

GÜNTHER JAKOBS

DERECHO PENAL
PARTE GENERAL
Fundamentos y teoría de la imputación

Traducción:

JOAQUIN CUELLO CONTRERAS
JOSE LUIS SERRANO GONZALEZ DE MURILLO
(Universidad de Extremadura)

2.ª edición, corregida

MARCIAL PONS, EDICIONES JURIDICAS, S. A.
MADRID, 1997

APARTADO 2

La legitimación material del Derecho penal

BIBLIOGRAFIA: K. Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; *el mismo*, recensión, ZStW, 87, pp. 132 ss.; *el mismo*, Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin, JZ, 1982, pp. 617 ss.; G. Arzt, Viktimologie und Strafrecht, Monschrkrim, 1984, pp. 105 ss.; A. Baratta, Integrations-Prävention. Eine systemtheoretische Neubegründung der Strafe, KrimJ, 1984, pp. 132 ss.; R. Bloy, Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes, ZStW, 100, pp. 485 ss.; P. Bockelmann, Noticias bibliográficas, ZStW, 74, pp. 304 ss.; E. Brandt, Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips für Entpoenalisierungen im Strafrecht, 1988; R.-P. Calliess, Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1974; G. Dahm, Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft, ZStW, 57, pp. 225 ss.; J. Driendl, Zur Notwendigkeit und Möglichkeit einer Strafgesetzgebungswissenschaft in der Gegenwart, 1983; U. Ebert, Verbrechensbekämpfung durch Opferbestrafung?, JZ, 1983, pp. 633 ss.; J. Feinberg, The Moral Limits of the Criminal Law, t. I (Harm to Others), 1984, t. 2 (Offence to Others), 1985, t. 3 (Harm to self), 1986, t. 4 (Harmless Wrongdoing), 1988; I. Fetscher, Zum Prozeß und das Buch «Wie alles anfang» von Baumann, en: K. Lüderssen et al. (ed.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, t. 2, 1980, pp. 506 ss.; Th. Fischer, Das Verhältnis der Bekenntnisbeschimpfung (§ 166 StGB) zur Volksverhetzung (§ 130 StGB), GA, 1989, pp. 445 ss.; M. Frommel, Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion, 1987; *la misma*, Welzels finale Handlungslehre, en: U. Reifner et al. (ed.), Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich, 1984, pp. 86 ss.; W. Gallas, Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, Gleispach-Festschrift, pp. 50 ss.; *el mismo*, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968; M. Grünhut, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Frank-Festgabe, t. I, pp. 1 ss.; G. Grünwald, Billigung von Straftaten (§ 140StGB), en: K. Lüderssen et al. (ed.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, t. 2, 1980, pp. 489 ss.; E.-W. Hanack, Empfiehlt es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?, Gutachten 47. DJT, t. I (A); R. Hassemer, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, 1981; W. Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973; *el mismo*, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1974; *el mismo*, recensión, ZStW, 87, pp. 146 ss.; *el mismo*, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, Arthur Kaufmann-Festschrift, pp. 85 ss.; *el mismo*, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, NStZ, 1989, pp. 553 ss.; Th. Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; R. M. Honig, Die Einwilligung des Verletzten, Parte I, 1919; H. Jager, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, 1957; G. Jakobs, Die Aufgabe des strafrechtlichen Ehrenschatzes, Jescheck-Festschrift, pp. 627 ss.; *el mismo*, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW, 97, pp. 751 ss.; H. Jung, Zur Strafbarkeit des Inzests, Lefrenz Festschrift, pp. 311 ss.; G. Kaiser, Kriminalisierung und Entkriminalisierung in Strafrecht und Kriminalpolitik, Klug-Festschrift, pp. 579 ss.; Arthur Kaufmann, Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht, Henkel-Festschrift, pp. 89 ss.; *el mismo*, Tendenzen im Rechtsdenken der Gegenwart, 1976; J. Krümpelmann, Die Bagatelldelikte, 1966; Kr. Kühl, Neue Gesetze gegen terroristische Straftaten, NJW, 1987, pp. 737 ss.; K. L. Kunz, Das strafrechtliche Bagatelprinzip, 1984; F. J. Kurth, Das Mitvers-

Jakobs - 18 - 2
1973 - 61

chulden des Opfers beim Betrug, 1984; *E.-J. Lampe*, Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis, *Welzel-Festschrift*, pp. 151 ss.; *F. v. Litz*, Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche, *ZStW*, 6, pp. 663 ss.; *el mismo*, Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, *ZStW*, 8, pp. 133 ss.; *F. Loos*, Zum «Rechtsgut» der Bestechungsdelikte, *Welzel-Festschrift*, pp. 879 ss.; *M. Maeck*, Opfer und Strafzumessung, 1983; *M. Marx*, Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut». Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, 1972; *K. Marxen*, Der Kampf um das liberale Strafrecht, 1975; *M. E. Mayer*, Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903; *E. Mezger*, Die Straftat als Ganzes, *ZStW*, 57, pp. 675 ss.; *A. Montenbruck*, Abwägung und Umwertung, 1989; *H. Müller-Dietz*, Instrumentuelle vs. sozialetische Funktion des Strafrechts- am Beispiel der Pönalisierung von Verhaltensweisen, *Arthur Kaufmann-Festschrift*, pp. 95 ss.; *W. Naucke*, Die Sozialphilosophie des sozialwissenschaftlich orientierten Strafrechts, en: *W. Hassemer et al.*, Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?, 1983, pp. 3 ss.; *U. W. Neumann* y *U. Schroth*, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980; *H. Otto*, Rechtsgutbegriff und Deliktstatbestand, en: *H. Müller-Dietz* (ed.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, pp. 1 ss.; *el mismo*, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, *ZStW*, 87, pp. 539 ss.; *K. Peters*, Die ethischen Grundlagen des Strafprozesses, *Würtenberger-Festschrift*, pp. 77 ss.; *F. Preisler*, Wie weit sollte das Sittlichkeitsstrafrecht reformiert werden?, *ZStW*, 82, pp. 6 ss.; *R. Rengier*, Zur Bestimmung und Bedeutung der Rechtsgüter im Umweltstrafrecht, *NJW*, 1990, pp. 2506 ss.; *G. Roos*, Entkriminalisierungstendenzen im Besonderen Teil des Strafrechts, 1981; *C. Roxin*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, *JuS*, 1966, pp. 377 ss.; *H.-J. Rudolphi*, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriffs, *Honig-Festschrift*, pp. 151 ss.; *W. Sax*, Grundsätze der Strafrechtspflege, en: *K. A. Bettermann*, *H. C. Nipperdey*, *U. Scheuener* (ed.), Die Grundrechte, t. III (2), 2.ª ed., 1972, pp. 909 ss.; *F. Schaffstein*, Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung? Deutsches Strafrecht, 2 (1935), pp. 97 ss.; *el mismo*, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, en: *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, 1935, pp. 108 ss.; *el mismo*, Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma, *Deutsches Strafrecht*, 4 (1937), pp. 33 ss.; *E. Schmidhäuser*, Der Unrechtstatbestand, *Engisch-Festschrift*, pp. 433 ss.; *E. Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930; *K. Seelmann*, Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht, *NJW*, 1990, pp. 1257 ss.; *P. Sina*, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut», 1962; *G. Stratenwerth*, Leitprinzipien der Strafrechtsreform, 1970; *K. Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; *H. Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935; *el mismo*, Studien zum System des Strafrechts, *ZStW*, 58, pp. 491 ss.; *el mismo*, Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes, *Kohlrausch-Festschrift*, pp. 101 ss.; *K. D. Wiegand*, Die Tierquälerei, 1979; *M. J. Worms*, Die Bekenntnisbeschimpfung im Sinne des § 166 Absatz I StGB und die Lehre vom Rechtsgut, 1984; *H. Zipf*, *Kriminalpolitik*, 2.ª ed., 1980.

I. EL NIVEL DE REFERENCIA DE LA PROTECCION JURIDICO-PENAL: LAS NORMAS COMO BIENES JURIDICO-PENALES

1 A. El Derecho penal se legitima formalmente mediante la aprobación conforme a la Constitución de las leyes penales. La legitimación material reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado. No existe ningún contenido genuino de las normas penales, sino que los contenidos posibles se rigen por el respectivo contexto de

la regulación. Al contexto de la regulación pertenecen las realidades de la vida social así como las normas —especialmente las jurídico-constitucionales.

B. 1. La contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas. Por eso —aun contradiciendo el lenguaje usual— se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora *bien jurídico-penal*.

