

FRANCISCO SALVADOR
DE LA FUENTE CARDONA

**LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO
Y SU FUNCIÓN
DE CRÍTICA LEGISLATIVA**

**Una contribución a la discusión
sobre la evaluación constitucional
de las normas penales**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2025

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
AGRADECIMIENTOS	13
PRÓLOGO , por Margarita Martínez Escamilla y Margarita Valle Mariscal de Gante.....	15
PRÓLOGO , por Roland Hefendehl.....	19
ABREVIATURAS	21

CAPÍTULO I

CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

I. LA CUESTIÓN QUE NOS OCUPA: ¿PUEDE CUMPLIR LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO UNA FUNCIÓN SISTEMÁTICO-TRASCENDENTE O DE CRÍTICA LEGISLATIVA?	25
II. PRESENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	26
1. El curso del trabajo.....	29
2. Método y alcance bibliográfico	32
3. Cuestiones formales	32

CAPÍTULO II

LÍMITES MATERIALES DEL DERECHO PENAL: APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS: LA REFLEXIÓN SOBRE LOS LÍMITES MATERIALES	35
II. ACOTANDO EL OBJETO DE ESTUDIO. LA TRIPLE MISIÓN DE LA CIENCIA JURÍDICO-PENAL: DOGMÁTICA, POLÍTICA-CRIMINAL Y EVALUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS NORMAS PENALES.....	38
III. INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO: ESTADO DE LA DISCUSIÓN	50

	Pág.
1. Consideraciones previas: el concepto formal y el concepto material de delito	53
2. La protección de bienes jurídicos: el polisémico dogma del Derecho penal contemporáneo	58
3. ¿Por qué podemos hablar de una «teoría» del bien jurídico? Concepto de bien jurídico y principio de legítima protección de bienes jurídicos	68
4. Las funciones de la teoría del bien jurídico	75
4.1. La función sistemático-inmanente o dogmática.....	75
4.2. La función sistemático-trascendente o de crítica legislativa.	82

CAPÍTULO III

LA DISCUSIÓN SOBRE LA EVALUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS NORMAS PENALES Y SUS RIESGOS

I. INTRODUCCIÓN.....	85
II. LO VIVO EN EL POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO: ENTRE LA TESIS DE LA SEPARACIÓN CONCEPTUAL Y EL SUBJETIVISMO MORAL	91
III. EL POSITIVISMO JURÍDICO DOGMÁTICO DE LA DOCTRINA PENAL QUE DECLINA LA DISCUSIÓN; PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y ALTAS DOSIS DE NIHILISMO ACIENTÍFICO	103
IV. LA «CRISIS» CONTEMPORÁNEA DEL POSITIVISMO JURÍDICO	113
V. LA RESISTENCIA DEL POSITIVISMO JURÍDICO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y SU IMPORTANCIA PARA LA EVALUACIÓN CONSTITUCIONAL.....	127
1. La tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral .	129
2. El positivismo jurídico crítico del Estado constitucional de Derecho.....	136
3. Entre reglas y principios: ¿subsunción o ponderación en la evaluación constitucional de las normas penales?.....	141

CAPÍTULO IV

LA FUNCIÓN CRÍTICA DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO A DEBATE (I): ¿PECADORA DE NACIMIENTO? SUS CONTROVERTIDOS ANTECEDENTES

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS	159
II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA ASCENDENCIA CONTRACTUAL DE LA ILUSTRACIÓN PENAL	161

