

**AMELUNG, Knut: Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechens. (Protección de bienes jurídicos y protección de la sociedad. Investigaciones sobre el contenido de un principio del Derecho penal y el ámbito de aplicación del mismo a los fundamentos histórico-dogmáticos. Al mismo tiempo, un informe sobre la teoría de la «nocividad social» del delito), Athenäum Verlag GmbH, Frankfurt am Main, 1972, 439 págs.**

1. El tema del bien jurídico, cuya elaboración puramente dogmática en el Derecho penal se ha visto en considerable medida supeditada a un preferente tratamiento dispensado a aspectos filosóficos, ideológicos y sociológicos conexos al mismo, ha atraído en los últimos años, de modo especial a partir de las investigaciones de H. Jäger y P. Sina, la atención de un amplio sector de la doctrina.

Entre la más reciente literatura, merece ser destacada una importante monografía de K. Amelung, en la que se afronta con rigor técnico el examen de algunos aspectos de una de las cuestiones dogmáticas y metódicas que adolecen de incertidumbre y discrepancia acaso más acentuadas, en el actual grado de desarrollo de la Ciencia juridicopenal.

A las tres partes en que la presente investigación se halla fundamentalmente estructurada precede una común **Introducción**, donde se adelantan afirmaciones que podrían haber sido encuadradas, con mayor rigor sistemático, en el marco de unas finales conclusiones al estudio de la compleja temática que constituye objeto del trabajo.

2. En la **Parte I** de la obra es realizada una revisión del origen de la teoría del bien jurídico, en la que primordialmente se trata de destacar los respectivos postulados de las doctrinas de la «lesión de derecho» propias del movimiento político-criminal de reforma del Iluminismo, y de las tesis de la «protección de bienes» sustentadas sobre la base de las críticas de las precedentes formulaciones de la infracción jurídica.

En el punto de partida de la consideración inicial de este apartado se pone de relieve que, a través de las indagaciones histórico-comparadas de Moos, es conocido con certeza que ya Christian Wolff, último significativo representante de la antigua Escuela del Derecho natural no propugnadora aún de reforma social, desarrolló una teoría de la protección de «bienes», que se caracterizó por la puesta de relieve de determinados principios derivados de la Ética y que, en todo caso, alcanzó un efectivo reflejo en diversos penalistas del siglo XVIII.

En el círculo de examen de la dirección doctrinal de origen iluminista, se constata que el postulado de que una acción sólo debe ser conminada con sanción penal cuando lesiona derechos proviene del gran movimiento de:

reforma político-criminal que en la segunda mitad del siglo XVIII abarca toda Europa.

Como principal fundamento jurídico-cultural del indicado fenómeno, una obra capital de Montesquieu (*Esprit des Lois, Livre 12*), aparecida en Francia en 1784, abre la discusión relativa al Derecho penal vigente. Los ericiclopedistas asumen en esencia los pensamientos en ella contenidos, y los desarrollan en ulteriores proposiciones reformistas.

Mediante la singular colaboración en este terreno de Overbeck y Voltaire, el espíritu rector del iluminismo francés atrae la atención del público europeo a las situaciones penales de la época, y prepara las bases para el decisivo resultado que en este ámbito jurídico alcanzara el escrito del joven C. Becaria (1764).

Apenas son, sin embargo, menos radicales con referencia a la pena capital las exigencias de otros autores coetáneos, como J. v. Sonnenfel y K. F. Hommel.

Diversos precedentes históricos, de significativa importancia en el desenvolvimiento científico del Derecho penal, como los debidos a Globig, Huster, Gmelin, Marat, v. Soden y Cellas, contribuyen además al movimiento renovador, que en definitiva hace sentir el efecto de sus más importantes fines políticos en la Revolución Francesa, y de sus logros jurídicos, en la legislación penal de varios Estados europeos de finales del XVIII y principios del XIX.

Finalmente, sólo en los últimos diez años del siglo de la Filosofía», emprenden Kleinschrod, Klein, Stubel, así como —bajo el influjo kantiano— Grolmann y Feuerbach la construcción de nuevos sistemas jurídico-penales.

