

STJ00119221

GONZALO D. FERNÁNDEZ

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de la República

# BIEN JURÍDICO Y SISTEMA DEL DELITO

*Un ensayo de fundamentación dogmática*

editorial  
**B de f**  
Montevideo - Buenos Aires

2004

*Julio César Faira - Editor*

I.S.B.N. 9974-578-33-7

En Montevideo, República Oriental del Uruguay:

© B de F Ltda.

Buenos Aires 671 (CP 11000), tel.: 916-6521 y telefax: 916-5238

e-mail: bdef@netgate.com.uy

En Buenos Aires, República Argentina:

© Euros Editores S.R.L.

Av. Congreso 4744 (C1431AAP) tel.: 4523-6225

Tucumán 1484, 9° "C" (C1050AAD) tel.: 4371-7936 y telefax: 4371-7510

e-mail: euros@ciudad.com.ar

*Hecho el depósito que establece la ley. Derechos reservados.*

Impreso en la Argentina, en el mes de marzo de 2004 por:

ESTUDIO GRÁFICO, Perdriel 1480, Buenos Aires

Tel.: 4302-7414

## ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO por FRANCISCO MUÑOZ CONDE .....	VII
ABREVIATURAS .....	XVII
PREFACIO .....	XIX

### PARTE PRIMERA

#### INTRODUCCIÓN

I) Introducción .....	1
II) Un concepto controversial .....	3
III) Bien jurídico: sustrato material y funciones .....	6

### PARTE SEGUNDA

#### EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL BIEN JURÍDICO

IV) La teoría del bien jurídico en su evolución histórica .....	11
A) Teoría de la lesión del derecho subjetivo (Feuerbach) .....	11
B) Fundación de la teoría del bien jurídico (Birnbbaum) .....	15
C) El positivismo jurídico (Binding) .....	17
D) El positivismo naturalista (Liszt) .....	20
E) El neokantismo (Honig, Schwinge) .....	24
F) El causalismo valorativo (Mezger) .....	28
G) La ruptura autoritaria: la Escuela de Kiel .....	31

### PARTE TERCERA

#### LA ÉPOCA CONTEMPORÁNEA

V) El finalismo .....	35
A) Posguerra y "risorgimento" valorativo .....	35
B) El bien jurídico en la tesis de Welzel .....	38
C) Los posfinalistas .....	42

VI)	Las teorías constitucionales del bien jurídico .....	45
	A) Reconstrucción democrática: la cláusula del Estado de Derecho .....	45
	B) La doctrina alemana .....	48
	C) La doctrina italiana.....	50
	D) La doctrina española .....	53
VII)	Las teorías sociológicas y el funcionalismo .....	56
	A) La doctrina alemana .....	58
	B) "Excurso": la negación del bien jurídico en la teoría funcional-sistémica .....	65
	C) Las teorías sociológicas en la dogmática española ....	69
VIII)	La teoría penal latinoamericana.....	72
	A) La concepción funcionalista de Bacigalupo .....	73
	B) La fórmula sintético-categorial de Bustos y Hormazábal .....	75
	C) La postura realista de Zaffaroni .....	78
IX)	Toma de posición .....	80
	A) Recapitulación.....	80
	B) Presupuestos para la comprensión de una teoría del bien jurídico.....	87
	1) La responsabilidad como atribución .....	88
	2) Aproximación desde la ideología y la teoría de la sociedad .....	97
	a) El concepto liberal del bien jurídico .....	98
	b) El concepto positivista del bien jurídico .....	100
	c) El concepto teleológico del bien jurídico .....	104
	d) El concepto valorativo del bien jurídico .....	107
	e) Las teorías del bien jurídico en la posguerra. (Derecho penal: ética social y Constitución) ....	108
	f) Los planteos sociológicos y el funcionalismo ....	115
	C) El fundamento "iushumanista" como criterio de determinación: bien jurídico y derechos humanos.....	118
	1) La sociedad desde la teoría del conflicto .....	119
	2) La teoría de los derechos humanos .....	122
	3) El fundamento "iushumanista" del derecho penal .....	129
	4) El garantismo y la vuelta al viejo derecho penal liberal .....	132
	a) El derecho penal y la crisis del derecho moderno .....	132
	b) Garantismo y derecho penal mínimo. (La vuelta al viejo derecho penal liberal) .....	136
	D) El concepto "iushumanista" del bien jurídico-penal (síntesis) .....	141
	1) El bien jurídico como valor .....	141
	2) El bien jurídico como valor de relación social .....	142