	Pág.
III. EL DELITO COMO DAÑO A LA SOCIEDAD: EL EMBRIÓN SECULARIZADOR GESTADO AL CALOR DEL MOVIMIENTO DE REFORMA POLÍTICO-CRIMINAL ALEMÁN.....	166
IV. CONVIVENCIA ENTRE LA NOCIÓN DE DAÑO A LA SOCIEDAD Y LAS PRIMERAS FORMULACIONES DEL DELITO COMO LESIÓN DE DERECHOS SUBJETIVOS	181
V. LA TEORÍA DE LA LESIÓN DE DERECHOS SUBJETIVOS EN FEUERBACH.....	186
VI. DESAFECCIÓN Y TRÁNSITO: DE LA TEORÍA DE LA LESIÓN DE DERECHOS SUBJETIVOS A LA COMPRESIÓN DEL DELITO COMO LESIÓN O PUESTA EN PELIGRO DE BIENES.....	205
1. La crítica a la teoría de la lesión de derechos subjetivos tras el derrumbe napoleónico: cambio teórico, consecuencias limitadas para la parte especial.....	205
2. La definición del delito como lesión o puesta en peligro de bienes elaborada por Birnbaum.....	215
VII. EL SIGNIFICADO DE LAS CONTRIBUCIONES REFORMISTAS: DAÑO A LA SOCIEDAD, LESIÓN DE DERECHOS SUBJETIVOS Y LESIÓN O PUESTA EN PELIGRO DE BIENES. ¿CONTINUIDAD O RUPTURA?	218

CAPÍTULO V

LA FUNCIÓN CRÍTICA DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO A DEBATE (II): ¿UNIDIMENSIONAL, INDETERMINADA Y SIN ANCLAJE CONSTITUCIONAL?

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.....	239
II. EL ARGUMENTO DE LA «UNIDIMENSIONALIDAD».....	240
1. La tesis de la «unidimensionalidad».....	240
2. Razones para declinar la tesis de la «unidimensionalidad». El Derecho penal en el Estado constitucional de Derecho.....	243
2.1. El origen contractual de la función estatal de protección	244
2.2. Los fines de protección proyectados por el Derecho penal .	248
2.3. Epílogo: la naturaleza bidimensional de la teoría del bien jurídico	253
III. EL ARGUMENTO DE LA INDETERMINACIÓN	255
1. Algunos pronunciamientos.....	255
2. El argumento de la indeterminación a prueba: convincente, pero superable.....	258

	Pág.
IV. ¿PUEDE ENCONTRAR ACOGIDA EN LA CONSTITUCIÓN LA DIMENSIÓN CRÍTICA DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO? SU «CONSTITUCIONALIZACIÓN» A TRAVÉS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....	263
V. LAS VARIANTES DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO: UNA CUESTIÓN IDEOLÓGICA.....	281

CAPÍTULO VI

LOS RENDIMIENTOS PRÁCTICOS DE LA FUNCIÓN CRÍTICA DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO: CRITERIOS DE MATERIALIZACIÓN

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.....	299
II. ¿QUÉ SON LOS CRITERIOS DE MATERIALIZACIÓN?	301
III. LOS CRITERIOS DE MATERIALIZACIÓN DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO EN CONCRETO: ALGUNOS EJEMPLOS	309
1. Criterio de materialización: intangibilidad del núcleo de libre configuración de la vida privada.....	311
1.1. La ascendencia filosófico-política del intangible núcleo de libre configuración de la vida privada: ¿liberalismo deontológico o liberalismo comunitario?	316
1.2. ¿Abarca el núcleo de libre configuración de la vida privada los comportamientos incestuosos? Aproximación al debate que tiene lugar en la doctrina científica alemana	351
1.3. ¿Colisiona el delito de autoadoctrinamiento terrorista con el núcleo de libre configuración de la vida privada? Algunas reflexiones sobre su introducción en la legislación penal española	369
2. Criterio de materialización: la prioridad axiológica de la libertad de expresión sobre los sentimientos religiosos	384
2.1. Consideraciones introductorias.....	384
2.2. Aproximación a la naturaleza del fenómeno religioso: dimensión descriptiva	393
2.3. La prioridad axiológica de la libertad de expresión sobre la protección de los sentimientos religiosos: dimensión normativa	397
2.4. El delito de escarnio u ofensas a los sentimientos religiosos a evaluación	421
3. Criterio de materialización: las condiciones de existencia del Estado solo se pueden proteger penalmente sobre la base de un pronóstico realista	442
3.1. Consideraciones introductorias.....	442