Con la secularización del pensamiento de Estado introducida en el Derecho natural del siglo XVII, sobre la base del reconocimiento de que la ley suprema es el bien común, y no la voluntad de Dios, se da entrada al libre convenio de los ciudadanos en orden a la determinación del soberano.

Fundamento para la construcción de este sistema jurídico-racional es la teoría del contrato social, que cumple esencialmente la doble misión de trazar un cuadro de la sociedad sobre cuya base resulte fácil establecer lo que ha de considerarse nocivo a la colectividad, y de posibilitar una afirmación relativa al fin del Estado, en el sentido de entender que el mismo sólo puede ser perteneciente al mundo interior: **salus rei publicae lex suprema**.

Dentro de este contexto ideológico, el fin de la pena es determinable de modo más preciso: las personas renuncian a su estado natural para poder vivir pacíficamente en sociedad, y el Estado tiene que apartar a los ciudadanos que perturben el orden de paz por aquéllas establecido mediante el pacto social; el instrumento para la realización de tal cometido de garantía es precisamente la pena, cuya legitimidad queda circunscrita a los límites de conversión de las normas del contrato social en leyes jurídico-penales.

Los presupuestos filosóficos de los autores del iluminismo que creen poder derivar, de escasas premisas obtenidas a través de la experiencia, una forma de sociedad correcta, tanto funcional como éticamente, son removidos por Kant de un modo efectivo.

Sus fundamentos en el plano político, sin embargo, habían sido revisados ya anteriormente por Rousseau, al introducir la voluntad del pueblo como principio de la configuración política de la sociedad, entendiendo que, en la

medida en que tal voluntad popular gana terreno en materia del establecimiento legislativo, pasa a segundo plano la idea de la ilustración de que sólo son legítimas las leyes penales que garantizan las condiciones racionalmente reconocibles de una comunidad construida sobre la base de la alianza social.

Por su parte, dentro del círculo filosófico del neokantismo sudoccidental alemán, Rickert, Lask y Radbruch impulsan el voluntarismo inherente al juicio de valor positivo mediante el que se consagra el carácter merecedor de pena de determinados bienes jurídicos, hasta el extremo de llegar a afirmar que al Derecho penal incumbe proteger valores que no se pueden reconocer, sino sólo admitir.

Las transmisiones del pensamiento filosófico-social kantiano afectan principalmente a la teoría del delito de la dogmática jurídico-penal, en rigor, a partir de las formulaciones neokantianas, que, como irradiaciones de la teoría del fin del Estado de Kant, vienen a servir de fundamento a la doctrina de Feuerbach de la lesión del derecho.

La crítica de esta tesis es, en primer término, erigida por Mittermaier y por su discípulo Birnbaum, quienes tratan de reemplazarla por la teoría de la protección de bienes». Asimismo, en el círculo de la consideración crítica de aquella doctrina, por parte de la denominada Escuela positiva moderada, figuran nombres de liberales, como v. Wächter, y conservadores, como Jäcke, compañero de Stahl en la disputa.

Como es sabido, según el parecer de Mittermaier, la configuración de Feuerbach adolece del defecto de conducir a inadmisibles conclusiones en el ámbito de determinados supuestos típicos, que no pueden ser explicados desde la base de los principios filosóficos asumidos por este autor; así, resulta intolerable la justificación, en virtud del mero consentimiento del sujeto pasivo, de acciones típicas como las de bigamia o perjurio, del mismo modo que es inviable el encuadramiento de éste entre los tipos de estafa con pérdida del carácter sacramental.

Con todo, la doctrina de la lesión de derecho es, ciertamente, mantenida durante mucho tiempo a lo largo de la Ciencia penal. Su destino, sin embargo, se decide hacia 1830, cuando la Escuela histórica la desposee de sus fundamentos jurídico-naturales, y la dirección pragmática del positivismo moderado prepara su definitivo debilitamiento.