3) El contenido "iushumanista" de los valores de relación social.....	143
4) Precisiones finales .....	144

## PARTE CUARTA

EL BIEN JURÍDICO  
Y EL SISTEMA DEL DELITO

X) La función dogmática del bien jurídico .....	149
A) El bien jurídico ante la teoría del delito.....	149
B) El bien jurídico en la interpretación del sistema del ilícito: la función dogmática .....	151
XI) Tipo penal y afectación del bien jurídico.....	153
A) La teoría del tipo.....	153
B) Tipicidad: subsunción al tipo legal y afectación del bien jurídico protegido .....	158
C) Casos de tipicidad formal sin afectación del bien jurídico .....	162
1) El principio de insignificancia .....	163
2) La adecuación social de la conducta .....	167
XII) Bien jurídico e injusto penal. El bien jurídico en el sistema de la antijuridicidad.....	173
A) La lesión del bien jurídico como expresión de la antijuridicidad material .....	173
B) De la "afectación" a la "lesión" del bien jurídico: el encadenamiento entre tipo y justificación penal.....	175
C) Bien jurídico y tipo permisivo. (La conducta justificada como "afectación autorizada" del bien jurídico)....	179
D) "Excurso": sobre el consentimiento del ofendido. (¿Exclusión del tipo o justificación?) .....	183
XIII) Culpabilidad y bien jurídico .....	187
A) Breve síntesis sobre la evolución de la teoría de la culpabilidad .....	188
1) La teoría psicológica de la culpabilidad y su crisis .....	188
2) Formulación y desarrollo evolutivo de las teorías normativas de la culpabilidad .....	191
3) La culpabilidad en el finalismo.....	195
B) La crisis de la culpabilidad material .....	199
1) La impugnación de la libertad de obrar y del poder de actuación alternativa .....	200
2) El argumento procesal.....	201
C) La reconstrucción de la culpabilidad desde la teoría preventiva de la pena. Culpabilidad y prevención general .....	202

1) La dogmática alemana.....	203
a) La tesis de Jakobs y otros funcionalistas .....	203
b) La propuesta de Roxin.....	206
c) El planteo de Hassemer .....	210
d) La posición de Schünemann .....	214
e) La teoría de Köhler .....	216
2) La doctrina española e italiana .....	218
D) Toma de posición: hacia una “teoría del sujeto culpable” .....	223
1) El esquema comunicativo: la culpabilidad como atribución .....	227
2) Los nuevos rumbos de la teoría penal latinoamericana .....	231
a) La tesis de Zaffaroni .....	234
b) La tesis de Bustos Ramírez y Hormazábal .....	240
3) Nuestra opinión: para una teoría del sujeto culpable .....	251
a) Bien jurídico y función motivadora de la norma .....	256
b) La abordabilidad normativa y el poder de actuación diferente (la evitabilidad) .....	262
c) La relación de disponibilidad: la participación del sujeto frente al bien jurídico protegido .....	271
d) Exigibilidad de conducta alternativa y graduación de la responsabilidad .....	277
XIV) A modo de conclusión .....	286
1) El bien jurídico .....	289
2) La teoría del acto .....	294
3) La teoría del sujeto .....	297
Esquema de la teoría de la imputación .....	307
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	311