

estructura del injusto» (JZ 1987, págs. 62-63). En definitiva, lo decisivo para el injusto imprudente no puede residir en si el sujeto conoció o no conoció las circunstancias generadores del riesgo, sino en si debió percibir las o si no se le puede atribuir semejante deber. Lo decisivo es, pues, el momento normativo. De cualquier forma y se explique como se explique el injusto imprudente, acudiendo al baremo del hombre medio o considerando las posibilidades personales del autor, resulta imposible, por muy buena voluntad que se tenga, el reconocer en la imprudencia inconsciente la tan buscada finalidad que dote a delitos dolosos e imprudentes de un injusto homogéneo.

Por lo dicho considero fracasado este nuevo intento de diseñar un injusto imprudente como reflejo de la estructura final de la acción y con ello el retorno a concepciones psicológicas de la imprudencia, a cuya superación contribuyó en gran medida el propio Welzel, no entendiéndose la obcecación por revitalizar algo cuyo encefalograma hace mucho tiempo que dio plano.

Si bien la disyuntiva: parámetros normativos o parámetros finalistas en el diseño del injusto imprudente ha de considerarse saldada a favor de los primeros, en los últimos tiempos puede constatarse el traslado de este dilema al ámbito de los delitos dolosos. Aunque la clave para la definición del injusto doloso sigue viéndose mayoritariamente en la voluntad final, recientes investigaciones vienen atribuyendo relevancia en este cometido a elementos normativos en detrimento del dolo. En el terreno de lo concreto se afirma que existen problemas, como por ejemplo el de los cursos causales atípicos, las desviaciones del curso causal, el fenómeno del riesgo permitido, etc, que tan sólo pueden ser debidamente explicados acudiendo a criterios objetivo-normativos y no a instancias subjetivas. Nos encontramos en los inicios de la lucha entre el momento objetivo-normativo y el subjetivo-final por su preponderancia, si no exclusividad, en la definición del injusto doloso. Es en este ámbito y no en el de los delitos imprudentes donde la discusión se adivina fructífera.

MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA

Departamento de Derecho Penal de la U.C.M.

HORMAZABAL MALAREE, Hernan: «Bien jurídico y estado social y democrático de derecho». (El objeto protegido por la norma penal). Ed. P.P.U. (Promociones y Publicaciones Universitarias). Colección Estado y Derecho. núm. 2. Barcelona 1991. 188 págs.

En el Derecho penal moderno aparece como unánimemente defendido el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Sin embargo ese consenso doctrinal comienza y acaba con su mera formulación (1). A partir de ahí, introduciéndonos en

(1) Así, ALVAREZ GARCÍA, J.: «Bien jurídico y Constitución». *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 43, Madrid, 1991, afirma que la pretensión de configurar un concepto de bien jurídico como límite del *ius puniendi* «puede convertirse en mera literatura si no somos capaces de construir un concepto material de bien jurídico», pág. 5. Igualmente,

la evolución histórica del concepto y analizando la situación actual de la cuestión, no puede afirmarse que su contenido sea pacífico. Sobre todo porque las funciones que pretenciosamente quieren asignársele exceden, con mucho, a las que pueden corresponder a un concepto con unos límites tan difusos (2).

Ello no tiene por qué significar el abandono del mismo, en abstracto válido, sino, más bien, la redefinición de sus contornos, que nos permita un mínimo acuerdo sobre qué intereses han de protegerse por el sistema penal o, ante la imposibilidad o fragilidad/versatilidad del mismo, reconducirlo a las funciones que razonablemente pueda cumplir.

El Prof. Hormazábal centra su esfuerzo en la más ambiciosa de esas pretensiones. Parte de la función del bien jurídico como «legitimación material de la norma penal» (pág. 11) —lo que lo pone necesariamente en relación con el concepto de estado en el cual se diseñe el concreto sistema penal— e intenta delinear en este libro la búsqueda de un criterio preciso para definir que ha de entenderse por bien jurídico (3) y, en conexión con ello, poder conocer los posibles parámetros de selección para posteriormente, a partir del mismo, hacer una construcción teleológica de la teoría jurídica del delito (4).

En coherencia con este planteamiento el autor ha sistematizado el estudio de esta problemática en cuatro capítulos: uno primero introductorio donde se apunta la pluralidad de funciones asignada a este concepto; el segundo consiste en un análisis interdisciplinar que permite al autor poner en relación la teoría del estado, la filosofía política y la del derecho con la teoría penal y, sobre todo, el concepto de bien jurídico que se mantiene en cada momento histórico, con lo que realiza un recorrido por su acepción en autores como Feuerbach, Birnbaum, Binding, Von Liszt, Mayer, Welzel, los funcionalistas, el interaccionismo simbólico...; el tercero se dirige a la formulación de una teoría material del bien jurídico y el cuarto al ya referido de las posibilidades de construcción de un sistema teleológico del delito.