Ante la negativa de poderse definir al delito, con carácter puramente formal, como la acción conminada con una pena, Birnbaum trata de encontrar el criterio adecuado que permita describir el concepto de lo que es lesionado con la realización delictiva. Tras una breve crítica de la ley vigente, constata este autor que la misma suministra una doble determinación del delito, de naturaleza positiva y natural, respectivamente. Conforme a la primera, es delito la acción conminada por la ley con una pena. A tenor de la segunda, en cambio, es un comportamiento que según la esencia del Derecho penal debe ser reputado en la sociedad como punible. Con base en la apreciación de un concepto transpositivo —es decir, no legalista— del delito, entiende que jamás puede estimarse como fundamento la teoría de la lesión de derecho. La concepción del bien como objeto del delito asume, por el contrario, diversas ventajas. En efecto, permite una precisa descripción de los momentos de lesión y puesta en peligro, que posee directa relevancia en

los grados ejecutivos, y posibilita la separación entre los delitos contra los particulares y las acciones socialmente peligrosas, exigida por el reconocimiento inequívoco de que, no sólo existen bienes del individuo, sino también de la sociedad.

La «teoría de los bienes» de **Birbaum** se aparta fundamentalmente de la lesión del derecho en tres puntos significativos: 1) en la configuración del concepto del bien común, 2) en la ampliación del fin del Estado, y 3) en la renuncia a extraer la tesis del objeto de protección de la doctrina de las condiciones de vida humana en sociedad, como precedentemente habían hecho el iluminismo y el liberalismo originarios. Frente al pensamiento de la ilustración, que creyó poder determinar objetivamente las condiciones de una comunidad pacífica, los bienes susceptibles de garantía constituyen objetos de los que es de afirmar esencialmente que poseen valor social. No se tutela a los mismos porque se haya puesto en peligro la pacífica convivencia de los ciudadanos o la existencia misma del Estado, sino precisamente porque se estima que el carácter de ellos como bien común de la vida humana en sociedad integra criterio suficiente para proveer el aseguramiento penal.

La inmediata labor científica continuadora en el camino del «descubrimiento» de Birbaum correspondió a la concepción jurídico-penal de los **hegelianos** en el segundo tercio del siglo XIX, a cuyo núcleo central pertenece la descripción del delito como consciente rebelión frente a la voluntad general. Al inicial concepto de aquel autor se remonta Hälschner, con el propósito de conseguir determinar la concreta forma de aparición de esta general voluntad.

El camino para la ruptura del pensamiento de la tutela de bienes quedó libre a partir de 1867, con la formulación del injusto objetivo de Jhering, y la definitiva superación de la teoría hegeliana del delito por Merkel.

Por último, con la elaboración doctrinal de Binding y de Liszt se eleva la categoría de «bien jurídico» a la consideración de concepto fundamental del sistema del Derecho penal por ellos establecido. A través de una individualizada valoración crítica de ambas teorías, la obra aquí aludida trata expresamente de demostrar la exactitud del entendimiento de que para Binding —cuyo punto de partida es la ley— el Derecho posee, como tal, una autoridad insuperable, viéndose en el pensamiento de la protección de bienes únicamente un complemento y un enriquecimiento de la teoría del delito desarrollada con base en el concepto de norma, en tanto que para Liszt —quien parte de la consideración del hombre en sociedad— el Derecho no se legitima por sí mismo, sino por sus fines, haciéndose del bien jurídico precisamente el punto álgico del sistema dogmático del Derecho penal. Se llega incluso a describir, de modo gráfico, el contraste entre el formalismo bindigniano y el sociologismo lisztiano con una referencia a la posición liberal «de derechas» y a la posición liberal «de izquierdas» en el Derecho penal.

Con ciertas reflexiones de diverso sentido sobre las «teorías puras del objeto de protección» (entre las que son expresamente encuadradas las tesis de Oppenheim, Hirschberg, Oetker, Gerland, Beling y H. Mayer), algunas formulaciones de las «teorías de los intereses» (en cuyo círculo se alude concretamente a Hertz, Kessler, Merkel, Bünger y Heck), la separación entre bien jurídico y objeto de acción, y la discusión relativa al portador de los:

objetos de tutela, concluye la primera parte del trabajo, la cual, atendiendo de forma primordial a un período del desarrollo histórico de la teoría del bien jurídico, probablemente aparece como la mejor fundamentada del mismo.

3. La **Parte II**, en la que se pretende completar el examen del total proceso de la evolución histórico-dogmática, está dedicada al análisis del concepto de bien jurídico de las teorías del Derecho penal orientadas científico-espiritualmente (desde 1919 hasta la actualidad).

