

ROLAND HEFENDEHL (ED.)

LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

¿Fundamento de legitimación del Derecho penal
o juego de abalorios dogmático?

Edición española a cargo de
Rafael Alcácer, María Martín
e Íñigo Ortiz de Urbina

Presentación de
Enrique Gimbernat

MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
MADRID 2007 BARCELONA

LA LEGITIMACIÓN DE NORMAS PENALES BASADA EN PRINCIPIOS Y EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO*

Gerhard SEHER

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho penal está de actualidad. Las últimas décadas han traído consigo no sólo importantes reformas de los cánones legislativos existentes, sino también un protagonismo del Derecho penal en ámbitos que trascienden su marco de aplicación tradicional. De una parte, aumenta la atención del Derecho penal por intereses o valores colectivos (baste citar el desarrollo de la protección de la vida económica, del medio ambiente o de los animales); de otra, la amenaza de pena se extiende sin límite a conductas que sólo pueden configurarse bajo esquemas de peligrosidad abstracta.

Hay algo común a los postulados de este «moderno Derecho penal»: ya no se acomodan a la estructura tradicional del delito, basada en la lesión por un agente de una posición jurídicamente protegida de otra persona concreta y a quien se impone una pena por la producción de ese resultado. Y es debido a ello por lo que esa evolución arroja no pocas cuestiones de legitimidad, que han sido ya planteadas y que han generado una cada vez más intensa discusión sobre el principio actualmente vigente de legitimación de normas: la teoría del bien jurídico¹.

* Traducción del original «Prinzipien gestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutbegriff», por Rafael Alcácer Guirao.

¹ De entre las muchas contribuciones de los últimos años, *vid.* sólo WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, 2000; *id.*, GA, 2002, pp. 15 ss.; HEFENDEHL, GA, 2002, pp. 21 ss.; KRÜGER, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutbegriff*, 2000; MÜSSIG, *Schutz abstrakter*

Sólo en un aspecto hay unanimidad: que dicha teoría, en cuanto instrumento suprapositivo de legitimación («de crítica del sistema» [*system-kritisches*]), se halla en serias dificultades.

A este diagnóstico se le han dado diversas respuestas: debería renunciarse a esa función crítica del sistema y hablar de bienes jurídicos protegidos únicamente en el contexto de la interpretación del Derecho vigente; la teoría del bien jurídico no debería seguir operando como criterio de legitimación de todo el conjunto de las normas penales, sino que sólo ha de ser relevante en el marco del Derecho penal nuclear; por último, también se viene postulando desde hace tiempo ya una despedida del «dogma del bien jurídico» en su conjunto y su sustitución por otras concepciones, como por ejemplo una teoría de la lesividad social. En realidad, las propuestas de definición del concepto «bien jurídico» oscilan entre un rigor clásico que impide integrar nuevas normas penales y una amplitud que inutiliza el concepto para el discurso crítico. Surge con ello la fundada sospecha de que la teoría del bien jurídico no tiene por sí misma capacidad para delimitar de modo preciso sus perfiles conceptuales².

Si dicho diagnóstico es correcto, la teoría del bien jurídico necesita ayuda externa. Esta podía prestársela el discurso angloamericano acerca de la legitimación de normas penales, cuyos postulados apenas tienen correspondencia con la noción de bien jurídico, sino que parte de la formulación de diversos principios como criterios de legitimación de normas, siendo su plausibilidad y aceptabilidad el objeto de la discusión.

Las consideraciones siguientes, de índole metodológica, intentarán proponer un nuevo lenguaje para el debate de legitimación de normas penales. Comienza con una breve panorámica del estado actual de la discusión sobre la teoría del bien jurídico (II), que mostrará la aporía en la que ha caído dicho concepto, al demandar de él una capacidad exclusiva de legitimación de las normas penales que no está en situación de ofrecer. Como consecuencia, se propondrá en un segundo paso (III) precisar la discusión introduciendo ulteriores principios de cara a esa legitimación, en vez de limitar la discusión al interrogante habitual de si la norma en cuestión «protege un bien jurídico». En esta línea, se propondrá, a modo de ejemplo, una reformulación del discurso de legitimación de algunas normas del Derecho penal alemán, problemáticas a esos efectos, de la mano de los principios previamente expuestos. En un último punto (IV) habrá que plantear la cuestión relativa a qué papel ha

Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, 1994; HASSEMER, *ZRP*, 1992, pp. 378 ss.; STRATENWERTH, en *Festschrift für Theodor Lenckner*, 1998, pp. 377 ss.; *id.*, *ZStW* 105 (1993), pp. 677 ss.