Sin despreciar el estudio diacrónico que el autor realiza, sin embargo inclinamos nuestro interés por el momento actual y las diferentes corrientes que en torno al

TERRADILLOS BASOCO, J.: «Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal» en *Pena y Estado*, núm. 1 (Función simbólica de la pena). Ed. P.P.U. Barcelona, 1991, para quien «se trata de un principio inane si no se le somete a ulteriores precisiones», página 9.

(2) Vid. en ese sentido RUDOLPHI, H. J.: «Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico» en *Nuevo Pensamiento Penal*, año 4, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975, afirmando que, «a pesar de sus 130 años de historia, sin embargo (...) pertenece a aquellos conceptos que, sin perjuicio de los esfuerzos en ese sentido, todavía presentan una considerable falta de claridad», pág. 329.

(3) Un primer esfuerzo en ese sentido lo realiza el Prof. Hormazábal en su artículo «Política penal en el Estado democrático» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* t. XXXVII, fasc. II, 1984, págs. 333 a 346, donde ya apunta alguna de sus ideas sobre el contenido material del bien jurídico y el problema ideológico que representa.

(4) Construcción teleológica del delito, considerada en este sentido, puede ya verse en BUSTOS RAMÍREZ, J.: «Política-criminal y Derecho penal» en *Control social y Sistema penal*. Ed. P.P.U., Barcelona, 1987, para quien «una teoría del delito ha de partir, por tanto, del bien jurídico materialmente considerado», pág. 36.

mismo se están desarrollando, o lo que es lo mismo, las posibilidades de encontrar un contenido para este concepto adecuado a un Estado social y democrático de derecho y pluralista, y es un resurgir dogmático del interés por la Política-críminal. Y ello porque, lejos de plantear una visión acrítica, muestra una real toma de posición comprometida con la dotación de un contenido material al mismo. Para ubicar su esfuerzo nada mejor que seguir la propia sistemática y planteamientos del Prof. Hormazábal.

Nos encontramos en la situación actual con dos corrientes, la sociológica y la constitucionalista. Las diferencias entre ambas radican en el referente de búsqueda de estos contenidos: mientras la primera entiende que han de extraerse de la sociedad, donde se desarrollan las relaciones interindividuales; las segundas, sin desconocer lo anterior, dan una relevancia fundamental a los textos constitucionales como catalizadores de las necesidades e intereses de la sociedad, por ello es dentro de la materialidad de los contenidos constitucionales donde han de seleccionarse los intereses y necesidades a proteger.

Por supuesto, ninguna de estas corrientes están exentas de matices y posiciones enfrentadas dentro de su seno, piénsese que, por ejemplo, dentro de la primera se sitúan desde las tendencias del funcionalismo sistémico a las interaccionistas del «labelling approach». Pero tampoco el que dichas corrientes no mantengan una tensión dialéctica de influencia recíproca.

Así, dentro de las teorías sociológicas funcionalistas, Amelung representa, a través del concepto de «dañosidad social», un arquetipo, al entender que la disfuncionalidad de una conducta se manifiesta por la contradicción de la misma con una norma institucionalizada para resolver el problema de la supervivencia de la sociedad (página 110), pero que se limita, y tal es una influencia determinante de la corriente constitucionalista, por los principios referidos a la persona reconocidos en la Constitución. Con él intenta salvar la tan reiterada crítica de mediatización de lo individual por lo social en la sistémica (5), porque la legitimación de la estructura del sistema social se hace depender de la misma Constitución.

Esta posición ecléctica ha sido criticada desde la lógica interna de su construcción al suponer, como afirma Hassemer, que hace depender la legitimidad del sistema social del Derecho constitucional, que no sería sino un subsistema. Desde el punto de vista material, las críticas vienen dadas por no permitir un desarrollo del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos por mediatizarse y encubrirse las necesidades reales de los individuos (pág. 112).