Un primer estadio de la orientación metódica y dogmática se inicia con la desmaterialización conceptual del objeto de tutela bajo el influjo del neokantismo sudoccidental alemán, sustentado esencialmente por Lask y Radbruch, sobre la base de la Filosofía valorativa de Rickert, en la que aparecen íntimamente conectadas las nociones de Ciencia cultural y de Sistema referido a valor. Particularmente se deja sentir el efecto de aquel pensamiento en Wolf, Würtenberger y Mittasch.

Un entronque común con la importancia metodológica del sistema referido a valor de las ciencias culturales poseen las teorías de Honig y de Schwinge, en las que se instaura con firme rigor técnico la «concepción teleológica» del bien jurídico. La influencia científica de las nociones dogmáticas del objeto de protección sustentadas por estos autores es amplia y significativa en diversos sectores de la doctrina penal, en cuyo círculo se someten particularmente a consideración crítica las tesis de Grünhut, Mezger y Schütze.

Una segunda fase de la dirección científico-espiritual en el ámbito de configuración del bien jurídico viene a coincidir, según la sistemática adoptada en el presente trabajo, con el proceso regresivo de las conexiones causales y del correlativo afianzamiento de la comprensión finalista del injusto. Se presta a este respecto especial atención a las teorías de H. Mayer y de H. Welzel, con singular referencia a los presupuestos filosóficos de Scheler y Hartmann. Indirectamente se operan importantes limitaciones críticas a las configuraciones del bien jurídico como situación o estado. Por último, se atiende al ulterior despliegue doctrinal efectuado por Krümpelmann y Schmidhäuser, autores que no postulan con carácter unilateral ni a favor de la «tesis de la situación» ni en pro de la pura «teoría inmaterial» de los bienes jurídicos.

Bajo el común epígrafe de la ausencia de significado de la Constitución del Reich de Weimar para las teorías del bien jurídico de los neokantianos, se afronta el examen del concepto de bien jurídico bajo el dominio del nacionalsocialismo, movimiento político fascista que, con base en el principio del sano sentimiento del pueblo alemán, impone un sistema penal que libra combate contra el dogma del bien jurídico, entendido como momento fundamentador del contenido material de injusto en el ámbito de las descripciones típicas delictivas.

Según la opinión consignada en la obra a que aquí se alude, resulta víctima de la disputa sobre el dogma de la lesión del bien jurídico el concepto teleológico del mismo, sustentado principalmente por Schwinge y Mezger, y a tenor del cual la valoración de tutela tiene también relación con los momentos espirituales, las formas del deseo y las características teleo-

lógico-formales de autoría. El punto de partida de tal debate se halla integrado por la pretensión de purificar de representaciones liberales el mundo conceptual de la dogmática nacional-socialista del Derecho penal. Constituye consecuencia esencial de la emancipación de las características subjetivas del injusto, que psicológicamente aparece como motivo para la superación del concepto teleológico del objeto protegido.

En el círculo de examen del enfrentamiento crítico a la noción tradicional de bien jurídico, se pone de relieve el hecho de que, en tanto los neokantianos sudoccidentales alemanes y la mayoría de los penalistas parten de la consideración de que a toda norma de delito corresponde un bien jurídico, en los últimos treinta años surge alguna duda sobre ello, con ciertos fundamentos histórico-políticos y dogmáticos. Si se equipara —como hace **Schaffstein**— la tesis de la protección de los bienes jurídicos con la teoría iluminista del daño social, se niega la existencia de objeto de tutela en el tipo de malos tratos de animales, dado que el mismo no posee ninguna utilidad social, toda vez que sirve sólo al fin moral de penar la manifestación de un mal espíritu. Por lo demás, es reconocida por diversos autores la existencia de una serie de delitos en los que el injusto no puede ser comprendido como lesión de un estado causalmente alterable.