2. a) Al emplear de este modo el concepto puede sorprender de entrada la estrecha conexión con las normas penales, pues los bienes se pueden definir también sin este rodeo normativo nombrando lo que el autor —desde luego en caso de un delito de lesión en sentido material— destruye: vida, salud, propiedad, pudiendo quedar relegada por el momento la cuestión de si los objetos mencionados deben ser bienes por sí mismos o por su utilidad para una persona o para la sociedad. Tampoco se debe poner en duda que tales objetos pueden llamarse razonablemente bienes, pues son situaciones valoradas positivamente y por tanto «buenas» para el que valora.

b) Pero los bienes de esta clase pueden resultar menoscabados también mediante sucesos naturales (enfermedad, «cansancio» de los materiales), y asimismo mediante procesos en los que ciertamente intervienen personas, pero que no son evitables (ni dolosos ni imprudentes). Esto puede carecer de importancia para su entendimiento como bienes, pero no para su cualificación como bienes jurídico-penales. Si, p. ej., se denominan bienes jurídico-penales sin más a las situaciones valoradas positivamente, se deriva la extraña consecuencia de que el Derecho penal a veces (e incluso en algunos ámbitos casi siempre) no se preocupa de la pérdida de sus bienes: la muerte por decrepitud senil, que una cosa se estropee con el tiempo, etc., representan pérdidas de bienes en el sentido mencionado, pero no realizan ningún tipo penal¹. Así pues, el Derecho penal no cumple la función de garantizar la existencia de dichos bienes en todo caso, sino sólo frente a ataques de determinada clase. Si el fundamento de esta abstención se impusiese al Derecho penal desde fuera, sería adecuado llamar bienes jurídico-penales a objetos de la clase mencionada por sí mismos o por su utilidad para personas o para la sociedad, pues se señalaría jurídico-penalmente una protección amplia que se limitaría a determinadas formas de ataque sólo por motivos ajenos al Derecho penal. Con este modo de entender, sin embargo, toda destrucción de un bien en el sentido indicado, suceda como suceda, debe ser una perturbación penalmente relevante. Con lo absurdo de esta concepción (¿Es toda enfermedad un ataque a bienes jurídico-penales?) se pone de manifiesto cuán limitada es la utilidad de tal concepto de bien: Es verdad que acierta en designar qué situaciones han de considerarse bienes, pero pasa por alto la misión específica del Derecho penal, al confundir indebidamente bajo el mismo rasero «perturbación por haber lesionado el bien», las fuerzas de la naturaleza, o el comportamiento humano no evitable con el

¹ *Bockelmann*, *ZStW*, 74, pp. 311 ss. 313.

comportamiento imputable —el único que interesa al Derecho penal—. Como consecuencia, desde luego en caso de bienes que no pierden su función por la evolución social, sino que perecen por condicionantes físicos (debilidad senil), el pasado se convierte en un gigantesco cementerio de bienes jurídicos, que demuestra claramente que en caso de lesión de un bien en el sentido indicado no se alcanza el nivel en el que se desenvuelve el Derecho penal.

- 5 C. 1. Al Derecho penal no le interesa toda alteración perjudicial para un bien en tanto que situación valorada positivamente; más bien la alteración debe dirigirse contra la propia valoración positiva. Esto sólo puede tener lugar mediante un comportamiento humano con el contenido expresivo de que no era pertinente respetar la valoración positiva. Lo que constituye una lesión de bien *jurídico-penal* no es la causación de una muerte (ésta es simplemente lesión de un bien), sino la oposición a la norma subyacente en el homicidio evitable. El homicidio evitable tiene el sentido de una oposición a la norma subyacente en los delitos de homicidio, porque al autor se le hace responsable, a causa de su conocimiento (dolo) o cognoscibilidad (imprudencia), de haber elegido (*vid. infra* 6/24) realizar el comportamiento que acarrearía consecuencias en lugar de la alternativa inocua. La norma obliga a elegir la organización a la que no siguen daños, pero el autor se organiza de modo que causa daño imputablemente: su proyecto de conformación del mundo se opone al de la norma. Sólo este punto de vista eleva el bien jurídico-penal a la esfera en que se desarrolla la interacción social que interesa al Derecho penal: la esfera de la *significación* del comportamiento (delictivo) en tanto que negación del *significado* de normas y el reforzamiento de perseverar en el significado de la norma por medio de la reacción punitiva². Bien jurídico-penal en el ámbito de los delitos contra la propiedad, según este modelo, no es la cosa ajena o la relación del propietario con su cosa como unidad funcional de acciones y satisfacción

² Son escasos los esfuerzos por llevar a un mismo plano bien jurídico, infracción de la norma y pena. Ante todo hay que mencionar a *Welzel*, *Strafrecht*, § 1, I; *el mismo*, *ZStW*, 58, pp. 491 ss., 509 ss.; *el mismo*, *Kohlrausch-Festschrift*, pp. 101 ss., 107 ss., que distingue entre valores de hecho y valores de acción (obviamente, sólo califica de bienes jurídicos a los valores de hecho): «Más importante que la protección de los diversos bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la vigencia real (observancia) de los valores de acción de actitud jurídica» (*Strafrecht*, loc. cit.). En relación con la teoría de *Welzel*, *vid. Amelung*, *Rechtsgüterschutz*, pp. 165 ss., 273 ss.; *Hassemer*, *Theorie*, pp. 87 ss. La objeción, tan extendida, de que centrar la atención en el desvalor de acción conduce a un Derecho penal de la actitud, ya que en el sistema de *Welzel* el *hecho* penal no tiene ningún puesto de necesidad, es predicable, hasta ahora, de toda teoría: Incluso si se parte de atender a la protección de bienes jurídicos perceptibles sensorialmente, no surge respuesta alguna a la pregunta de si se da un ataque (y cuándo) tan peligroso que haga necesaria la pena. Todo *hecho* penal se inicia en la mente del autor y concluye en el mundo exterior. Por consiguiente, el principio del hecho no cabe explicarlo tampoco a partir del principio de protección de bienes jurídicos en la concepción convencional (*Jakobs*, *ZStW*, 97, pp. 751 ss., 752 s.; *de otra opinión*, *Sax*, *Grundrechte*, t. III (2), pp. 909 ss., 913; *Hassemer*, *Theorie*, p. 97; *Jescheck*, *AT*, § 1, III, 2, entre otros). La objeción de *Baratta* (*KrimJ*, 1984, pp. 132 ss., 139) de que desaparecería la diferencia entre Derecho y Moral se basa en la infundada equiparación entre la desnaturalización (que tiene lugar) y el recurrir más (que no tiene lugar) a lo interno. Básico, además, *Schmidhäuser*, *Engisch-Festschrift*, pp. 433 ss., 444 s.; *el mismo*, *AT*, 2/30: «La lesión del bien jurídico es un fenómeno espiritual... La lesión del bien jurídico consiste en la lesión de la pretensión de respeto que surge del bien jurídico (?) por parte de un comportamiento voluntario»; *el mismo*, *Studienbuch*, 5/27: «la pretensión de respeto que surge de los hechos valiosos». De modo semejante a como aquí se propugna, *Otto*, *ZStW*, 87, pp. 539 ss., 554 ss., 562.

de necesidades, o para la consecución de fines, sino la validez del contenido de la norma de que debe protegerse la propiedad; correlativamente, en el ámbito de los delitos de lesiones, bien jurídico-penal es la validez del contenido de la norma de que hay que respetar la integridad corporal ajena, etc. Bien jurídico-penal es la vinculatoriedad práctica de la norma.

2. El bien jurídico-penal en el sentido indicado no puede ser atacado por un comportamiento como suceso externo, sino sólo por un comportamiento en tanto que suceso significativo. En virtud del principio del hecho, desde luego sólo concurre un hecho penal cuando tiene lugar un suceso externo, perceptible por los sentidos. Pero el objeto de este comportamiento exterior no es el bien jurídico-penal, sino que más bien han de distinguirse bien jurídico-penal y *objeto de la acción* (sería más exacto decir: objeto del comportamiento)³.

6 El objeto de la acción puede consistir incluso en lo contrario a un objeto, cuando el comportamiento consiste en la producción de objetos no deseados, como sucede en la falsificación de moneda o de documentos (§§ 146 ss., 267, 348 del StGB), o en la creación de informaciones no deseadas, como en las injurias, la revelación de secretos o en la estafa (§§ 185, 203, 263 del StGB). En la medida en que no se valore jurídicamente de modo negativo el objeto de la acción, se le puede denominar *objeto de ataque*. A su vez, algunos objetos de ataque se pueden definir como bienes antepuestos al bien que realmente importa (p. ej., la propiedad como el bien antepuesto a la posibilidad de desarrollo personal), mientras que otros representan sólo el ataque contra un bien (p. ej., el funcionario ejecutor en el delito de resistencia del § 113 del StGB).