Por ello, el más puro representante del funcionalismo, Jakobs, obvia esas consideraciones por hacer objeto de protección de la norma exclusivamente a la propia vigencia de la norma misma, en tanto que institucionalización/formalización de las expectativas, lo que permite a Hormazábal entender que la aportación a la teoría del

(5) Vid. crítica a esta mediatización por la ideología de las decisiones de valores y de intereses adoptadas en la estructura en MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho penal*. Ed. Bosch, Barcelona, 1975, pág. 138.

bien jurídico son pocas (pág. 114) (6). Desde luego esta frustración del autor no proviene tanto de esa falta de aportación como de los diferentes presupuestos que respecto de las funciones del Derecho penal se esperan.

Muestran unas posturas intermedias entre el funcionalismo y el interaccionismo Hassemmer y Callies, el primero asume como únicamente válidas las teorías «trascendentes» al sistema, al posibilitar la crítica al mismo, por lo que no han de limitarse a categorías jurídico-normativas que otorgarían unos márgenes estrechos para saber por qué una sociedad criminaliza ciertas conductas (pág. 117). Callies parte del planteamiento de un Estado social y democrático de derecho, con lo que, de acuerdo con las funciones específicas de éste, serían objeto a proteger por la norma las conductas que cuestionen las técnicas de comunicación que fundamentan un sistema de interacciones; así, el fundamento sería el de la lesión de la «oportunidad de participación del individuo dentro de la estructura social» (pág. 120). A lo que el autor objeta que esa posición parece más responder al fundamento/legitimidad de la sanción penal, que a cuál debe ser el contenido material de un bien jurídico.

Las teorías constitucionalistas han recibido apoyo en Alemania por autores como Roxin, Rudolphi o M. Marx, si bien el mayor desarrollo lo han alcanzado de la mano de la doctrina italiana (7). Aquí el autor, siguiendo la clasificación propuesta por González Rus (8), distingue entre la corriente estricta —Bricola, Musco, Angioni— para quienes sólo puede ser objeto de sanción penal la lesión de un valor constitucional relevante, sobre todo en función del menoscabo de la libertad personal —otro valor constitucional— que supone, en la mayoría de las ocasiones, la imposición de una pena; y una corriente limitada —Pulitano o Fiandaca— para quienes los valores constitucionales no suponen parámetros vinculantes para el legislador, sino directivas programáticas.

Dentro de este marco dogmático de discusión, el Prof. Hormazábal resume su posición en la búsqueda real/material, y no meramente formal, de los contenidos que se protegen en cada norma (pág. 139). Ello le lleva a criticar las teorías constitucionalistas al no expresar lo que el bien jurídico sea, sino la búsqueda de un referente. Así, centra su atención en el análisis de: a) lo que hace que una acción se transforme en delito y b) las causas de que sean esas las conductas penalizadas y no otras. Si-

(6) No puede, sin embargo, entenderse que el sistema de JAKOBS busque un contenido al bien jurídico, máxime si, como hace HASSEMER, se defiende que el bien jurídico no pertenece a la teoría del delito, sino a lo que es la misión del Derecho penal, así en *Introducción a la Criminología y al Derecho penal* (con MUÑOZ CONDE, F.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, págs. 99-100, con lo que la confirmación del reconocimiento normativo es una misión del Derecho penal y no un contenido del concepto de bien jurídico, siendo un concepto sustitutivo de éste, págs. 102-103.

(7) En general, sobre las posiciones de la doctrina italiana puede verse el resumen de González Rus, J.J. del «Seminario sobre bien jurídico y reforma de la parte especial» celebrado en Siracusa entre los días 15 a 18 de octubre de 1981, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXV, fasc. III. 1982. págs. 705 y ss. y más detalladamente en este mismo autor «Bien jurídico y Constitucional» (Bases para una teoría). Ed. Fundación Juan March. Serie Universitaria. núm. 201, Madrid, 1983. Y ALVAREZ GARCÍA, «Bien jurídico...»

(8) GONZÁLEZ RUS, *Seminario...*, pág. 706.

guiendo a Hassemer, llega a la conclusión de que tan sólo puede ser proporcionado por las teorías «trascendentes», ya que al ser referentes ajenos al sistema —no inmanentes— permiten la confrontación de los mismos con la realidad normativa, lo que posibilita, en última instancia, la crítica y los movimientos de reforma penal. Para ello, debe inquirirse tanto por lo que sea el bien jurídico, como por lo que realmente se protege en cada norma, permitiendo la comparación entre el ser —norma— y el deber ser —necesidades sociales— (9).