	<u>Pág.</u>
3.2. Fenómeno migratorio y política migratoria: sombras en nuestro Estado de Derecho	446
3.3. Bienes jurídicos colectivos: aproximación a su identificación y clasificación.....	467
3.4. Estructura típica y protección de los bienes jurídicos colectivos: el pensamiento de la acumulación	477
3.5. ¿Límites a la criminalización a través del pensamiento de la acumulación? El criterio del pronóstico realista.....	494
3.6. El delito de ayuda a la inmigración irregular sin ánimo lucro a examen.....	496
CONCLUSIONES	523
BIBLIOGRAFÍA	537

PRÓLOGO

Desde que hace más de dos décadas echara a andar el Espacio Europeo de Educación Superior, la Universidad española ha experimentado numerosos cambios que nos han obligado a adaptarnos a nuevas exigencias, muchas sin duda necesarias y estimulantes, otras de dudoso acierto. Pero, a pesar de las transformaciones, hay señas de identidad que permanecen y entre ellas destaca la excelencia como esencia del hacer universitario, como meta a la que orientar la investigación y la docencia. Y es precisamente la excelencia la característica que a nuestro juicio destaca en el trabajo que presentamos.

Este libro se corresponde básicamente con la tesis doctoral de su autor, defendida en la Universidad Complutense de Madrid el 10 de marzo de 2023, con un título coincidente: «La teoría del bien jurídico y su función de crítica legislativa. Una contribución a la discusión sobre la evaluación constitucional de las normas penales». El tribunal que enjuició la tesis avaló su calidad, concediéndole por unanimidad la máxima calificación de sobresaliente *cum laude*; calidad finalmente refrendada con la obtención del Premio Extraordinario de Doctorado 2022/2023 de la Universidad Complutense de Madrid. El tribunal de tesis estaba integrado por los profesores Enrique Gimbernat Ordeig, Walter Perron, Mercedes Pérez Manzano, Rafael Alcácer Guirao e Íñigo Ortiz de Urbina; estimados colegas cuyo trabajo tanto admiramos, que son ejemplo de la mencionada excelencia y a quienes agradecemos las atinadas observaciones y sugerencias que han permitido al autor mejorar algunos aspectos de su trabajo. Que el tribunal estuviera presidido por Enrique Gimbernat Ordeig fue motivo de especial satisfacción, por tratarse de nuestro querido y común maestro.

La excelencia de la tesis solo se explica por las poco comunes cualidades de su autor. Francisco de la Fuente Cardona es una persona audaz. Lejos de pensar en un tema más asequible, que le hubiera permitido doctorarse en menos tiempo y con menos esfuerzo, nos propuso investigar sobre un concepto nuclear del Derecho penal, nada más y nada menos que sobre el bien jurídico, sobre lo que puede o no puede ser objeto de tutela penal. Tras algunas consideraciones, aceptamos la sugerencia, pues somos de la opinión

de que las tesis han de ser formativas y permitir que el doctorando adquiriera unos conocimientos y unas herramientas que le faciliten posteriores aprendizajes. Sin duda, el tema elegido cumplía esta función, al obligar a profundizar en los fundamentos del Derecho penal y acercarse a ellos también desde disciplinas afines como son la Filosofía política o la Filosofía del Derecho.

Otro de los retos autoimpuestos fue elaborar la tesis en régimen de cotutela, lo que ha permitido a Francisco de la Fuente obtener el título de doctor tanto por la Universidad Complutense de Madrid como por la Universidad de Friburgo. Hemos de agradecer al profesor Hefendehl que aceptara la propuesta de codirección y que generosamente prestara a Francisco de la Fuente el apoyo necesario para conseguir su objetivo. Así, pudo pasar largos y productivos periodos de estancia en el *Institut für Wirtschaftsstrafrecht und Kriminologie* de la Universidad de Friburgo y, previo estudio del alemán, disponer de los fondos bibliográficos y participar en las actividades académicas que ofrece una ciudad tan estimulante para un penalista como es la de Friburgo. Con estas estancias el doctorando también satisfacía, honestamente y con creces, la exigencia de internacionalización que impone el sistema europeo de educación superior, aunque siempre ha sido tradición animar a quienes desean hacer carrera académica a completar su formación en las mejores universidades extranjeras.