² En igual sentido WOHLERS, *GA*, 2002, pp. 15 ss. (p. 17); cfr. también el listado de definiciones, muchas de ellas sumamente vagas, que proporciona STRATENWERTH, *FS-Lenckner* (nota 1), p. 378.

de otorgarse al bien jurídico en un sistema de legitimación de normas apoyado en principios.

II. SOBRE EL ESTADO DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

Los distintos planteamientos dentro de la teoría del bien jurídico son tan variables como el mismo concepto que las aglutina, el de «bien jurídico». Abarcan desde la rigidez de la teoría personal del bien jurídico de HASSEMER a concepciones estructuralmente abiertas (SCHÜNEMANN, WOHLERS), pasando por un dubitativo distanciamiento del bien jurídico como criterio de legitimación de normas (STRATENWERTH). Todos, no obstante, comparten el carácter de elemento crítico de justificación. En el plano de la práctica, la legislación y la jurisprudencia no dejan de crear nuevos «bienes jurídicos», que imponen a la ciencia una doble exigencia alternativa: o la integración en la doctrina existente de nuevos fines de protección justificados, o el rechazo de pretensiones político-criminales incompatibles con los principios ético-penales.

Por último, ha surgido también una línea doctrinal que niega toda relevancia a la idea de bien jurídico. Podría esperarse que de esta crítica de base surgieran planteamientos que impulsaran un desarrollo de la teoría del bien jurídico. Muchas veces viene a reforzarse una concepción precisamente a partir de la confrontación con su contraria. Pero esa expectativa no se ve satisfecha en este caso, dado que estas teorías no llegan a entrar en la cuestión de la legitimación de normas concretas. En este sentido, podría decirse que, en rigor, no participan en absoluto del debate sobre el bien jurídico. Sobre ello expongo a continuación algunas palabras aclaratorias (1), antes de intentar desentrañar la estructura de las teorías del bien jurídico (2), así como el dilema semántico resultante en que se ven envueltas (3).

1. Teorías funcionalistas de la pena

Desde los años setenta del siglo xx se han venido asentando una serie de teorías de la pena que no se hallan en la tradición de legitimación crítica propia del liberalismo. Se trata de líneas teóricas cada vez más próximas entre sí: una sociológica y una idealista.

a) Las teorías sociológicas de la pena asumen la sociedad desde una perspectiva funcionalista como un sistema orientado a su propio mantenimiento. Los comportamientos que ponen en peligro ese mantenimiento amenazan el sistema como tal, y han de ser por ello evitadas con el medio más contundente de que dispone el Estado: la pena. La justificación de la pena radica, por tanto, en la lesividad social de la

conducta, y no en la lesión de intereses merecedores de protección penal³.

En la variante de la concepción sociológica del Derecho penal de JAKOBS, inspirada en la teoría de las normas de LUHMANN⁴, el aspecto central son las expectativas de conducta existentes en la sociedad. La conducta contraria a la norma defrauda esa expectativa. Lo penalmente relevante, entonces, no radica en la lesión de entidades del mundo exterior, sino (exclusivamente) en que el autor «desautoriza la vigencia de la norma»⁵. Con la pena se refuerza la vigencia de esa norma y, con ello, se estabiliza contrafácticamente la confianza en su mantenimiento. Este «bien juridicopenal» de la firmeza de las expectativas normativas frente a su defraudación⁶, viene a aportar, como destaca WOHLERS⁷, una fundamentación para la institución de la pena como tal, pero no para normas penales concretas. En lo tocante al plano de legitimación de las normas penales, que es el que aquí nos ocupa, el funcionalismo nada puede acometer con el concepto de bien jurídico. Desde un punto de vista sociológico, el «bien jurídico» puede ser «todo tipo de institucionalización de la actividad estatal»; el mero hecho de que algo goce de protección jurídica lo convierte en un bien jurídico⁸. Ciertamente, la indeterminación inherente a dicha concepción sociológico-positivista del bien jurídico no puede desempeñar cometido alguno en lo relativo al enjuiciamiento crítico de las normas penales⁹.