Sin embargo, el punto de inflexión del sistema diseñado por el autor, así como en general de todas las teorías sociológicas, está en la poca claridad de la determinación y concreción, a partir de los criterios que aportan, de lo que pueda entenderse como necesidades individuales/sociales a proteger y, en conexión con ello, la problemática que se produce en los centros de decisión política sobre la selección de qué necesidades han de ser protegidas penalmente (10). Eso hace afirmar al autor que «sólo de una sociedad democrática puede surgir el bien jurídico» (pág. 143), al ser el único sistema que posibilita la comunicación real entre la base social —donde aparecen las necesidades a cubrir por la protección penal— y las instancias políticas de decisión —aptas en los sistemas democráticos para institucionalizar esas necesidades convirtiéndolas en bienes jurídicos—.

Para poder describir en toda su materialidad esas necesidades ha de poder caracterizarse realmente el sistema social en que nacen, y el análisis que realiza el autor delinea unas relaciones estructurales basadas en los escritos de Gramsci, por lo que para determinar cuáles sean los objetos a proteger ha de tenerse en cuenta «la naturaleza de su propia estructura, su presentación ideológica y su naturaleza democrática» (pág. 153). Así, lo protegido serán las relaciones interpersonales mientras que no estén en contradicción con la subsistencia y fundamenteo del sistema de mercado, aunque siempre deban tenerse en cuenta la libertad y la dignidad de las personas que integran dicha relación social.

No puede dejarse de destacar las virtudes de las teorías sociológicas al caracterizarse por la búsqueda de un referente trascendente al sistema jurídico en su globalidad que posibilite su crítica y evolución, pero tampoco puede dejar de señalarse su vertiente menos afortunada, que radica sobre todo en el ya mencionado carácter difuso de sus formulaciones, lo que hace que, como señala Hassemer, haya una tendencia a convertirse en un concepto vago y espiritualizado que hace difícil su misión crítica (11). La concreción e individualización de la misma sólo podría lograrse a partir de

(9) Vid. sobre el concepto de necesidad TERRADILLOS BASOCO, J., «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal». En *Revista de la Facultad de Derecho de la U.C.M.* núm. 63. Ed. F.D.U.C.M. Madrid, 1981. Páginas 123 y ss. y especialmente 129 a 141.

(10) Señalan estos problemas de selección ALVÁREZ GARCÍA, «Bien jurídico...», página 13 y GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Sobre la teoría del bien jurídico». (Aproximación al ilícito penal). En *Revista de la Facultad de Derecho de la U.C.M.* núm. 69. Ed. F.D.U.C.M. Madrid, 1983, pág. 83.

(11) HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción...* pág. 106. Sin embargo, no hace inviable la finalidad legitimadora desde el punto de vista de la superestructura ideológica o de la intelectualidad orgánica de la que hablaba Gramsci (HORMAZÁBAL, pág. 146).

un referente constitucional al constituir los fundamentos de una estructura social en un momento determinado (12). Pero, sobre todo, también ha de señalarse que los criterios para su selección serían igualmente difusos, con lo que convertirían el proceso selectivo de necesidades en una estéril discusión sobre «los mayores sentires sociales» y «porcentajes demoscópicos» —claro ejemplo lo tenemos en los casos de aborto, escándalo público o tráfico de estupefacientes— y que en muchas ocasiones tales necesidades no serían presupuestos de un objeto a proteger por la norma penal, sino el criterio de justificación a posteriori creada para servir de fundamento a una necesidad no preexistente (13). Peligro máximo si además los «creadores», «intérpretes» y «seleccionadores» de necesidades y los que los convierten en bienes jurídicos son los mismos. Esto es, los agentes de los centros de decisión política, que aún presumiendo su legitimidad democrática, en muchas ocasiones aparecen viciados por la propia dinámica de las relaciones sociales que constantemente han de ser corregidos y superados por la democracia (14).

Por ello, parecería más viable la posición constitucionalista que, en formulación de Rudolphi, nos va a permitir producir una síntesis entre un concepto de bien jurídico material, que le dote de contenidos, y formal, que le dote de un carácter obligatorio, que tan sólo podría obtenerse de prescripciones jurídicas positivas que sean previas al legislador penal, pero vinculantes para éste, y eso sólo puede ser la Constitución (15). Ello nos aporta un primer límite negativo que todavía ha de conjugarse con la presencia de otros principios necesarios para hacer de una conducta una acción incriminada, principalmente el de la necesidad preventivo-general de pena (16).

Aparece así, como excesivamente pretencioso el construir la legitimidad de un sistema y el contenido material de una conducta incriminada en el único dato de la

(12) En ese sentido, GONZÁLEZ RUS, «Bien jurídico...», pág. 9. Si bien se critica que someter su contenido a la Constitución sería dejar cercenada la posibilidad del desarrollo y evolución del concepto BUSTOS RAMÍREZ, J. «Los bienes jurídicos colectivos». (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el C.P. de 1932). En *Control Social...*, págs. 192-193, lo cual parece negar las posibilidades progresivas de la interpretación constitucional conforme al sistema social que la entiende como vigente y válida.