Conocemos a Francisco de la Fuente desde que durante el curso académico 2013/2014 fuéramos sus profesoras de la Parte General y de la Parte Especial del Derecho Penal respectivamente y, cada una por nuestra cuenta, enseguida nos percatamos de las enormes cualidades de aquel alumno aventajado. Su audacia, a la que arriba aludíamos, no está basada en la inconsciencia ni en el delirio, sino en su inteligencia, el gusto por el estudio y una descomunal capacidad de trabajo. Afirmaba Ramón y Cajal que «toda obra grande es fruto de la paciencia y de la perseverancia, combinadas con una atención orientada tenazmente durante meses y aun años hacia un objetivo particular». Paciencia y tenacidad quizá no sean virtudes glamurosas, pero sí imprescindibles para el buen hacer universitario y conviene reivindicarlas en el contexto de una sociedad donde la prisa se ha convertido en un modo de vida y en un entorno académico que pone el énfasis en la cantidad de publicaciones en detrimento del rigor metodológico y de la satisfacción por el trabajo pausado y bien hecho.

Reflejo de tan destacadas virtudes es el magnífico libro que presentamos. En él se aborda uno de los principales constructos de la dogmática penal: la teoría del bien jurídico. Al reproche que suele dirigirse a esta teoría, calificándola de adorno o «juego de abalorios», el autor le asigna una función práctica, una utilidad al servicio de los operadores jurídicos. Mantiene que la teoría del bien jurídico —más allá de la función de interpretación de los tipos penales a partir de la determinación de su objeto de protección— está

llamada a desempeñar una función de crítica legislativa, fijando el deber ser del ordenamiento penal; función que el autor legitima desde la posición teórica del positivismo jurídico crítico con la que se alinea. En particular, defiende que la teoría del bien jurídico puede cumplir una importante función de control constitucional de las normas penales, aportando el referente axiológico que el principio de proporcionalidad —como canon para testar la constitucionalidad de las normas penales y de las resoluciones judiciales— no puede proporcionar. Una teoría del bien jurídico transmutada en «el principio de legítima protección de bienes jurídicos», entendido como principio limitador del *ius puniendi* que ordena la maximización de esferas de libertad del individuo.

El autor, lejos de conformarse con planteamientos abstractos, en la última parte del libro acomete la aplicación práctica del «principio de legítima protección de bienes jurídicos», para lo que diseña «criterios de materialización». Se propone demostrar la capacidad de rendimiento de sus tesis enfrentándose con cuatro tipos delictivos que generan dudas de constitucionalidad de diversa naturaleza: el delito de incesto (§173 StGB), el delito de autoadoctrinamiento terrorista (art. 575.2 CP), el delito contra los sentimientos religiosos (art. 525.1 CP) y el delito de ayuda a la inmigración irregular (art. 318 bis. CP). A estos delitos aplica diversos criterios de materialización: «la intangibilidad del núcleo de libre configuración de la vida privada», «la prioridad axiológica de la libertad de expresión sobre los sentimientos religiosos» o «las condiciones de existencia del estado solo se pueden proteger penalmente sobre la base de un pronóstico realista», que —articulados en los diversos niveles del principio de proporcionalidad— permiten al autor pronunciarse sobre la constitucionalidad de los preceptos analizados. Con las conclusiones que propone Francisco de la Fuente quizá se podrá discrepar, pero resulta incuestionable el rigor metodológico y la solvencia de sus argumentos.

Escribimos este prólogo como directoras de la tesis doctoral que ha dado lugar a este libro, satisfechas del resultado, pero también de que ese alumno excepcional —que podría haber tenido un futuro brillante en cualquier otro ámbito profesional— decidiera dedicarse al derecho penal y a la Universidad; orgullosas de haber contribuido a ello.

En Madrid, a 1 de octubre de 2024.

Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA
Catedrática de Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

Margarita VALLE MARISCAL DE GANTE
Profesora contratada doctora de Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

PRÓLOGO

La presente monografía recoge la tesis doctoral de Francisco de la Fuente, elaborada en el marco de un acuerdo de cotutela con el Instituto de Criminología y Derecho Penal Económico que dirijo en Friburgo. El objeto y contenido de la tesis están estrechamente relacionados con mis campos de investigación, por lo que es un placer escribir unas líneas de mi punto de vista sobre el trabajo:

Francisco de la Fuente ha abordado un tema que de nuevo es discutido con gran intensidad, especialmente en Alemania. ¿Qué papel juega el bien jurídico como factor limitador de la pena? ¿Representa tal factor y no carece en verdad de cualquier clase de respeto hacia el legislador democráticamente legitimado?

De la Fuente afronta estas cuestiones con gran precisión, analizando minuciosamente no sólo la bibliografía española, sino también la extensa literatura alemana. Además, no se limita a analizar el presente, sino que se remonta a la historia para fundamentar un punto de vista en el que destaca su preciso trabajo con las fuentes primarias.

El autor asigna al concepto de bien jurídico no sólo una función descriptiva, sino también material, precisamente, para limitar el derecho penal como *ultima ratio* en la protección de bienes jurídicos, que es su auténtico papel constitucional. Al tiempo que aborda mis planteamientos realiza diferenciaciones útiles, especialmente en relación con el bien jurídico colectivo. Sus conclusiones deberían aplacar a los críticos con el concepto de bien jurídico. Ello se debe a que demuestra que es posible materializar el concepto de bien jurídico de conformidad con la constitución. Este planteamiento tiene mayor dignidad que una mera propuesta de política legislativa.

En este sentido, la obra no sólo constituye un logro académico sobresaliente, sino que, si se lee correctamente, debería proporcionar al legislador motivos para reprimir su casi irrefrenable afán «tipificador». Esto resulta especialmente plausible cuando los resultados del trabajo se leen junto con las estructuras delictivas constitucionalmente legítimas.

Se podría tener la impresión de que los días de fructífera cooperación entre el derecho penal alemán y español son cosa del pasado. Aunque puede resultar tentador mirar hacia el acervo jurídico angloamericano, a mi juicio se encuentra sobrevalorado en materia de fundamentos. La obra de Francisco de la Fuente demuestra que los tiempos de fructífero intercambio no han terminado y que el derecho penal alemán, incluido el derecho penal constitucional, debería incorporar sus hallazgos.

En Friburgo, a septiembre de 2024.

Roland HEFENDEHL
Catedrático de Derecho Penal
Director del Instituto de Criminología
y Derecho Penal Económico
Universidad de Friburgo

CAPÍTULO I

CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

I. LA CUESTIÓN QUE NOS OCUPA: ¿PUEDE CUMPLIR LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO UNA FUNCIÓN SISTEMÁTICO-TRASCENDENTE O DE CRÍTICA LEGISLATIVA?

1. Hoy es posible expulsar normas jurídicas del ordenamiento cuando no se encuentran en conformidad material con la constitución. Esta afirmación, que entre nuestros contemporáneos puede resultar obvia y repetitiva, no lo era, sin embargo, hace tres o cuatro generaciones de juristas, dado que la decisión de limitar el poder del legislador democrático tiene su origen en los sistemas políticos instaurados en nuestro entorno cultural tras la segunda guerra mundial.

Nadie puede dudar de que la decisión de restringir el poder legislativo encuentra su trasfondo en los acontecimientos que tuvieron lugar en el corazón de Europa durante la década de los años treinta y cuarenta del siglo pasado. El eco de la propaganda totalitaria todavía resuena entre nosotros: la democracia es ingenua, la ironía de la democracia es que ella misma ofrece a sus enemigos más peligrosos las herramientas para destruirla¹. Si a la disolución del Estado democrático de Derecho en numerosos países europeos se suma el insostenible y traumático dolor que supuso conocer las atrocidades del genocidio nacionalsocialista, no nos puede sorprender que las élites de