II. ¿LEGITIMACION MATERIAL DEL DERECHO PENAL POR MEDIO DE LA PROTECCION DE BIENES JURIDICOS?

A. Problemas generales

7 1. El nivel de referencia del bien jurídico-penal del que se ha tratado hasta ahora, al debatir el problema «el Derecho penal como protección de bienes jurídicos» (o «el hecho punible como lesión del bien jurídico») ⁴, no se suele hallar en primer plano ⁵. Se trata más bien de si las *normas* jurídicas (y con ellas sólo indirectamente también el propio Derecho penal) sólo son legítimas si protegen bienes jurídicos, sin que esté especialmente claro lo que es un bien jurídico en este contexto. «El bien jurídico se ha convertido en un auténtico

³ *Jescheck*, *AT*, § 26, I, 4; *Stratenwerth*, *AT*, núm. marg. 210; *Schmidhäuser*, *AT*, 2/31 s.; *Maurach-Zipf* *AT*, I, § 19, núm. marg. 14 ss.; *Baumann-Weber* *AT*, § 12, II, II, 3 a.

⁴ No se quiere decir que todo hecho punible tenga que conseguir lesionar, sino que toda norma ha de tener por finalidad evitar lesiones.

⁵ Acerca de la historia dogmática, *vid. Sina*, *Dogmengeschichte*, *passim*; básico sobre la relación entre la historia del concepto de bien jurídico y la historia general de las ideas, *Amelung*, *Rechtsgüterschutz*, pp. 15 ss., con correcciones en parte notables de la exposición de *Sina* (al respecto, resumiendo, pp. 10 ss.); una exposición centrada en la relación mutua entre bien jurídico y realidad social la proporciona *Hassemer*, *Theorie*, *passim*; sobre *Amelung*, *vid. Hassemer*, *ZStW*, 87, pp. 145 ss.; sobre *Hassemer*, *vid. Amelung*, *ZStW*, 87, pp. 132 s.; sobre el ámbito jurídico anglosajón, ampliamente, *Feinberg*, *Limits*, *passim*.

Proteo, que en las propias manos que creen sujetarlo se transforma en seguida en algo distinto»⁶. A partir de aquí se entenderá como *bien jurídico* el objeto de protección de una norma, en contraposición con la propia validez de una norma como bien jurídico-penal.

8 2. a) Lo que se discute es desde qué punto de vista ha de establecerse lo que se tiene en cuenta como objeto de protección de la norma, e incluso si se debe utilizar un único criterio (teorías monistas), o si puede cambiar la perspectiva (teorías dualistas). Junto a la asignación (monista) de todos los bienes jurídicos al ciudadano individual⁷ se encuentran otras asignaciones a la sociedad, y a través de ella al ciudadano⁸, así como asignaciones (dualistas), que en los casos de bienes jurídicos individuales se dirigen al ciudadano, o en caso de bienes jurídicos estatales o supraindividuales se dirigen a la sociedad o al Estado⁹, y finalmente asignaciones (de nuevo monistas) sólo a la «comunidad jurídica»¹⁰.

9 b) La discusión se refiere a dos ámbitos de problemas que han de separarse convenientemente:

a') De entrada se trata de quién es el favorecido en definitiva por la «función protectora». Aquí cabe sostener que incluso la protección del individuo (vida, libertad, etc.) es necesaria sólo porque la sociedad necesita miembros con capacidad de acción, o porque, a la inversa, la protección del Estado (p. ej., ante la alta traición) o de las instituciones de la sociedad en su conjunto sólo se verifica porque el individuo necesita para sobrevivir el auxilio del Estado. Esta disputa acerca de la finalidad del Estado no se puede dirimir en relación con las normas jurídico-penales, y menos aún limitándose al concepto de bien jurídico. De todos modos, se descartan las soluciones radicales: Las normas penales están garantizadas mediante la conminación de reacciones formales, y por ello son tan poco concebibles sin un orden formal entre los individuos singulares como a la inversa una sociedad sin miembros¹¹.

10 b') Además, cabe preguntarse desde qué punto de vista ha de establecerse qué bienes, se asignen a quien se asignen, son dignos de protección y la necesitan. Este punto de vista es el público, aun cuando se trate de la protección de bienes privados, pues cuando se eleva algo a bien jurídico de una norma penal, ello quiere decir por definición que su protección se convierte en una tarea pública. Con ello, sin embargo, no se ha determinado qué bienes privados deben ser protegidos bajo tutela pública y qué bienes públicos necesitan protección penal. La doctrina de los bienes sirve de poco para decidir esta cuestión. La respuesta depende más bien de la dañosidad social de la conducta lesiva,

⁶ Welzel, ZStW, 58, pp. 491 ss., 509.

⁷ M. Marx, Definition, pp. 79 ss., y *passim*; Hassemer, Theorie, pp. 68 ss., con distinciones notables, pp. 233 ss.

⁸ SK-Rudolphi, núm. marg. 8 s., ante § 1; *el mismo*, Honig-Festschrift, pp. 151 ss., 161 s.; Calliess, Theorie, pp. 131 ss., 143 ss.

⁹ Tiedemann, Tatbestandsfunktionen, pp. 113 ss., 118 ss.; Schmidhäuser, Engisch-Festschrift, pp. 443 ss., 443 s., y la doctrina dominante, *vid.* sólo Maurach-Zipf, AT, I, § 19, núm. marg. 4 ss.; Schönke-Schröder-Lenckner, núm. marg. 10, ante § 13.

¹⁰ Binding, Normen, t. I, pp. 357 ss.

¹¹ *Vid.* Amelung, Rechtsgüterschutz, pp. 391 s.

con la que no se corresponde necesariamente la desvaloración del comportamiento lesivo para los bienes.

c') Por último, ha de establecerse la capacidad para disponer de un bien en tanto que se le encuentra digno de protección y necesitado de ella. La decisión no queda prejuzgada por la suposición de quién es el favorecido en definitiva. Así, en un modelo según el cual la protección de la propiedad no deba servir al individuo, sino a la vida económica general y a través de ello favorecer al Estado, se puede dejar la capacidad para disponer al ciudadano singular, p. ej., en la suposición de que su egoísmo garantiza un empleo económicamente óptimo. A la inversa, en un modelo en virtud del cual la protección del bien debe llevarse a cabo en favor del individuo, puede estar sujeta su capacidad para disponer, p. ej., si se le prescribe lo que es conveniente (la voluntad correcta del que posee la capacidad prevalece sobre su voluntad real). Pero, ante todo, los bienes que deben servir a todos los individuos sólo se pueden gestionar en común, de modo que incluso con un criterio individualista al reconocer los bienes no se puede soslayar la capacidad de disposición del Estado (p. ej., propiedad pública)^{11a}.

Con arreglo al Derecho vigente, la determinación de la capacidad se lleva a cabo de modo dualista —a excepción de los bienes absolutamente indisponibles, como p. ej. la existencia de la República Federal Alemana—; junto a los bienes cuya capacidad de disponer corresponde al individuo o a una agrupación de individuos, aparecen los bienes (disponibles en absoluto menos veces) que pertenecen al Estado o a otra persona jurídica de Derecho público, y los bienes cuya capacidad corresponde a la sociedad en general. De la capacidad de disposición depende el efecto (excluyente del tipo o justificante) del consentimiento (*infra* 7/114; 14/7).

— Cuanto más decrece la confianza en que los presupuestos de la vida y de la configuración de la vida de los ciudadanos se ajustarán por vías naturales mediante autorregulación del mercado o de otra forma, tanto más asume el Estado la administración de tales presupuestos y extiende, en su regulación final, la protección penal a estos presupuestos, que alcanzan el rango de bienes jurídicos: medio ambiente, salud pública, etc. En cuanto al principio, esto no constituye ninguna novedad; en puridad, toda institucionalización de la actividad estatal puede convertirse en bien jurídico; en esa medida los modernos fines del Estado no se diferencian de los clásicos (seguridad externa e interna). Pero los nuevos bienes presentan especialidades cuantitativas que diluyen el concepto de bien jurídico: su límite con lo adecuado socialmente es, cuando claro, objetivamente arbitrario (drogas prohibidas contra drogas permitidas), y en los demás casos un producto tan vago del arbitrio del Gobierno y de la Administración que la protección del bien amenaza con desaparecer detrás de la protección de la ejecutabilidad de las decisiones (medio ambiente). Pero no se ha deter-

^{11a} Zaczyk distingue originariamente entre bienes jurídicos constituidos interpersonalmente (Unrecht, pp. 165 ss.), bienes jurídicos de la sociedad (pp. 170 ss.) y bienes jurídicos del Estado de libertades (pp. 181 ss.); en función de su distinta constitución, les vincula distintas consecuencias para la tentativa, sobre todo para los defectos de la acción típica (pp. 231 ss.). Al respecto, *infra* 25/nota 57.

minado si el Estado social que administra la calidad de vida podría renunciar libremente a la protección de tales bienes jurídicos ^{11b}.