(13) Así, HASSERMER señala que la «teoría del bien jurídico parece quedar atrás en el desarrollo del derecho penal», en «Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico» en *Doctrina Penal*, año 12, núms. 46/47. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989, pág. 280 y TERRADILLOS BASOCO para quien ha de producirse una búsqueda estricta y material del bien jurídico que le aleje de «ser, como viene siendo, un mero difusor de ideología». *Función...*, pág. 22.

(14) Sobre la profundización del carácter imperfecto de la democracia se pronuncian BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALAREE, H., «Pena y Estado», en *Papers*, núm. 13, 1981, afirmando que «la Historia del Derecho penal es la Historia del Estado, un largo camino de democratización, que sólo está iniciado y que por ello requiere una constante revisión crítica y, al mismo tiempo, implica renovar permanentemente mitos, ficciones y alienaciones que impiden esta revisión», pág. 88.

(15) RUDOLPHI, *Los diferentes aspectos...*, págs. 337-338.

(16) En ese sentido GÓMEZ BENÍTEZ, «Sobre la teoría...», pág. 110. Para HASSERMER se exige la necesaria puesta en relación con otros principios penales, pues la selección de bienes jurídicos «es necesaria, pero no suficiente». *Lineamientos...*, pág. 278.

exclusiva protección de bienes jurídicos. Por muy importante que éste nos pueda parecer es insuficiente para concluir una incriminación y también para construir toda una teoría del delito en su función, lo cual no resta mérito alguno a la labor del autor en la búsqueda de una guía político-criminal de determinación del contenido material del bien jurídico.

JOSÉ M. SÁNCHEZ TOMÁS

Departamento de Derecho Penal de la U.C.M.

LARRAURI, Elena: «La herencia de la criminología crítica». Ed. Siglo XXI de España editores, S.A. Colección Criminología y Derecho. Madrid, octubre 1991. 266 págs.

Con este nuevo volumen de la Colección Criminología y Derecho, la editorial siglo XXI vuelve a acercar a sus lectores a esa sugerente y sugestiva corriente que es la Criminología Crítica. En esta misma editorial aparecieron títulos como «Criminología Crítica» de Taylor, Walton y Young (1) o «Criminología Crítica y crítica del Derecho Penal» de Baratta (2), ambas representan verdaderos hitos para la comprensión de una visión radical o marxista de las teorías de la desviación.

«La herencia de la Criminología Crítica» viene a suponer un repaso por los presupuestos, desarrollo y logros de esta corriente doctrinal dentro de la Criminología.

Cierto es que en un país como el nuestro, donde los campos de investigación aparecen la mayoría de las veces condicionados por los planes de estudios, el interés por la Criminología aparece recluso en los más voluntariosos que efectivos Institutos Universitarios de Criminología, lo que no impide que en ciertas ocasiones algunos dogmáticos del Derecho penal se sientan atraídos por los estudios criminológicos. Uno de los mejores ejemplos lo representa la autora de este libro, la Profa. Larrauri (3), cuya producción como investigadora se ha dedicado a temas no precisa-

(1) TAYLOR, I., WALTON, P. y YOUNG, J., *Criminología Crítica*. (Trad. de N. Grab). Ed. Siglo XXI. México. La primera edición en castellano es de 1977 y la segunda de 1981.

(2) BARATTA, A., «Criminología Crítica y crítica del Derecho penal». *Introducción a la sociología jurídico-penal*. (Trad. A. Bunster). Ed. Siglo XXI, México. La primera edición en castellano es de 1986, la segunda de 1989.

(3) Esta autora pertenece a la escuela del Prof. BUSTOS, quien ya en su momento puso uno de los pilares del desarrollo de la criminología en nuestro país con la publicación de los dos volúmenes del libro *El pensamiento criminológico* I (Un análisis crítico) y II (Estado y Control), dirigido por BERGALLI y BUSTOS. Ed. Península. Barcelona 1983. Goza también de estas características un investigador de la indudable calidad del Prof. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, quien ha publicado el que podemos considerar sin duda mejor y más completo estudio sobre la ciencia criminológica en lengua castellana: *Manual de Criminología*. Introducción y teorías de la criminalidad. Ed. Espasa Calpe. Madrid, 1988.