¹ BRACHER, K. D., *Die Auflösung der Weimarer Republik. Eine Studie zum Problem des Machtverfalls in der Demokratie*², Athenäum, Düsseldorf, 1978, p. 333, nota 40, recuerda las palabras suscritas por Goebbels en 1928 en la revista del partido nacionalsocialista «Der Angriff»: «vamos al Reichstag para procurarnos armas en el mismo arsenal de la democracia. Nos hacemos diputados para debilitar y eliminar el credo de Weimar con su propio apoyo. Si la democracia es tan estúpida que para este menester nos facilita dietas y pases de libre circulación, es asunto suyo».

la posguerra trataran de configurar un sistema político que obstaculizase la repetición de la historia.

El objetivo principal del sistema político contemporáneo es que el Estado nunca más se convierta en verdugo, en enemigo de los ciudadanos: «*Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen*»². Para ello, introduce en la norma fundamental contenidos materiales, principalmente en forma de bienes y derechos fundamentales, que el legislador democrático, en particular, y el resto de poderes públicos, en general, están obligados a respetar. Estos contenidos materiales adquieren, por tanto, naturaleza de norma jurídica, carácter vinculante, y se asegura el respeto a los mismos, en países como Alemania o España, a través de un sistema concentrado de justicia constitucional en el que, entre los cometidos atribuidos a los tribunales constitucionales, se encuentra la posibilidad de expulsar normas del ordenamiento jurídico por falta de conformidad material con la constitución.

No es exagerado afirmar que sobre la evaluación constitucional recae el mayor de los pesos posibles, a saber, la salvaguarda material del sistema. Esta tarea es especialmente relevante cuando se examinan las normas penales vigentes, porque el Derecho penal es el instrumento idóneo para ejercer una cruel represión. Las dificultades surgen, sin embargo, cuando este objetivo de control o salvaguarda material se trata de concretar: ¿qué criterios se deben emplear en la evaluación constitucional de una norma penal? Las respuestas a esta pregunta han sido muy diversas. La presente investigación examina y se propone contribuir al desarrollo de una de las herramientas ideadas por la doctrina penal que puede servir a la señalada tarea, a saber, la teoría del bien jurídico. La cuestión que nos ocupa se podría formular, por tanto, en los siguientes términos: ¿puede cumplir la teoría del bien jurídico una función sistemático-trascendente o de crítica legislativa?

II. PRESENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1. La doctrina penal mayoritaria ha asumido con gran entusiasmo la reflexión sobre los criterios que se deben emplear en la evaluación constitucional de las normas penales³, aunque sin la cohesión que hubiese sido

² Artículo 1 del borrador de la constitución alemana aprobado por la Convención Constitucional de Herrenchiemsee en agosto de 1948.

³ Así lo constata, en un trabajo sobre una materia colindante, como es la reflexión sobre el fundamento y fines del Derecho penal, PÉREZ MANZANO, M., «Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia», *InDret*, núm. 2, 2011, p. 7, cuando observa que lo que «nos interesa» a los penalistas «no es otra cosa que encontrar un modelo legítimo de Derecho penal, que no restrinja más derechos que los estrictamente necesarios para mantener la paz social».

deseable. A grandes rasgos, sería posible vislumbrar dos direcciones argumentales. En primer lugar, parece teóricamente factible evaluar la constitucionalidad de las normas penales a partir del mandato de interdicción de la arbitrariedad, expresamente consagrado en el texto constitucional español⁴. Sin embargo, esta opción apenas ha sido explorada en nuestra práctica y en nuestra doctrina⁵. En segundo lugar, también es teóricamente admisible la apertura de una vía de enjuiciamiento a través de principios o directrices derivados de o implícitos en la constitución. Este ha sido el modo de operar más habitual y fructífero tanto en la doctrina científica como en los pronunciamientos de nuestros tribunales constitucionales y parece razonable construir nuestra propuesta sobre tales cimientos.