Se presta seguidamente consideración especial al concepto de bien jurídico en relación con la Ley fundamental alemana, poniéndose de relieve la permanencia y la impasibilidad del mismo frente al cambio de Constitución de 1949. Se indica que por Jäger y Sina ha quedado asegurada la continuación de la política criminal del iluminismo con la exigencia de la protección penal únicamente de bienes jurídicos, acentuándose el carácter prepositivo y el contenido liberal de la noción de éstos, si bien la teoría inmaterial del objeto de tutela ha encontrado también resonancia después de la segunda Guerra Mundial en determinado sector de doctrina, dentro de cuyo círculo deben tenerse singularmente presentes las precisiones efectuadas por Arthur Kaufmann, Würtenberger, Lange y Salm.

Se destaca que en un intento clarificador de la problemática del concepto de bien jurídico durante la postguerra, Krümpelmann llega a la conclusión de que en la teoría de Welzel bien jurídico y objeto de hecho se identifican, en contraste a la corriente de doctrina tradicional, que consideró como objeto protegido la institución jurídica tutelada a través de una sanción penal.

En íntima conexión con el planteamiento welzeliano, se advierte que las reflexiones relativas a un concepto inmaterial de bien jurídico se agudizan en los términos de formulación de la teoría de Schmidhäuser, para quien la lesión de bien jurídico viene a identificarse con el fenómeno espiritual de lesión de deber; en tanto se entiende que la causación de resultado y la puesta en peligro se relacionan con el denominado objeto del bien jurídico real (que se corresponde con el bien bien jurídico en el sentido de Welzel), el objeto de hecho es definido como categoría residual y sin consideración alguna a las funciones positivas del mismo en el tipo: con ello, en suma, el bien jurídico se sustancia en la pretensión de respeto que parte de un objeto de bien jurídico.

Por último, junto a una revisión de la teoría de Jäger, relativa a la prue-

ba del contenido liberal prepositivo del bien jurídico con particular alusión al Derecho penal sexual, se examinan las posiciones de Roxin y Sax, que tratan de justificar sobre la base de las exigencias constitucionales el pensamiento de la protección penal de los bienes jurídicos.

Según el criterio de la presente obra, sin embargo el resultado del examen crítico de tales teorías es alarmante, a causa de la insatisfactoria configuración en ellas operada del concepto de daño social. Con arreglo a la normativa de la Constitución, el afirmar la penalidad de lo puramente inercial —como tal— contradice los fines del Estado moderno. La necesidad de conectar el Ordenamiento de valor de la ley fundamental con el Ordenamiento jurídico penal de los bienes deriva del propio art. 1 de la GG, en virtud del cual el legislador ha de establecer normas que sean coincidentes con las decisiones valorativas fundamentales. No obstante, el deslinde de ambos Ordenes jurídicos ha de ser fundamentado por la doctrina, sobre la base de consideración de supuestos concretos.

A este respecto, se advierte que, ante hipótesis en las que no puede ser aclarado con seguridad si un hecho produce efectos socialmente nocivos, autores como Klug, Rudolphi y Scheneider estiman que el legislador ha de observar el principio fundamental «in dubio pro libertate», en tanto que Ehmke, Hesse y Engisch, entre otros, niegan con firmeza la vigencia de este axioma, que en todo casi integra una máxima más apreciada en general por los penalistas que por los constitucionalistas.

4. En la **Parte III** de la obra se propone el autor realizar un esbozo de una propia teoría de la nocividad social (**Sozialschädlichkeit**), que, partiendo de presupuestos sociológicos, venga a ser aplicable en el ámbito del Derecho penal.

A tal efecto, comienza afirmando que la investigación del problema de si la Constitución exige que el legislador prohíba sólo acciones socialmente nocivas conduce, precisamente, al entendimiento de que el Estado contrasta los principios consignados en el art. 20 GG cuando hace uso de sus facultades legislativas para fines distintos al aseguramiento de la existencia de los ciudadanos.

La respuesta al problema relativo a la determinación de aquello que contradice la meta estatal de la garantía de las condiciones de vida social humana no se debe hacer plenamente dependiente del legislador, como Binding pretendió con su doctrina de la protección de los bienes jurídicos. Por otra parte, de una crítica de las representaciones sociales de Jhering y Liszt deriva que las teorías de los intereses no pueden servir de origen a una tesis transpositiva del daño social.