B. El concepto de bien jurídico

12 1. Un bien es una situación o hecho valorado positivamente. El concepto de situación se entiende, en este contexto, en sentido amplio, comprendiendo no sólo objetos (corporales y otros), sino también estados y procesos. Un bien llega a ser bien jurídico por el hecho de gozar de protección jurídica. Sin embargo, podría argumentarse que la protección jurídica constituye prueba suficiente y decisiva de la valoración positiva de la situación. El bien jurídico se determina entonces de modo positivista y el concepto abarca «todo lo que a los ojos de la ley, en tanto que condición de la vida sana de la comunidad jurídica, es valioso para ésta» ¹². La concreción de esta determinación conduce a una «enumeración un tanto desordenada de los “activos del ordenamiento jurídico”» ¹³, es decir, como fruto de la enumeración no cabe extraer teoría alguna de la sociedad, sino sólo las oscilaciones y compromisos en la práctica. También en esta variante positivista se halla aún un aspecto crítico para con el Derecho positivo ¹⁴: Si ha de existir un bien jurídico es que la ley debe considerar ya alguna situación como valiosa para la «vida sana», lo que falta cuando la ley regula modos de conducta cuyo rendimiento no es valioso para algo, sino que constituye un valor por sí mismo, especialmente cuando la ley prescribe un comportamiento moral como tal. De todos modos, este resto crítico del concepto de bien jurídico se puede reducir también concibiendo la definición del concepto tan elásticamente que incluya todo fin de regulación. El bien jurídico ha de entenderse entonces como «sentido y finalidad de las proposiciones jurídicas singulares» ¹⁵ o como «abreviatura de la idea de fin» ¹⁶.

13 2. Sin embargo, al concepto de bien jurídico le asigna la doctrina mayoritaria una función más fuertemente crítica. El valor de situación no debe ser renunciabile —el que el «mero actuar contra las buenas costumbres» o la «mera inmoralidad» por falta de lesión de bien jurídico no quepa definirlo como he-

^{11b} Inclinado a la renuncia, *Hassemer*, Arthur Kaufmann-Festschrift, pp. 85 ss., 90 ss.; *el mismo*, NSTZ, 1989, pp. 553 ss., 557 ss.; con bastante más reservas *AK-Hassemer*, núm. marg. 274 ss., ante § 1. Con detalles, en favor de la referencia de la protección del ambiente al individuo, rechazando la protección del ambiente por sí misma, *AK-Hassemer*, núm. marg. 276 ss., 280, ante § 1; *Bloy*, ZStW, 100, pp. 484, 487 ss.; distinguiendo, *Rengier*, NJW, 1990, pp. 2506 ss., todos con bibliografía.

¹² *Binding*, Handbuch, t. I, pp. 353 s.; *el mismo*, Normen, t. I, pp. 338 ss., 341 s. Sobre *Binding*, detalladamente, *Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 73 ss.; *Hassemer*, Theorie, pp. 42 ss.; *Sina*, Dogmengeschichte, pp. 41 ss.

¹³ *V. Liszt*, ZStW, 6, pp. 663 ss., 676, contra *Binding*; al respecto, *Frommel*, Präventionsmotive, pp. 115 ss.

¹⁴ *Vid. Hassemer*, Theorie, p. 47; *el mismo*, Arthur-Kaufmann-Festschrift, pp. 85 ss. (con razón, sobre la potencia crítica más reducida —por propensos a la ideología— de los bienes no personales, pp. 89 ss., 92 ss.); *AK-Hassemer*, núm. marg. 262 ss., 274 ss., ante § 1; *Amelung*, Rechtsgüterschutz, p. 80.

¹⁵ *Honig*, Einwilligung, p. 94; en conclusión, también *Maeck*, Opfer, pp. 26 ss.

¹⁶ *Grünhut*, Frank-Festgabe, t. I, pp. 1 ss., 8; *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung, p. 27; *vid. sobre ello, Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 130 ss.; *Hassemer*, Theorie, p. 49.

cho punible se puede señalar como una de las principales metas de la doctrina del bien jurídico— ¹⁷ y tampoco hay que atenerse para la determinación del valor a los «ojos de la ley». Más bien, la bondad del bien jurídico debe ser ya un «interés vital» antes de su reconocimiento jurídico. «No es el ordenamiento jurídico el que crea el interés, sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital a la condición de bien jurídico» ¹⁸, aun cuando no queda claro en virtud de qué criterios el Derecho positivo distingue entre los intereses que han de reconocerse y los que han de rechazarse (también los delincuentes persiguen intereses) ¹⁹. Con optimismo naturalista menos acusado, en lugar de la «vida» como creadora de intereses, aparece al menos en ocasiones la cultura. «Si se quiere conocer cómo han surgido los intereses, hay que estudiar la Historia de la Cultura, pero no se debe olvidar que algunos intereses fundamentales son innatos a la propia naturaleza humana» ²⁰. Ahora bien, obviamente, la indeterminación de la «cultura» (¿una cultura aislada del respectivo ordenamiento jurídico?) ²¹ como fuente de intereses debilita la potencia crítica.

3. a) Últimamente los esfuerzos se dirigen a conservar para el concepto de bien jurídico la relación (comprendida en el interés, valorable positivamente) ^{22 23} entre una persona y una situación, pero sin imponer al concepto la función de designar a las fuentes de estas relaciones valorativas (vida, cultura, ordenamiento constitucional, etc.) ²⁴. Con esta inclusión de la persona en el concepto de bien jurídico se puede encontrar lo valioso del bien jurídico mejor que mediante la mera enumeración de objetos. Desde luego que así pierde claridad el concepto, pero hay que aceptarlo, porque ciertamente no existe posibilidad de definirlo con mayor claridad. No obstante, la inclusión de la persona hay que precisarla aún. No se trata del acto de valoración realizado por la persona (que no necesita protección penal), sino de la posibilidad de que una persona realice sus intereses. La posibilidad asignada a una persona, referida a ella, consistente en el uso y disfrute de una situación valorada positivamente: eso es el bien jurídico. Ejemplo: bien jurídico de los delitos contra la propie-

¹⁷ *M. Marx*, Definition, pp. 84 ss.; *Roxin*, JuS, 1966, pp. 377 ss., 382; *Rudolphi*, Honig-Festschrift, pp. 151 ss., 162, 165; *Jaeger*, Strafgesetzbuch, pp. 29 ss., y *passim*; *Worms*, Bekenntnisbeschimpfung, pp. 80 ss. y otras. De otra opinión, *Preiser* ZStW, 82, pp. 655 ss., 658; también *Peters*, Würtenberger-Festschrift, pp. 77 ss., 78 s.

¹⁸ *V. Liszt* Strafrecht, 5, § 3 I 1, con nota 1; *el mismo*, ZStW, 6, pp. 662 ss., 673; *el mismo*, ZStW, 8, pp. 133 ss.

¹⁹ Para la crítica, *vid. Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 82 ss., 95.

²⁰ *M. E. Mayer*, Strafrecht, p. 21, subrayando, con razón, la distinción entre la función disolvente y configuradora del Derecho penal; *el mismo* Rechtsnormen, pp. 14 ss.; *vid. asimismo Lampe*, Welzel-Festschrift, pp. 151 ss. Acerca de las teorías neokantianas, con detalle, *vid. Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 125 ss.

²¹ Negándolo, *M. E. Mayer*, Rechtsnormen, pp. 23 s.

²² El concepto se mantiene a veces; *Baumann-Weber*, AT, § 12, II, 3 a; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 189, II, núm. marg. 10.

²³ *M. Marx* Definition, p. 67; *Sina* Dogmengeschichte, pp. 60 ss., 96 ss.; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen, p. 115; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 210.

²⁴ Desde luego, también el Derecho penal puede realizar (temporalmente) antes la relación valorativa. Ciertamente hay que conceder que el Derecho penal es menos apropiado para impulsar la evolución; pero de ahí no se deduce que por principio sólo pueda ir a remolque; acertadamente, *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 51; *Kunz*, Bagatellprinzip, pp. 136 ss., 144; *de otra opinión, SK-Rudolphi*, núm. marg. 5, ante § 1.

dad no es la cosa sobre la que recae la propiedad, sino la relación de posibilidad de utilización entre propietario y cosa.

- 15 b) Partiendo del criterio expuesto, los bienes jurídicos se definen, p. ej., como «objetos en su relación con las personas»²⁵, «unidades funcionales valiosas»²⁶, «potenciales»²⁷ o «participales» (*Partizipalien*), es decir, «condiciones de posibilidad de participar en la interacción social»²⁸. En lo sucesivo se adoptará el concepto de unidad funcional. En este concepto se pone de manifiesto que no cualquier objeto de regulación de una norma es un bien jurídico, sino sólo aquel que ha de desempeñar alguna función para la sociedad o para uno de sus subsistemas, incluido el ciudadano. Este concepto evita, además, el malentendido de que un bien jurídico deba referirse a algo perceptible sensorialmente o a un objeto similar. Desde luego, el concepto de unidad funcional tampoco resuelve el problema de qué funciones han de reconocerse como jurídicamente legítimas (también una asociación delictiva es una unidad funcional); en esta medida el concepto no ofrece ventaja alguna frente al de interés: este punto flaco es inherente, por su constitución, a todo concepto de bien jurídico.