La razón por la que las teorías sociológicas del Derecho penal prescinden de la noción de bien jurídico se halla en que mantienen una concepción del Derecho penal distinta a la sostenida por la teoría crítica del bien jurídico. La finalidad es el funcionamiento óptimo del «sistema sociedad», por lo que la pena opera como un instrumento de tecnología social. El uso del término «lesividad social» (AMELUNG) conlleva la imagen de la sociedad como un todo. Por el contrario, la noción de bien jurídico remite a titulares individualizables del bien dentro de la sociedad: el individuo, grupos de personas o la institución «Estado». Dicha noción surge del pensamiento individualista ilustrado y no es extrapolable a la teoría sociológica sistémica. Se plantea aquí un disenso estructural: los planteamientos sociológicos se expresan en un idioma distinto al de la teoría del bien jurídico.

³ Cfr. sobre todo AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 330 ss.

⁴ Vid. en particular LUHMANN, *Rechtssoziologie*, t. I, 3.ª ed., 1987, pp. 40 ss., pp. 53 ss.

⁵ JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1993, nm. 2/22, nota 40.

⁶ *Id.* (nota 5), nm. 2/2.

⁷ WOHLERS, *Deliktstypen* (nota 1), p. 217.

⁸ JAKOBS (nota 5), nm. 2/11, 2/12.

⁹ Sorprende el hecho de que JAKOBS al mismo tiempo no quiera prescindir del todo de la teoría del bien jurídico (nm. 2/24). En cualquier caso, reduce el concepto de bien jurídico a la mera función formal de destacar la importancia de determinados bienes y justificar su protección de un modo genérico.

b) La ya mencionada concepción de JAKOBS de la conducta delictiva como negación de la vigencia de las normas¹⁰ está próxima a una escuela de renovada actualidad: la teoría idealista de la pena. Quien, siguiendo la estela de HEGEL, concibe la pena como un acto necesario para el restablecimiento o aseguramiento del Derecho¹¹, le otorga un valor positivo y con ello de modo radicalmente opuesto a quienes, desde una perspectiva liberal-crítica, consideran la pena como un mal del que debe recelarse y que sólo en casos extremos resulta lícita. Antes incluso que sobre la legitimación de las *normas penales*, encontramos aquí ya un disenso filosófico de base acerca de la cuestión de la legitimación de la *pena*.

Resulta evidente que el rechazo de partida de la noción de bien jurídico por parte de las concepciones sociológicas y hegelianas no tiene su origen en el debate sobre el bien jurídico, sino que surge ya de divergencias iusfilosóficas previas. Estas teorías parten de una perspectiva distinta, acogen una concepción de la pena esencialmente positiva, y por lo tanto no necesitan de una noción de bien jurídico que venga a dar una legitimación a la aplicación concreta de la pena como instrumento en sí mismo *rechazable*. Esto es lo que justifica la apreciación anterior relativa a que estas teorías en realidad no participan en el debate sobre el bien jurídico.

2. Acerca de la estructura del debate sobre el bien jurídico

Ya desde un punto de vista histórico-dogmático resulta sorprendente que doctrinas divergentes del Derecho penal se hayan servido de la noción de bien jurídico. Tanto concepciones crítico-liberales como positivistas la han manejado como instrumento para la reflexión global sobre los fines de las normas penales¹². Y esa situación se ha mantenido hasta la actualidad.

a) Exponente del sector liberal-crítico es HASSEMER, con su agudamente formulada «teoría personal del bien jurídico». Postula categóricamente la derivación a partir del individuo de todo juicio de merecimiento de pena y con ello la limitación del Derecho penal a su ámbito nuclear «básico». El «bien jurídico» es así definido como un «interés humano necesitado de protección penal»¹³, considerando por tales «intereses» aquellos «bienes vitales» imprescindibles para la vida en

¹⁰ JAKOBS (nota 5), nm. 2/5.

¹¹ Como por ejemplo KÖHLER, *Strafrecht AT*, 1997, pp. 48-50.

¹² Sobre ese fenómeno histórico-dogmático, cfr. AMELUNG (nota 3), p. 61 y HASSEMER, *Theorie und soziologie des Verbreches*, 1973, pp. 98-100.