Sobre la base de la crítica del cuadro social de la teoría inmaterial conectada en su génesis con Rickert, debe entenderse como la más importante consecuencia de las correspondientes investigaciones el hecho de que la tesis jurídico-penal dirigida científico-espiritualmente fracasa en los singulares planos de los sistemas sociales y de las conexiones causales específicamente sociales.

La superación del punto de vista de Jäger, relativo a que el pensamiento de la garantía penal obliga al legislador a proteger solamente «realidades» que no son creadas por el Ordenamiento jurídico, estriba en la considera-

ción de que, si bien se llevara con seriedad tal criterio a una concepción político-criminal, surgirían obstáculos ante una serie de supuestos típicos, como los delitos propios de los funcionarios, los delitos de expresión, los delitos contra la propiedad..., en los que los respectivos objetos de protección han sido precisamente configurados por el Ordenamiento jurídico.

Representa un dato significativo de la inseguridad de la nueva Ciencia del Derecho penal, en la determinación del medio del daño social, la circunstancia de que la teoría del bien jurídico se haya escindida, a partir del giro científico-espiritual, en dos variantes: una, «inmaterial», y otra, «realista». Mientras en aquella dirección se manifiesta el declive de la teoría penalista orientada según la espiritualización de lo social, en ésta pervive la herencia del naturalismo.

Conforme a una teoría «inmaterial» pura de los bienes, no se describen en absoluto realizaciones del hecho punible. Los bienes son sólo valores ideales, pertenecientes a una esfera que exime por completo al legislador de toda realización de índole fáctico-causal. Desde el punto de vista de una concepción que se preocupa por acentuar el carácter real del bien jurídico, por el contrario, no existe inconveniente en considerar que bien jurídico de la ley de protección de animales de 1933 es el propio animal. La lesión causal del bien jurídico es el dolor causado al mismo. Pero la consecuencia **social** de los malos tratos de animales, integrante de peligrosidad para la comunidad **humana**, evidentemente no puede consistir en el dolor ocasionado.

Proporcionan otra muestra de erróneos efectos de estimación de la social las teorías de la protección del sentimiento, que hasta hoy, tanto en la exégesis de antiguos tipos como en la configuración de nuevas figuras legales, juegan un papel no insignificante. Los sentimientos de terceras personas, cuya lesión traduce un efecto de repulsa, pertenecen al mundo externo ajeno al autor.

En conclusión, se considera que es insostenible la exigencia de que el Derecho penal, para la prevención de daños sociales, deba tutelar sólo realidades preexistentes. Y, en sentido contrario, se entiende que una comprensión de los bienes culturales es plena de sentido y fructífera, al permitir determinar los daños sociales, no como perjuicio de la vida humana en sociedad, sino en rigor como manifestación de contrariedad a cultura.

Dentro del bosquejo de una teoría de la nocividad social, se alude finalmente, de un lado, a la consideración de la sociedad como sistema de interacción y, de otro, al intento de un control de las implicaciones políticas, con carácter previo a toda aplicación en el ámbito del Derecho penal.

Los sistemas sociales solucionan sus problemas de mantenimiento, no sólo con la formación de estructuras, sino en especial mediante la institucionalización de normas. La naturaleza de esta superación del problema del contenido de las normas estructurales se constata, en el Ordenamiento jurídico alemán, en parte mediante la ley fundamental y en parte a través de la disposición positiva del legislador ordinario. Como mecanismo de control social, el Derecho penal cumple la misión de garantizar la validez de las normas a tal ámbito aplicables, y aún más concretamente, de asegurar la estructura del sistema social.

El significado del problema de la función social de una norma penal es

destacado cuando se tiene presente que, por exigencias constitucionales, el Ordenamiento punitivo debe prohibir sólo el actuar socialmente nocivo. En virtud de este principio de naturaleza fundamental, la norma penal puede ser establecida nada más que cuando efectivamente opere una contribución al mantenimiento del sistema social de la comunidad.

En todo caso, la noción de función ha de ser nítidamente separada de la de fin. En efecto, correlato del concepto de fin son los de acción y sujeto agente, en tanto que del concepto de función lo son los de sistema y problema de sistema. La búsqueda de la función social de una norma penal integra, en esencia, algo distinto de la indagación del fin de la misma. En cierto sentido, casi la totalidad de las normas penales son multifuncionales, ofreciendo relevancia en cada sistema de interacción, en cuanto fundamento de la integración del agente.

