de los Códigos penales, nada puede decirse en pro o en contra de la sinceridad de su proclamación. Señalaremos, sin embargo, que, prescindiendo de lo que de significativo tienen en cuanto a aproximación al Derecho penal occidental la proscripción de la analogía (art. 7.º), el reconocimiento de «la persona y los derechos de los ciudadanos» como objeto de la protección penal (art. 1.º) y la sustitución de las expresiones de «peligrosidad» y «medidas de defensa social», por las de «culpabilidad» y «pena», subsisten todavía conceptos que son reflejo de la preponderante concepción subjetivista: El reconocimiento de una antijuricidad material centrada en la «peligrosidad social» del acto (81); la invocación de «los in-

Estado socialista no está interesado en esconder la naturaleza y la tendencia política de los delitos; al contrario, trata de demostrar a los trabajadores por todos los medios la peligrosidad de los delitos para la sociedad socialista, a fin de movilizar toda la publicidad en pro de la lucha contra la criminalidad». De otra parte, sobradamente conocidas son las influencias hegelianas en la doctrina de MARX.

(80) La traducción francesa del texto de esos principios—que ha sido la utilizada por nosotros—fue publicada por BELLÓN en la «Revue internationale de Droit Penal», 1959, págs. 113 y sigs. Posteriormente QUINTANO RIBOLLÉS publicó la traducción española en el «Anuario de Derecho penal y Ciencias penales», en abril de 1960, págs. 115 y sigs. Como reseñaciones y comentarios pueden verse: BELLÓN y FRIDIERR, *Les nouveaux fondements du droit pénale et de la procédure pénale soviétique*, en la «Revue de Science criminelle et de droit comparé», 1959, págs. 83 y sigs.; CUELLO CALÓN, *La reforma de la legislación penal de la Unión Soviética*, en el «Anuario» cit., págs. 9 y sigs.; SCHROEDER, *Das Strafrecht der UdSSR de lege ferenda*, Berlín-Zehlendorf-West (s. f.); G. D. PISAPIA, *I nuovi principii di diritto e procedura penale nella Russia Sovietica*, en la «Rivista italiana di diritto e procedura penale», marzo 1960, págs. 157 y sigs.; L. BLAS ZULUETA, *El novísimo Derecho penal soviético*, en el «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», núm. 480, 25-IV-1960, página 3 y sigs.

(81) Esta antijuricidad material, que se encarna en el concepto de «peligrosidad social» del acto, tiene un valor funcional evidente no sólo para el concepto del delito, sino también para la determinación de la punibilidad concreta del acto ilícito, que podrá resultar impune si, aun adoptan-

tereses del Estado soviético» y de «los intereses sociales de la persona», como objetos susceptibles de ser legítimamente defendidos en caso de ataque (art. 13); el centrar la culpabilidad del sujeto en «el reconocimiento del carácter socialmente peligroso de su acción» (art. 8.º) o en la «previsión de la posibilidad de las consecuencias socialmente peligrosas de la acción o la omisión» (art. 9.º) —según se trate de dolo o culpa—, y el recurrir, en suma, al «peligro social» del acto, para graduar la pena en los casos de tentativa y complicidad (arts. 15 y 17), son otros tantos portillos abiertos a la posibilidad de liberar el concepto de delito de sus ontológicos cauces objetivos e introducir en el mismo una sobrevaloración del elemento subjetivo, riesgo contra el cual hemos de prevenirnos, puesto que, tal como hasta aquí hemos afirmado y como la experiencia nos ha demostrado, el concepto de la lesión de un bien jurídico como contenido sustancial del delito, y, en consecuencia, del aspecto objetivo de la ilicitud penal, es insustituible, sin peligro para la certeza jurídica, la seguridad social y la propia teoría general del delito. Por lo que no parece posible el triunfo de tales concepciones en una dogmática penal basada en los postulados filosófico-políticos que son patrimonio del mundo occidental.

do exteriormente la forma de una acción prevista en la ley, «no presenta peligro social en razón de su insignificancia» (art. 7). Como señala PISAPIA (op. cit., pág. 158), «tal relevancia concedida a la antijuricidad o antisocialidad sustancial merece ser subrayada, porque representa el aspecto más significativo de la supervivencia, en los nuevos principios, de aquel poder discrecional del Juez para la valoración social del hecho, que en la precedente legislación podía conducir también a la creación de nuevos hechos punibles, por ser socialmente peligrosos. El cual recibe aplicación ahora, solamente *in bonam partem*, en el sentido de excluir la punibilidad de la acción no peligrosa».