Es comúnmente conocido que el marco teórico por excelencia para ejercer el control de constitucionalidad de las normas penales es el *juicio de proporcionalidad*⁶. La proporcionalidad es inherente a un sistema constitucional como el nuestro, en el que se garantizan, sin otorgarles una clara prioridad axiológica, una serie de contenidos materiales, normalmente, a través de su formulación como derechos subjetivos. En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que el principio de proporcionalidad no constituye un «canón autónomo» que se pueda alegar de forma aislada, sino que este principio es un «criterio de interpretación» o un *juicio* que permite examinar la compatibilidad de una norma con el texto constitucional⁷. Inter-

⁴ Parcialmente en este sentido, GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 236, afirma que para el Estado rige una «prohibición deontológica de arbitrariedad», «si el Estado no está obligado a dar razones con pretensiones de reconocimiento general, por las cuales declara que un determinado objeto merece y necesita una pena, si ya la referencia a un desagrado subjetivo alcanza para declarar penalmente relevante una conducta, entonces se torna dudoso por qué el Estado habría de diferenciarse de una gran pandilla de ladrones». Un Estado que no pudiera designar ninguno de los objetos dignos de protección penal «casi no podría cumplir con las exigencias de la prohibición de arbitrariedad».

⁵ En la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional se conecta el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) con el control material de las normas penales en el voto particular (FJ 2) del magistrado Pablo García Manzano a la STC 161/1997, de 2 de octubre, que desestimó la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el delito de negativa del conductor a someterse a la prueba de alcoholemia en su anterior redacción, que lo configuraba como un tipo de desobediencia grave (arts. 380, 556 CP). Sin embargo, esta referencia resulta poco habitual. Como advierte Díez RIPOLLÉS, J. L., «El control de constitucionalidad de las leyes penales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 75, 2005, pp. 79-80, «no cabe ser muy optimista sobre las prestaciones que el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos está rindiendo al desarrollo del control de la racionalidad legislativa. Se podía esperar bastante más de un principio expresamente recogido en la Constitución».

⁶ Por todos, Díez RIPOLLÉS, J. L., «El control de constitucionalidad», pp. 82-83, «no resulta difícil de ver que el concepto sobre el que nuestro Tribunal constitucional ha comenzado a desarrollar un cierto control material de la racionalidad legislativa es el *principio de proporcionalidad*».

⁷ Esta es la opinión de la STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3: «si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida esta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados». Esta sentencia desestima las cuestiones de inconstitucio-

namente este principio se caracteriza por presentar un esquema de análisis, unos criterios, unas pautas escalonadas, hoy bastante consolidadas, dirigidas a evaluar argumentalmente. Sin embargo, hay dos razones que revelan que la idea de proporcionalidad debe ser complementada y desarrollada. En primer lugar, el juicio de proporcionalidad no sería suficiente por sí mismo para formular una omnicompreensiva evaluación constitucional porque es una herramienta que examina la adecuación de un medio (el ordenamiento penal) a un fin (la protección de bienes jurídicos), esto es, no se pronuncia por sí mismo sobre la legitimidad del bien jurídico protegido por la norma examinada, ni formula un juicio axiológico que permita ponderar entre bienes dignos de protección⁸. A esta tarea puede coadyuvar la teoría del bien jurídico. Y, en segundo lugar, para calificar como «proporcional» una norma penal tiene que quedar acreditado el respeto a unos subprincipios o requisitos que no siempre han constituido una propuesta cerrada. Los niveles de análisis del principio de proporcionalidad han precisado y siguen necesitando de cierta delimitación y desarrollo, pues la experiencia revela algunas discrepancias⁹. Como veremos, también en la concreción y desarrollo de sus niveles de análisis el enfoque a través de la teoría del bien jurídico puede cumplir un papel relevante.