C. Normas no referidas a bienes jurídicos

- 16 1. a) Muchos contenidos de normas del Derecho vigente no cabe explicarlos si se busca el fin de la norma sólo en la protección de bienes jurídicos, como sucede, entre otras, con las modalidades de hecho, de carácter objetivo y subjetivo, irrelevantes en relación con una lesión de bienes jurídicos. La protección de bienes jurídicos, por tanto, no alcanza a explicar todos los elementos del delito. Ni siquiera es necesaria para todos los delitos. La equiparación de fin de la norma y protección de bienes jurídicos o de delito y lesión de bienes jurídicos fracasa sobre todo en los delitos con infracción de un deber especial derivado de competencia institucional.

- 17 b) Por lo regular, el comportamiento que se espera del autor se agota en algo negativo: El autor no debe realizar comportamiento alguno que entrañe una lesión (*infra* 7/56; 21/16 ss.; 28/14; 29/29 ss.). En los casos de deberes especiales por responsabilidad institucional, sin embargo, debe existir entre el autor y el bien una relación positiva, es decir, una dedicación —no necesariamente interesada—, en el caso ideal una comunidad vital (*infra* 7/70; 21/115; 25/43 ss.; 28/25; 29/57 ss.). A causa de esta comunidad le afectan al autor expectativas especiales de comportamiento, cuyo contenido no se puede reflejar (deberes especiales que fundamentan pena, delitos especiales propios), o sólo incompletamente (deberes especiales que agravan la pena, delitos especiales impro-

²⁵ M. Marx, Definition, p. 67; similarmente, Worms, Bekenntnisbeschimpfung, pp. 79, 85 s., y *passim*.

²⁶ SK-Rudolphi, núm. marg. 8, ante § 1; Rudolphi, Honig-Festschrift, pp. 151 ss., 163; Otto, en: Strafrechtsdogmatik, pp. 1 s., 8.

²⁷ Loos, Welzel-Festschrift, pp. 879 ss., 888.

²⁸ Calliess, Theorie, pp. 143 ss.; esta definición no se ajustará al menos a aquellos bienes que (también) sirven para negar la participación en la interacción (p. ej., la esfera íntima).

pios), si se atiende a la no lesión de un bien²⁹. La expectativa que se refiere a un deber especial no se deriva de la existencia actual de bienes, sino de la función que se le prescribe al autor para que se adapte a una institución. Si hay que esforzarse por obtener un concepto de bien jurídico no se puede atender a las unidades funcionales ya existentes y a su aseguramiento, sino que como unidad funcional ha de definirse la institución que debe gestionar el autor. La institución sólo es una unidad funcional si está intacta, para lo cual, a su vez, el autor debe desempeñar su papel. La relación del autor no es precisamente sólo negativa. Ejemplos: Quien maltrata a una persona confiada a su cuidado (§ 223 b del StGB) no realiza —junto a las lesiones, que no son delito especial— una vulneración de la relación de guarda, sino que la relación de guarda no existe en absoluto como unidad funcional (y no sólo como derecho) en caso de malos tratos. Del mismo modo, tampoco tienen lugar verdaderas administraciones patrimoniales de tutoría en caso de infidelidad (§ 266 del StGB), ni desempeño correcto de función pública en caso de cohecho (§ 332 del StGB)³⁰, ni administración de justicia en caso de prevaricación. Naturalmente, a la existencia de todo bien jurídico le es connatural que no se produzca su lesión; pero en los delitos especiales el bien jurídico como unidad funcional surge sólo cuando el sujeto del deber (el obligado) desempeña el papel que le está asignado en la institución. En los delitos especiales no se trata, pues, de la perturbación de unidades funcionales existentes, intactas en sí, sino de la negativa a dejarse integrar en la producción de una unidad funcional. En los delitos de propia mano se verifica un correlativo desplazamiento de la lesión del bien jurídico a la no-producción de bienes jurídicos.

2. Así pues, no cabe considerar que el núcleo de todos los delitos sea la lesión de un bien jurídico. Tal conclusión se ha modificado en el sentido de que el núcleo de todos los delitos sólo se hallaría en el incumplimiento de un deber³¹. Este incumplimiento de deber no ha de ser sólo un nombre que designe lo que tienen en común los delitos de lesión de un bien jurídico y los delitos especiales. Más bien, con la fórmula del delito como incumplimiento de un deber se alude a algo más que a un supraconcepto, es decir, a una concepción de todos los delitos a la manera de los delitos especiales. Nunca ha de tratarse de la lesión de un bien jurídico mediante la inobservancia de la relación sólo negativa (¡no lesionar!), sino siempre de la negativa a comportarse con-

²⁹ Desde luego, el concepto de bien jurídico se puede expandir de forma que abarque también todos los posibles elementos del delito, y con ello también los deberes especiales (así, p. ej., Mezger, ZStW, 57, 675 ss., 697; AK-Hassemer, núm. marg. 282, ante § 1), lo que sin embargo se ha criticado desde hace tiempo con razón como «noche para los conceptos, que hace desaparecer todas las diferencias» (Welzel, ZStW, 58, pp. 491 ss., 511, nota 30).

³⁰ La concepción de los §§ 331 ss. StGB como delitos para mantener la disposición de la ciudadanía a aceptar las decisiones de la autoridad (Loos, Welzel-Festschrift, pp. 879 ss., 890) abandona la unidad funcional, encaminándose hacia la protección de sentimientos; sobre ello, en seguida, *infra* 2/19.

³¹ Schaffstein, DStr. 2 (1985), pp. 97 ss.; *el mismo*, en: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft (1935), pp. 108 ss.; matizadamente, *el mismo*, DStrR, 4 (1937), pp. 335 ss.; Dahm, ZStW, 57, pp. 225 ss.; distinguiendo notablemente Welzel, ZStW, 58, pp. 491 ss., 509 ss.; Gallas, Gleichspach-Festschrift, pp. 50 ss., 67 ss. Exposición detallada en Amelung, Rechtsgüterschutz, pp. 216 ss.; *vid. asimismo*, Sina, Dogmengeschichte, pp. 79 ss.; Marxen, Kampf, pp. 177 ss.; Frommel, en Strafrecht, pp. 86 ss.

forme al papel asignado en una institución, o sea, como ciudadano, patriota o similar. La confusión de relación sólo negativa y delitos especiales elimina una diferenciación dogmáticamente fructífera (*vid.* las referencias 2/17). Históricamente, la concepción esbozada del hecho punible como incumplimiento de un deber se ve negativamente afectada por los intentos de inspiración nacional-socialista de definir los deberes primariamente no por el comportamiento externo, sino por actitudes ³².

- 19 3. a) a') La concepción de la finalidad de la norma como protección de bienes jurídicos no se ajusta a aquellas normas que deben proteger directamente la paz social sin pasar por la protección de bienes ³³, como p. ej. ³⁴, las prohibiciones de maltratar a los animales ³⁵ (§ 17 de la TierschutzG), de las injurias a la religión (blasfemia) ^{35a} (§ 166 del StGB), del incesto ^{35b} (§ 173 del StGB), del exhibicionismo (§ 183 del StGB) y la provocación de escándalo público (§ 183 a del StGB). Cabe armonizar estos delitos con la teoría del bien jurídico, interpretándolos como delitos de peligro extremadamente abstracto, que prohíben el ataque simbólico a bienes concretos. Así como el § 90 a del StGB protege al Estado en sus símbolos, en los casos mencionados, según esta concepción, se protege la vida humana, la libertad religiosa o la autodeterminación sexual, etc. La necesidad de una protección tan marcadamente anticipada puede defenderse siempre fácilmente y por ello no proporciona fundamentación alguna; por decirlo gráficamente: Incluso la prohibición de infringir las reglas de urbanidad en la mesa se prodría «explicar» como protección abstracta frente a la barbarie ³⁶. Además, cabe vincular un bien a la protección de sentimientos del afectado, convirtiéndose al bien en una magnitud dependiente sólo de la sensibilidad del afectado, pudiendo por tanto abarcar todo ob-

³² Tampoco la teoría de la lesión del bien jurídico ofrece protección contra este peligro: Lesión del bien jurídico, infracción de deber y principio del hecho son tres cosas distintas; sobre ello, ya *supra*, nota 2. En general, hay que dudar de que la teoría de la lesión del bien jurídico tenga un contenido «liberal» por principio; sobre ello, acertadamente, *Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 257 ss.

³³ En relación con el texto que sigue, *vid.* *Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 344 ss., 371 ss.; *Hassemer* Theorie, pp. 160 ss., y *passim*.