¹³ HASSEMER, en *Nomos Kommentar zum StGB*, 3.ª entrega (31 de diciembre de 1995), pre-vio al § 1/287.

común de los individuos tales como la vida, la salud, la libertad o la propiedad¹⁴. Un Derecho penal conformado en torno a esos bienes jurídicos contendrá esencialmente delitos de resultado protectores de intereses individuales, junto a concretos tipos legales «frente a graves y perceptibles puestas en peligro»¹⁵. Por lo que respecta a los bienes jurídicos colectivos, serán admisibles sólo en cuanto «puedan funcionalizarse desde el individuo»¹⁶. Desde esos parámetros, no hay lugar para una protección autónoma de valores de acción. HASSEMER ha lanzado la propuesta de regular y sancionar los extensos fenómenos propios del «moderno» Derecho penal de la prevención (tales como, por ejemplo, la protección del medio ambiente y los animales, el aseguramiento de las estructuras de la vida económica, etc.) a través de un Derecho de intervención desgajado del Derecho penal¹⁷. De este modo, la teoría personal del bien jurídico ofrece un concepto de bien jurídico con contenido preciso, susceptible de desarrollar una lectura crítica del Derecho positivo. Las capacidades críticas del sistema de esta noción de bien jurídico son, así, indudables. No obstante, su radicalidad frente a «modernos» ámbitos de regulación ha motivado una avalancha de críticas.

b) A la teoría personal del bien jurídico se le reprocha que ignore los profundos cambios sociales acontecidos en las últimas décadas y que intente combatir problemas sociales actuales con un «instrumental propio del siglo XVIII»¹⁸. A modo de ejemplo, se afirma que frente a la amenaza que la destrucción del medio ambiente representa para la humanidad es preciso reorganizar la jerarquía de los bienes jurídicos: la supervivencia de la humanidad debe tener prioridad frente a los intereses de los individuos actuales¹⁹.

c) Mientras que la crítica acabada de mencionar se centra en el individualismo propio de la teoría personal del bien jurídico, otra serie de objeciones se dirigen contra sus aspiraciones de crítica al sistema. STRATENWERTH, por ejemplo, pone de manifiesto que las diferencias estructurales existentes entre las distintas materias objeto de regulación penal son demasiado acusadas como para poder ser abarcadas por un concepto omnicompreensivo de bien jurídico²⁰. Y, en todo caso, de cara a una «interpretación acorde a la materia» del mismo Derecho penal nuclear de los delitos contra las personas es imprescindible una «defini-

¹⁴ HASSEMER (nota 13) previo al § 1/255; de igual modo JESCHECK y WEIGEND, *Strafrecht AT*, 5.ª ed., 1996, § 1 III 1.

¹⁵ HASSEMER, *ZRP*, 1992, pp. 378 ss. (p. 383).

¹⁶ *Id.*, «Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre», en *id.*, *Strafen im Rechtsstaat*, 2000, p. 167.

¹⁷ *Id.*, *ZRP*, 1992, pp. 378 ss. (p. 383).

¹⁸ STRATENWERTH, *ZStW* 105 (1993), pp. 677 ss. (p. 689).

¹⁹ SCHÜNEMANN, *GA*, 1995, p. 206.

²⁰ STRATENWERTH, *Lenckner-FS*, (nota 1), p. 388.

ción precisa de los bienes protegidos»²¹. Con ello, el concepto de bien jurídico encuentra su último refugio como instrumento de interpretación en el clásico Derecho penal del autor-víctima propio de los delitos de resultado. Dicha reducción es consecuente: si el concepto de bien jurídico no es capaz de abarcar todas las materias objeto de regulación penal, decae como instancia crítica de legitimación. El postulado «el Derecho penal es protección de bienes jurídicos» no puede seguir siendo admitido.

Con ello, el dominio propio del concepto de bien jurídico, el nivel crítico, queda vacante. STRATENWERTH menciona un «consenso de mínimos de nuestra sociedad», que, junto a la protección de la libertad, engloba «algunas normas de conductas elementales»²². Pero la referencia a ese consenso no puede allanar el déficit de legitimación, ya que la cuestión no es tanto si hay estándares de conducta mayoritariamente aceptados — por ejemplo en ámbitos como el honor, la sexualidad o la religión —, sino si deberían ser impuestos por los medios del Derecho penal. Y para dar respuesta a esta última cuestión de nada sirve la constatación empírica de la existencia de esos estándares²³. Lo mismo puede decirse de la propuesta de STRATENWERTH de legitimar los delitos contra el medio ambiente desde un reconocimiento de la corrección de proteger penalmente «vínculos vitales en sí mismos». El «aseguramiento de un orden sentido globalmente como valioso y merecedor de ser vivido»²⁴ por medios penales presupondría que existe unanimidad acerca de qué es lo «valioso» y lo «merecedor de ser vivido» de ese orden. Pero ello no es así: una capa de ozono intacta es valiosa, pero la industrialización y motorización han dado lugar a una sociedad en la que muchos piensan que merece la pena vivir. Los «vínculos vitales» consisten en un complejo entramado que no puede ser ni completamente protegido ni completamente prohibido. En este ámbito, deben ensayarse respuestas diferenciadas, y el eslogan de los vínculos vitales no contribuye a esa diferenciación.