La presente investigación no se concibe, por consiguiente, como un trabajo que examine las propuestas doctrinales genéricas sobre el juicio o principio de proporcionalidad, enfoque que, por otra parte, cuenta en nuestra disciplina con un número creciente de contrastadas publicaciones¹⁰. El trabajo que ahora presentamos toma como presupuesto o marco conceptual el señalado juicio de proporcionalidad, pero se ocupa exclusivamente de una propuesta elaborada por la academia penal, a saber, la *función crítica de la*

nalidad contra el delito de rehusar cumplir la prestación social sustitutoria del servicio militar que había introducido el art. 2.3 de la LO 8/1984, de 26 de diciembre. Este delito fue sustituido al poco de la publicación de la sentencia por el art. 527 del entonces nuevo CP, el cual terminó siendo derogado por LO 3/2002, de 22 de mayo.

⁸ MIR PUIG, S., *Bases constitucionales del Derecho Penal*, Iustel, Madrid, 2011, p. 104, para nuestro TC es un «criterio de comparación de costes y beneficios: de los costes que supone la intervención penal en la limitación de derechos y de los beneficios que con ella se esperan conseguir»; PRITTWITZ, C., «Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? Ultima ratio? Gedanken zu Grund und Grenzen gängiger Strafrechtsbeschränkungspostulate», en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Lang, Frankfurt, 1995, p. 400, el principio de proporcionalidad constituye un apoyo fundamental para la limitación del Derecho penal, porque exige la adecuación de los medios, pero presupone los fines y no basta, por consiguiente, como base normativa.

⁹ Uno de los debates contemporáneos versa sobre la diferente comprensión de su último nivel de análisis o proporcionalidad en sentido estricto: NAVARRO FRÍAS, I., «El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?», *InDret*, núm. 2, 2010, pp. 3 y ss.

¹⁰ Por todos, en lengua española, DE LA MATA BARRANCO, N., *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; en lengua alemana, KASPAR, J., *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2014.

teoría del bien jurídico, herramienta que la doctrina pone a disposición de la jurisdicción constitucional para, precisamente, dentro del marco que habilita el juicio de proporcionalidad, contribuir a la evaluación constitucional de las normas penales.

2. Acotado de este modo el objeto o propósito de la investigación, el trabajo aborda, con la sistemática que expondremos enseguida, dos grandes cuestiones: (i) la evaluación constitucional de las normas penales como tarea a desempeñar por el académico penal; y (ii) la teoría del bien jurídico y su función de crítica legislativa como propuesta teórica al servicio de aquella y a través de la cual obtener rendimientos prácticos. Asimismo, a lo largo del trabajo se dedica un espacio a la reflexión sobre el anclaje o ubicación de la función crítica de la teoría del bien jurídico en el señalado juicio de proporcionalidad.

A continuación, como parte de esta breve presentación, exponemos el curso del trabajo, el método aplicado y algunas cuestiones formales y bibliográficas.

1. El curso del trabajo

1. La exposición del trabajo se ve condicionada por dos tesis centrales, una descriptiva y otra valorativa, y, por tanto, necesitada de mayor fundamentación, que ya hemos ido desvelando. En primer lugar, la investigación tiene muy presente la existencia de una indiscutible redistribución del poder político en nuestros sistemas, que cristaliza en la instauración de la jurisdicción constitucional, la cual, entre otras cosas, puede controlar las normas aprobadas por el poder legislativo. Y, en segundo lugar, el trabajo asume que esta redistribución del poder político en un órgano jurisdiccional *sui generis* deposita una nueva tarea académica en la doctrina penal, consistente en la reflexión sobre la evaluación constitucional o material de las normas penales y sobre la mejor manera en que esta se puede llevar a cabo, a saber, a través del juicio de proporcionalidad y, en la concreta dimensión que aquí interesa, a la luz de la función crítica de la teoría del bien jurídico.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el *capítulo segundo* se introduce tanto la evaluación constitucional como la teoría del bien jurídico. A lo largo del mismo se delimita la evaluación constitucional de la tradicional labor dogmática y de la política criminal, como cometidos que genuinamente también conciernen al académico penal. Esta delimitación entre niveles de análisis no es meramente estética, sino que responde a su diferente enfoque y objeto de estudio. Asimismo, en este capítulo resulta necesario aproximarse a la teoría del bien jurídico y a una discusión previa a la misma, como es aquella que distingue entre el concepto formal y el concepto material de delito. En este