³⁴ La prohibición, que se suele aducir en este contexto, de ofender la memoria de los difuntos (*Hassemer*, Theorie, pp. 177 ss.; *SK-Rudolphi*, núm. marg. 11, ante § 1, entre otros) cabe interpretarla como protección de bienes jurídicos si los §§ 185 se conciben no sólo como orientados a la protección del individuo, sino también como protección de los principios de imputación informales frente a un uso que los falsee; sobre ello, *Jakobs*, *Jescheck-Festschrift*, pp. 527 ss., 636 s.

³⁵ Sobre ello *vid.* *Gallas*, Beiträge, pp. 1 ss., 13; *Roxin*, JuS, 1966, pp. 377 ss., 382, nota 20; *Stratenwerth*, Leitprinzipien, pp. 7 ss., 25; *Hassemer*, Theorie, p. 154; *Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 346, 378; *Wiegand*, Tierquälerei, pp. 136 s. (la protección de los animales como protección del ambiente).

^{35a} Un intento de interpretarlo como delito contra la persona (vulneración de la «relación de reconocimiento») se encuentra en *Worms*, *Bekennntnisbeschimpfung*, pp. 132 ss., 140; como prohibición de poner en peligro abstracto interpreta la norma *Fischer*, GA, 1989, pp. 445 ss.

^{35b} Al respecto, *Jung*, *Lefferenz-Festschrift*, pp. 311 ss., con bibliografía.

³⁶ En el Proyecto de 1962 los hechos punibles contra la moralidad (¡en sentido estricto!) aparecen en la Fundamentación, como delitos de peligro abstracto sobre bienes jurídicos por reconocer; *vid.*, p. ej., en relación con el § 203 (Trasmisión artificial de esperma?), *Begründung*, pp. 356 s.; sobre el § 216 (sodomía), *Begründung*, p. 376; sobre el § 220 a (exhibición impúdica), *Begründung*, p. 384.

jeto de regulación de una norma, aun cuando no se trate de una unidad de funcionamiento objetiva ³⁷.

b') Lo determinante sería que una infracción de las prohibiciones mencionadas despierta temores muy heterogéneos, que van desde imaginaciones difusas sobre posteriores consecuencias dañosas hasta la defensa frente a tales conductas por propia iniciativa. El comportamiento se prohíbe por estos efectos desorientadores ³⁸, que no resultan compensados por utilidad social alguna: se protege la paz social. Que la inquietud producida por el comportamiento pueda basarse en una falta de ilustración no importa nada; un sociedad no ilustrada y un Derecho penal ilustrado no son compatibles ³⁹.

b) Pero al menos ha de pretenderse la protección de la paz jurídica. Los contenidos del comportamiento de otras personas no pueden regularse jurídicamente por esos mismos contenidos. Un comportamiento sin efectos exteriores, ni objetivamente ni según opinión de los conciudadanos, queda al margen del ámbito del comportamiento que ha de regularse penalmente, por falta de referencia social, como mera inmoralidad. Qué es lo simplemente inmoral no cabe desde luego averiguarlo sin presuposiciones sobre la conformación de la sociedad. El hecho de que, p. ej., la muerte de una persona contrahecha no sea meramente inmoral, pero sí lo sea la actividad lésbica, rige sólo para sociedades que consideran cada existencia como asunto público, pero no así la actividad sexual consentida de los individuos. Para las sociedades que se definen como bastión de élites biológicas, la decisión puede ser la contraria; las sociedades que elevan a asunto público el perfeccionamiento de sus miembros pueden penalizar las dos formas de conducta mencionadas. No hay, pues, un límite absolutamente válido entre comportamiento simplemente inmoral, por una parte, y lesión de bienes jurídicos, incumplimiento de deberes especiales y perturbación de la paz social, por otra; ahora bien, sí puede determinarse el límite relativamente para una sociedad de características determinadas ^{39a}.

III. CRITICA DE LA TEORIA DE LA PROTECCION DE BIENES JURIDICOS

A. El rendimiento positivo de los esfuerzos por conseguir un concepto de bien jurídico es escaso. Pero además hay dos objeciones básicas añadidas: 22

1. Por una parte, la teoría del bien jurídico puede concebir el bien en relación con su titular, pero no demostrar la necesidad de asegurar el bien tam-

³⁷ Contra las teorías de la protección del sentimiento, con razón, *Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 346 s., y *passim*; *Fischer*, GA, 1989, pp. 445 ss., 456 ss.

³⁸ Fundamental, *Hassemer*, Theorie, pp. 126 ss., 192; *vid.* también EGMR NJW, 1984, pp. 541 ss., 54 s.

³⁹ Los partidarios de la teoría de la protección de bienes jurídicos reconocen como excepción en ocasiones los delitos contra la paz (*SK-Rudolphi*, núm. marg. 11, ante § 1; *Hanack*, 47, DJT, t. I, parte A, pp. 32 s.; *de otra opinión*, *Rudolphi*, *Honig-Festschrift*, pp. 151 ss., 165 s.).

^{39a} *Vid.* *Kunz*, Bagatellprinzip, pp. 156 ss., 161, 167.

bién jurídico-penalmente⁴⁰. Ejemplo⁴¹: La veracidad de una información es siempre un bien para el destinatario, pero sólo en contados casos está reconocida como bien jurídico. Por eso hay que injertar la dañosidad social en la lesión del bien desde fuera, para poder calificarla de lesión de bien jurídico. Qué unidades de funcionamiento puedan elevarse a bienes jurídicos por su significación social no lo puede determinar la doctrina del bien jurídico, como tampoco fundamentar que la protección de las normas siempre ha de ser aplicable a bienes. *La configuración del orden que ha de proteger el Derecho penal no viene definida por todos los bienes y no siempre sólo por bienes*. La suma de todos los bienes jurídicos no forma «el orden social»⁴², sino que constituye sólo un sector de éste, que además sólo se puede caracterizar si es que se conocen los límites del orden social. Sólo el interés público en la conservación de un bien lo convierte en bien jurídico, y el interés público no siempre se refiere sólo a la conservación de bienes.

23 2. Por otra parte, ni siquiera los bienes que ha de reconocer el Derecho penal disfrutan de protección absoluta. La sociedad no es una institución para la conservación de bienes o para optimizarlos; en realidad, a veces se sacrifican bienes para posibilitar el contacto social (lo que puede designarse a su vez como un bien). Qué riesgos haya de soportar un bien en el contacto social sin protección jurídico-penal no se puede deducir de los bienes que se insertan en el contacto social; pues dichos bienes no tienen rango alguno determinable antes de su empleo en el contacto social, sino que «en realidad sólo hay bienes jurídicos si (y en la medida en que) están desempeñando una “función”, es decir, en la medida en que están en la vida social surtiendo efectos y recibéndolos. La vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc., no están simplemente “ahí”, sino que su esencia reside en desempeñar una función, es decir, en la conexión social de ejercer efectos y recibirlos»⁴³. Por ello, una norma no puede proteger a un bien —siempre que se trate de protección de bienes— contra todos

⁴⁰ Fundamental, *Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 331 ss., 350. *Amelung* repite en su desarrollo de la teoría del daño social la confusión, ya planteada en la teoría del bien jurídico, de bien jurídico-penal con el bien protegido por la norma, es decir, con el bien jurídico tal como se lo concibe comúnmente. El Derecho penal protege, como condición de existencia de la sociedad sólo la vigencia de las normas, es decir, la firmeza ante la defraudación de las expectativas, y por tanto dañoso socialmente y hecho punible es un hecho no por sus efectos externos, sino porque pone en cuestión la validez de la norma (así también *Amelung*, *op. cit.*, p. 361). Dada esta situación, el «lugar de determinación de los efectos socialmente dañosos del delito» no reside ya en los «procesos de interacción» perturbados por el hecho como suceso externo (así, no obstante, *Amelung op. cit.*, pp. 385 s.), sino sólo en la validez de la norma. Sólo así cabe explicar el distinto tratamiento —señalado incluso por *Amelung*, *op. cit.*, p. 388— de los casos de asesinato y de los accidentes de circulación mortales.

⁴¹ Según *Hassemer*, Strafrechtsdogmatik, pp. 129 ss.

⁴² Así, no obstante, *Welzel*, Strafrecht, § 1, I, 1, entre otros; notablemente más matizado (el bien jurídico como «topos de argumentación»), *AK-Hassemer*, núm. marg. 289, ante § 1.