A la teoría sociológica del sistema corresponde el mérito de designar el sistema social como lugar de determinación de las realizaciones socialmente nocivas del delito, indicando con exactitud dónde se ubican las consecuencias perjudiciales de éste.

En el círculo de aplicación del pensamiento de la nocividad social al ámbito del Derecho penal, sin embargo, ha de tenerse presente, como aspecto negativo de ella, la existencia de limitaciones liberales y dogmáticas de la misma.

Por lo que respecta a los límites liberales, debe considerarse la circunstancia de que el pensamiento de daño social en el conjunto de principios fundamentales del Derecho penal suministra únicamente un primer argumento, cuya exacta amplitud es precisada a través de la vigencia de otros principios. Puede apreciarse sobre ello un perdurable provecho de la temprana crítica al concepto teleológico de bien jurídico, erigida en la misma década de la formulación de éste.

Con referencia a los límites de carácter dogmático, es preciso tener en cuenta que el concepto del delito como lesión de un sistema social no puede reemplazar al dogma del delito como lesión de un bien jurídico. En efecto, en una tal misión falta a aquel entendimiento el específico privilegio de la idea de la protección de bienes, representado por el inmediato desarrollo del objeto de la realización de daño de un delito sobre la base de un juicio de valor.

5. Como indicaciones críticas generales referidas a la presente exposición doctrinal, ha de advertirse, en primer término, que en la misma se lleva a cabo una rigurosa investigación relativa a diversas dimensiones del objeto protegido en Derecho penal, en la que se presta preferente atención a los aspectos histórico, sociológico, político-constitucional e ideológico que la temática ofrece, en detrimento, sin embargo, del estudio de las estrictas cuestiones dogmáticas inherentes a la misma.

Dentro de los límites de esta autorrestricción inicial de perspectivas, procede en sentido positivo destacar el dilatado alcance y la rigurosa selección de las fuentes bibliográficas utilizadas en el desarrollo técnico de la línea argumental básica del trabajo de referencia, el cual constituye la más documentada eposición de conjunto en la Ciencia penal alemana sobre el concreto concepto de bien jurídico.

Con rigor sistemático que puede llegarse a calificar de ejemplar, afronta el autor un examen, internamente coordinado, de múltiples formulaciones doctrinales de diversa orientación entre las que a lo largo del extenso proceso de la evolución histórico-dogmática del objeto de tutela han sido sustentadas en la elaboración científica de esta categoría penal.

Junto a una acentuada preocupación metódica en el análisis respectivo de las diferentes posiciones de doctrina, merece ser puesto particularmente de relieve el constante sentido crítico que inspira el tratamiento efectuado de las singulares cuestiones fundamentales en el ámbito de consideración de las correspondientes líneas de pensamiento.

Si bien debe entenderse que la solidez de las apreciaciones críticas aludidas representa por lo general un valor permanente en esta obra, precisamente un exceso de valoración de opiniones ajenas, en ocasiones, perjudica en gran medida la originalidad y el alcance de una requerida toma de posición personal ante los diversos problemas técnicos suscitados por concepciones del bien jurídico y de la protección de la sociedad, y por las recíprocas interferencias de las mismas.

En tal sentido, se echa de menos en el presente planteamiento científico una construcción original, suficientemente fundada, del concepto y funciones del bien jurídico en el Derecho penal. La minuciosidad del examen realizado con referencia a tesis ajenas contrasta con el deficiente desarrollo dispensado a la elaboración original propia en el ámbito dogmático, sobre todo, de la teoría del delito.

La deficiencia técnico-jurídica de la contribución a que se alude, por otro lado tan bien documentada bibliográficamente, afecta no sólo al círculo concreto de la delimitación conceptual del objeto tutelado, sino también al plano de la descripción de la nocividad social del delito, así como a las supuestas relaciones de ambos sectores básicos entre sí.

En lo que se refiere específicamente a la teoría del bien jurídico, la posición adoptada por el autor en la suficientemente amplia como para albergar la generalidad de los momentos categoriales susceptibles de garantía penal, en presencia de una consideración conjunta de todas las acciones típicas. Pero al propio tiempo, a causa de una excesiva ambigüedad, se halla privada del rigor necesario para permitir delimitar con exactitud la naturaleza esencial de aquel concepto, y las funciones dogmáticas del mismo.