⁴³ *Welzel*, ZStW, 58, pp. 491 ss., 515. *Rudolphi* (Honig-Festschrift, pp. 151 ss., 162 ss.; *SK-Rudolphi*, núm. marg. 8, ante § 1) intenta incorporar al concepto de bien jurídico la dinámica de las relaciones sociales. Entonces, el bien jurídico y sus posibilidades de existencia se imbrican: Al menos las intervenciones socialmente adecuadas sobre un bien se convierten en aniquilación de éste según el concepto (frente a estas intervenciones, el objeto no es un bien). En la necesidad de un cambio de perspectiva desde el bien hacia la dañosidad social (¿qué es un bien, qué es un bien digno de protección, con qué alcance ha de prestarse protección?) no altera nada la limitación del concepto de bien jurídico a los bienes protegidos en concreto.

los riesgos, sino sólo contra aquellos que no sean consecuencia necesaria del contacto social permitido. Pero qué sea un contacto social permitido no lo puede dilucidar la doctrina del bien jurídico: Toda la teoría de la imputación, a excepción de la causalidad entre acción y resultado (en la omisión: entre acción hipotética y resultado de salvación), así como en todo caso algún elemento del estado de necesidad agresivo (ponderación de bienes), se hallan tan fuera de la perspectiva de la doctrina de los bienes como la limitación del ataque punible a los bienes en numerosos delitos por medio de modalidades de hecho subjetivas u objetivas o —especialmente en los nuevos «bienes jurídicos de amplio espectro»^{43a} como el «ambiente»— por medio de patrones permitidos por el Derecho administrativo. ¡Inténtese aclarar la configuración del tráfico rodado permitido mediante los bienes que participan en este contacto social!

24 B. A pesar de estos dos defectos de partida de que adolece la doctrina del bien jurídico, no es mejor rechazar rotundamente esta doctrina y determinar siempre el delito por medio de la dañosidad social del comportamiento, sin intermediación de un bien jurídico⁴⁴. Prescindiendo de que esta vía presupone también determinar previamente la configuración del Estado y de la sociedad que ha de mantenerse, pero que por ella no se obtiene⁴⁵, es lo cierto que la configuración social se concreta por ámbitos en bienes. Este concretarse en bienes tiene la función de abreviar la cuestión de la concreta dañosidad social de cada lesión de bien jurídico mediante la remisión a la importancia general del bien, pero de relativizar al menos el peso de la concreta dañosidad social. Especialmente en bienes altamente personales (no transferibles o no confiables al aprovechamiento por otros), pero atenuadamente en todos los bienes, las unidades de función son un medio con el que se debe garantizar la equiparación según la medida de la lesión imputable del bien⁴⁶. Dicho gráficamente: En un homicidio no debe plantearse la cuestión del valor social de la víctima muerta. La condición de punibilidad que ha de aplicarse en el recurso directo a la dañosidad social en todos los delitos, consistente en que el hecho debe ser apropiado para perturbar la paz social, obliga a hacer diferenciaciones que en los delitos que protegen bienes son incompatibles a su vez con la paz social⁴⁷. Lo que aquí se mantuvo acerca de la justificación relativa de la doctrina de los bienes es aplicable correlativamente a las instituciones en los delitos especiales. Naturalmente, en el ámbito de la concreción del orden social en bienes o ins-

^{43a} *Baratta*, KrimJ, 1984, pp. 132 ss., 137; *Seelmann*, NJW, 1990, pp. 1257 ss., 1258 s.; *vid. asimismo supra*, 2/nota 11 b.

⁴⁴ Así, no obstante, *Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 393 ss.; sobre ello *Montenbruck*, Abwägung, pp. 76 ss.

⁴⁵ *Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 363, con nota 67, 382; *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 59; *Neumann* y *Schroth*, Theorien, pp. 112 ss.

⁴⁶ Dado que el bien jurídico ha de entenderse como relación, puede tenerse en cuenta el efecto coactivo que la pérdida tiene para el titular. No obstante, el uso y disfrute legales del titular, dado el mismo efecto coactivo, no pueden diferenciarse por su mayor o menor utilidad social (esta función de parachoques —*Pufferfunktion*— de los bienes la pasa por alto *Maeck*, Opfer, pp. 31 ss.). Ejemplo: Un delito contra el patrimonio es más grave según que la pérdida fuerce a la víctima a mayores limitaciones en su modo de vida (debiéndose decidir objetivamente la cuestión de si a la víctima «le queda» aún lo suficiente); pero la pérdida de capital para invertir y de una suma prevista para repartir entre los colaboradores cuentan igual. *Vid.* BGH, 29, pp. 319 ss., 323.

⁴⁷ Sobre ello también *Amelung*, Rechtsgüterschutz, p. 390.

tuciones no se garantiza protección absoluta alguna; los elementos del alcance de la protección (la imputabilidad de la lesión del bien, así como de las modalidades de su ataque) deben añadirse al bien o a la institución siempre desde fuera.

- 25 C. En definitiva, no cabe prescindir del filtro de la dañosidad *social*, y las normas que pasan ese filtro en parte son normas protectoras de bienes jurídicos, en parte normas para la creación de bienes jurídicos (delitos especiales y delitos de propia mano) y en parte normas para proteger la paz jurídica. Lo importante es que la punibilidad se oriente no a lo *disvalioso per se*, sino siempre a la dañosidad *social*. Incluso el acuerdo acerca de la fórmula de que el Derecho penal sólo debe proteger las condiciones de existencia de la sociedad rinde escaso fruto, pues no hay frontera obligatoria alguna de lo social y consecuentemente tampoco hay *numerus clausus* de las condiciones de existencia: Ejemplo: El que la violación —como ocurre en el Derecho vigente— sea un delito específico (y no meras coacciones) sólo fuera del matrimonio o también dentro del matrimonio puede depender, además, entre otras circunstancias, de si el matrimonio se concibe como apertura de un amplio ámbito privado o de si la autodeterminación (libertad) sexual se entiende ampliamente como tarea pública. En este último caso, con el ámbito de lo relevante públicamente crece el ámbito de las condiciones de existencia de la *sociedad*.

IV. CASOS DE ANTICIPACION

- 25a A. Un comportamiento no constituye una perturbación social sólo cuando se ha producido completamente un daño en el bien jurídico, o el autor ha abandonado irreversiblemente su papel, o cuando concurre por completo un suceso perturbador de la paz jurídica. Bien *jurídico-penal* es la validez fáctica de las normas, que garantizan que se puede esperar el respeto a los bienes, los roles y la paz jurídica (*supra* 2/2). Esta validez se ve menoscabada cuando por el comportamiento del autor se pone de manifiesto la correspondiente falta de consideración. Ejemplo: Quien dispara a una víctima, pero no acierta, no se sustrae a la pena con el argumento de que no hay infracción de la norma por falta de lesión completa o incluso muerte de la víctima; más bien ocurre que también en caso de ataque a la vida o a la salud sin consecuencias se ve menoscabada la validez fáctica de las normas para la protección de estos bienes.

Para determinar el comienzo de tal ataque no se atiende a la protección óptima de la víctima (para ello sería conveniente definir como ataque ya los malos pensamientos del autor), sino también al interés de cualquiera, incluido, por tanto, el autor, en una esfera interna (libre de responsabilidad social)^{47a}. Se trata del problema de la determinación del *comienzo de la tentativa* y de la punición de los *actos preparatorios* (*infra* 25/1 ss.), donde la solución se puede formular con el lema de que tanto al autor como a la víctima le está garantizado un ámbito de organización propio; *consiguientemente, la validez fáctica de la norma sólo se ve menoscabada cuando el autor se arroga una organización que no le está asignada*.

- 25b B. 1. También se produce una anticipación cuando, en lugar del bien jurídico o en lugar de la institución de la que es propio un determinado papel,

^{47a} Jakobs, ZStW, 97, pp. 751 ss., 753 ss.

se protegen independientemente, como bienes de un ámbito previo (*Vorfeld*), ya las condiciones de existencia del bien o de la institución. Ejemplos: La protección de la vida y la salud se lleva a cabo también mediante la protección de la seguridad del tráfico rodado o del buen estado de los alimentos; el funcionamiento de un proceso justo presupone que los respectivos actores no confundan sus papeles (§ 356 del StGB). En este ámbito no se trata de que al autor respete demasiado poco el bien jurídico o la institución en la que desempeña su papel, sino de que, sin consideración a la capacidad del participante concreto, se han de garantizar determinados estándares. Ejemplo: El que para la culminación del proceso es importante que un testigo diga la verdad no lo puede decidir cada testigo según su capacidad de percepción, si es que se quiere que funcionen procesos justos.

También en este ámbito de los *delitos de peligro abstracto* hay que considerar que totalizar la protección de los bienes singulares conlleva simultáneamente minimizar la libertad y la esfera privada. Que comprar un cuchillo no fuese punible ya como tentativa de homicidio serviría de poco al principio del hecho si se considerase —aunque se limitase a una compra «con fines antijurídicos»— punible como delito de peligro abstracto. Al igual que en la tentativa, en estos delitos el autor sólo se sale de su esfera privada cuando se arroga poder de organización (con detalle *infra* 6/86 ss., 25/1 ss.).

2. El límite entre bienes jurídicos como unidades funcionales y bienes del ámbito previo discurre muy vagamente, pues también ese ámbito previo se halla en el contexto de la función. Así, se puede considerar, p. ej., a la seguridad del tráfico como bien del ámbito previo para la vida y la salud (entre otros) de los participantes en el tráfico o como como bien jurídico que corresponde a la generalidad. Esta posibilidad de reformularse tan pronto en un ámbito como en otro es inocua con tal que se trasladen simultáneamente las cautelas propias del ámbito de procedencia. Así pues, lo que en el ejemplo es ilegítimo para el ámbito previo de la vida y la salud lo sigue siendo para un bien jurídico propio «seguridad del tráfico rodado».

C. 1. La validez fáctica de la norma es asunto tanto del autor como de la víctima; el autor debe respetar la norma, la víctima debe estar tan segura en su expectativa de que la norma se va a respetar que pueda orientar su conducta por esta idea. La seguridad de la víctima en la expectativa se puede atacar también sin infringir la norma, p. ej., fingiendo ante ella que la norma no está vigente o —lo que es en la práctica más importante— que en breve se va a infringir, o creando de otro modo condiciones que hagan dudar a la víctima sobre la base cognoscitiva de la seguridad en las expectativas.

2. En tales formas de conducta ha de distinguirse:

a) El autor puede propagar que una norma es ilegítima, p. ej., recompensando o aprobando su contravención (§ 140 del StGB), o puede presentar como deseable el trato violento entre las personas (§ 131 del StGB)^{47b}, etc., es decir, crear un *clima* hostil al Derecho en el que, si cunde, las normas desautorizadas se podrían infringir en masa. En tales casos, el autor se arroga un juicio sobre normas, pero no una organización a él no asignada. El autor tampoco

^{47b} Más ejemplos en Jakobs, ZStW, 97, pp. 751 ss., 779 ss.

incita a acción alguna, sino que «sólo» interpreta el mundo en sentido contrario a la ley penal. Es decir, manifiesta una opinión —quizá extrema—, pero nada más ^{47c}. En un Estado de libertades le debe estar permitido al ciudadano también tener opiniones críticas sobre las leyes penales con tal que las observe; por eso, los delitos tipificados para proteger determinado clima son señal de déficit en libertades ^{47d}. Son tanto antes necesarios cuanto más frágil es en realidad la legitimación del Derecho penal, pues se la puede atacar de modo tan persuasivo.

b) El autor puede atacar, además, la seguridad de la expectativa mediante la alteración de su base cognoscitiva, colocando a la víctima en una situación en la que ya no puede contar con que la norma vaya a ser respetada. Cuando ello sucede de modo distinto a mediante comunicación de una verdad (informe de un ataque que amenaza producirse), se trata de una arrogación de organización por parte del autor: Éste amenaza a la víctima misma con un delito expresa o concluyentemente (p. ej., mediante la incitación pública al hecho) o finge ante ella la existencia de una amenaza; con motivo del delito realmente próximo, o bien de la ficción, a la víctima no le queda ya posibilidad de orientarse racionalmente como si no fuese a verse afectado por el delito. Tal menoscabo de la seguridad de la expectativa es un *injusto parcial* derivable del delito anunciado en cada caso como inminente, castigado principalmente en los §§ 126, 241 del StGB ^{47e}.

V. ¿SUBSIDIARIEDAD DE LA PUNICION ESTATAL?

26 A. Se suelen considerar legítimas las normas jurídico-penales sólo cuando su función no la pueden asumir otros instrumentos de regulación del contacto social, sea mediante disuasión policial o asistencia jurídico-pública o responsabilidad civil o autoprotección de la víctima, así como mediante instituciones de control social u otras: el llamado *principio de subsidiariedad* ⁴⁸. La intercambiabilidad de pena y medida de seguridad (§ 67, párrafo 4 del StGB) y la prevalencia del fin de la medida de seguridad (§ 67, párrafo 5 del StGB) representan —junto a otras instituciones de Derecho material (§§ 47, 56, 57 del StGB, entre otros) y procesal (§§ 153 ss. de la StPO)— manifestaciones jurídico-positivas masivas de tal principio. En los supuestos más veces citados (re-

^{47c} Vid. Grünwald, Vom Nutzen und Nachteil, t. II, pp. 489 ss., 503 s.; Fetscher, op. cit., pp. 506 ss.; Müller-Dietz, Arthur Kaufmann-Festschrift, pp. 95 ss.

^{47d} Casi abiertamente confesado en BT-Drucksache VI/3521, p. 6, donde se concede para el ensalzamiento del poder que hay que partir de tener que proteger de desarrollos defectuosos también a los adultos: Esto no debe querer decirse en tono totalitario, pero sí paternalista, y difícilmente libertario. De modo totalmente semejante acerca de la recompensa y aprobación de infracciones penales, AK-Ostendorf, § 140, núm. marg. 3: Se acepta la censura cuando se dirige a evitar la disposición al delito.

^{47e} Sobre otra penalización de injusto parcial, vid. Jakobs, ZStW, 97, pp. 751 ss., 777 s.; Kühl, NJW, 1987, pp. 737 ss., 743 ss.

⁴⁸ Roxin, JuS, 1966, pp. 377 ss., 382; Zipf, Kriminalpolitik, § 3, 2.5; Maurach-Zipf, AT, I, § 2, núm. marg. 13 ss.; Arthur Kaufmann, Tendenzen, pp. 33 ss.; el mismo, Henkel-Festschrift, pp. 89 ss., 100 ss.; SK-Rudolphi, núm. marg. 14, ante § 1; Roos, Entkriminalisierungstendenzen, pp. 215 ss.; Brandt, Bedeutung, passim. Vid. también Amelung, JZ, 1982, pp. 617 ss., 618 s.

ducción de la interrupción punible del embarazo) no se trata obviamente de la subsidiariedad del Derecho penal, sino de que la evolución social rechaza total o parcialmente ciertas normas: ya desaparece la decepción de expectativas, o se reduce.

B. El principio de subsidiariedad constituye la variante penal del principio constitucional de proporcionalidad, en virtud del cual no está permitida la intervención penal si el efecto se puede alcanzar mediante otras medidas menos drásticas ⁴⁹. El principio de proporcionalidad sólo rige, sin embargo, cuando los costes de la medida alternativa afectan a una persona que es responsable del conflicto a resolver (entendidos los costes en el sentido de cualquier pérdida, incluida la renuncia al contacto social). Del principio no ha de deducirse que la pena se convierta en ilegítima cuando el conflicto se puede prevenir o resolver a costa de cualquiera en lugar de con la pena. Dicho llanamente: todo conflicto puede solucionarse mediante la renuncia al contacto social, así como otros muchos mediante la autoprotección de la víctima, pero la obligación de asumir estos costes no se puede fundamentar por lo general aduciendo que son menos gravosos que la pena.

C. Dada esta situación, el principio de subsidiariedad sólo puede aplicarse, en tanto que desplaza el gravamen, cuando la persona gravada alternativamente es responsable del conflicto con independencia de este principio. Ejemplo: El delincuente es un caso que claramente requiere asistencia, la autoprotección es una medida desde luego conveniente ⁵⁰, etc.

La relevancia práctica del principio se limita además por la exigencia de que la medida menos drástica debe ser aplicable en general (por grupos de delitos o de autores) si se quieren evitar resultados aleatorios. Por ello se descartan como medidas alternativas, p. ej., las medidas que sólo se pueden imponer a autores acomodados (confiscación patrimonial en lugar de pena privativa de libertad), aun cuando serían eficaces.

⁴⁹ BVerfG, 39, pp. 1 ss., 44 ss., 46 ss. Lo pone en duda acertadamente (¿Es el efecto la validez de la norma o la conservación del bien?) Driendl, Strafgesetzwissenschaft, pp. 33 ss., 37.

⁵⁰ Ello lo pone con razón de relieve especialmente Hillenkampf, Vorsatztat, pp. 195 s., y passim; ahora también Schünemann, Faller-Festschrift, pp. 357 ss., 369; de la amplia doctrina, vid. además sobre todo Arzt, MonSchKrim, 1984, pp. 105, 107 ss.; Ebert, JZ, pp. 683 ss., 638 ss.; R. Hassemer, Schutzbedürftigkeit, p. 51 (especialmente en relación con la estafa); Kurt, Mitverschulden, p. 99 (especialmente en relación con la estafa); Maeck, Opfer, pp. 23 s. (especialmente en relación con la determinación de la pena); vid. además la amplia jurisprudencia en torno a la relevancia del comportamiento de la víctima para la determinación de la pena (bibliografía en LK-G. Hirsch, § 46, núm. marg. 39 s.; Schönke-Schröder-Stree, § 46, núm. marg. 23 ss.; además BGH, StV, 1983, pp. 326 s.