En este aspecto, en suma, merece la presente obra un enjuiciamiento negativo, toda vez que en ella no se tiene presente la dinámica de la relación de valor inherente al concepto de bien tutelado a través de los pronunciamientos del legislador positivo, para la construcción dogmática de un concepto técnico de bien jurídico, ni se afronta expresamente ningún aspecto fundamental de la extensa problemática de ponderación de las principales implicaciones axiológicas, teleológicas, metódicas y dogmáticas de éste en la teoría del delito.

Las meras referencias críticas a las distintas formulaciones doctrinales, constatables a lo largo de la evolución histórico-dogmática de esta categoría en el Derecho penal, no satisfacen las auténticas pretensiones científicas actuales de llegar a determinar si el concepto de bien jurídico es necesario o no (y, en su caso, en qué sentido y medida concretos) en la estructura del delito y en el total sistema científico del Ordenamiento punitivo.

En lo concerniente a la teoría de la nocividad social, conviene tener presente que en la actual investigación se pone de manifiesto la circunstancia de que la tesis de la garantía de las condiciones de vida humana en sociedad, debidas al iluminismo y al liberalismo originario del siglo XVIII, tienen muy poco que ver con los postulados de las teorías de la protección de bienes, surgidas en el círculo penalista alemán del siglo XIX. Los respectivos principios esenciales de sendos núcleos de doctrina son ciertamente diferentes. De igual modo las reivindicaciones sociales pretendidas por ambas concepciones, y las exigencias jurídicas que de las mismas derivan son de distinto orden y poseen un alcance y contenido muy diversos.

Estas circunstancias son en efecto, debidamente destacadas en el trabajo a que se alude. Pero en él no se logra, por el contrario, aclarar de forma precisa el hecho de que la separación entre los respectivos presupuestos filosóficos e ideológicos no implica, en modo alguno, una correlativa diversidad de postulados y exigencias jurídicas.

Con ello, se omite prestar la debida atención a la sustancial relación que media entre aquellas tesis doctrinales, al tiempo que no se comprende la relevancia de las condiciones de la vida humana en sociedad para la configuración del concepto de bien jurídico. Toda noción penal técnica de éste ha de tener presente en su base la idea de la satisfacción de necesidades humanas en la convivencia colectiva.

Una supuesta comprensión del bien jurídico que no responda a auténticas exigencias del bienestar social, y que por consiguiente sólo artificialmente sea fundada en un acto dispositivo del legislador carece por completo de justificación sustancial y de intrínseca relevancia según el propio espíritu del Derecho penal, entendido como Ordenamiento regulador de la vida social con referencia a esferas únicamente determinables en virtud de la aplicación de principios objetivos de valor.

Precisamente porque el bien jurídico no puede consustancialmente ser construido a espaldas de la realidad social cuya ordenación pretende el Derecho penal, se halla destinada al fracaso toda elaboración de la teoría de las condiciones de vida humana en sociedad que en este ámbito normativo pretenda ser contrapuesta a los postulados dimanantes de la tesis del objeto en él protegido.

Así ocurre, de hecho con el desarrollo doctrinal efectuado en la exposición de referencia, mediante el auxilio de la teoría sociológica del sistema, a la que efectivamente tienen que ser reconocidos límites, no sólo de naturaleza liberal, sino también de carácter puramente dogmático.

La circunstancia de que el principio de la garantía de la sociedad excede abiertamente el ámbito del bien jurídico en Derecho penal no exige aclaración alguna. Desconectar la noción del objeto protegido de las reales exigencias de la vida social representa, en cambio, un defecto insalvable en el plano técnico de la elaboración de una teoría concerniente a una materia sobre la cual se fundamentan consecuencias de eficacia punitiva.

De las presentes consideraciones puede deducirse, en síntesis, que el tema del bien jurídico, tras la reciente relevante investigación a que se acaba de aludir, requiere en todo caso aun complementarios, pero imprescindibles, aportes esclarecedores en plurales dimensiones dentro de la dogmática de la Ciencia penal.