d) Mientras las dudas de STRATENWERTH sobre la capacidad del concepto de bien jurídico se centran en las modernas *materias* objeto de regulación, WOHLERS formula sus críticas en relación con las modernas *formas* de regulación. Ya el delito de peligro abstracto es causa de discordias en cuestión de su legitimación, sobre todo desde la perspectiva de la teoría del bien jurídico, dado que la lesión de un bien jurídico no es requisito típico, y en algunos casos es conscientemente excluida. Debido a ello, WOHLERS propone una «legitimación independiente desvinculada del dogma del bien jurídico»²⁵.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*, p. 390.

²³ Aparte de que resulta muy dudoso que sea plausible el recurso a un consenso social sobre la moral en sociedades complejas y pluralistas como las actuales.

²⁴ STRATENWERTH, *ZStW* 105 (1993), pp. 677 ss. (p. 692 ss.).

²⁵ WOHLERS, *Deliktstypen* (nota 1), pp. 291 ss.; *id.*, *GA*, 2002, pp. 15 ss. (p. 18).

Sorprende, en cualquier caso, que WOHLERS manifieste al mismo tiempo que el punto de partida de todo test de legitimidad radica en la determinación del bien jurídico protegido por la respectiva norma. Con ello, no obstante, la teoría del bien jurídico sólo habría de servir para filtrar la ilegitimidad abstracta de la protección de bienes; pero existiendo un bien jurídico legítimo, la legitimidad de la norma dependerá de la relación entre la estructura del delito y el bien jurídicamente protegido²⁶. Es preciso llamar la atención de que WOHLERS, a diferencia de STRATENWERTH, mantiene un cierto grado de confianza en la teoría del bien jurídico para configurar un bien jurídico en *todas* las materias objeto de regulación y para poder excluir al menos los ilegítimos. Si bien su potencial no va más allá de la declaración negativa de que el fin de protección de una norma no es ilegítimo. Así, WOHLERS confía la declaración positiva de la legitimidad de la norma primordialmente a su estructura dogmática. Pero esa confianza puede mantenerse porque y en la medida en que tanto la eficiencia como en particular la corrección de toda norma se enjuicia a partir del recurso al fin de la regulación, esto es, al bien protegido. El punto de anclaje del test de legitimidad no deja de ser por tanto la legitimidad del fin de la norma²⁷. Por supuesto, y aunque de modo subordinado, también está justificada la pregunta de si una determinada norma alcanza en absoluto o en una medida suficiente el fin postulado.

El anterior extracto del debate sobre el bien jurídico muestra la variedad contradictoria de contenidos que se atribuyen a la noción de bien jurídico. El ancho de banda va desde la fijación en lo individual preconizada por HASSEMER hasta la apertura a las condiciones vitales de la humanidad (SCHÜNEMANN) pasando por posturas que pretenden restringir la aplicabilidad del concepto ya sea en su amplitud (STRATENWERTH), ya sea en su profundidad (WOHLERS). Y ello suele venir acompañado de un extendido escepticismo acerca de la posibilidad de que con los medios del debate hasta ahora mantenido pueda llegarse a un concepto de bien jurídico susceptible de consenso²⁸. Sólo cuando sepamos por qué el debate sobre la legitimación se halla en un callejón sin salida podrá ponerse remedio a esa situación. Desde luego, lo que es seguro es que ello no se debe a la insuficiencia en la argumentación. Aunque sí puede deberse a algún problema en su estructura semántica.

²⁶ WOHLERS, *Deliktstypen* (nota 1), pp. 279 ss.; *id.*, GA, 2002, p. 20.

²⁷ Esa necesidad de anclaje en la teoría del bien jurídico es reconocida por el mismo WOHLERS, GA, 2002, p. 20.

²⁸ Cfr. HASSEMER, *NK StGB* (nota 13), previo al § 1/287: «elección entre la vaguedad y la selectividad»; WOHLERS, GA, 2002, pp. 15 ss.; STRATENWERTH, *Lenckner-FS*, p. 388.

3. El dilema semántico del debate sobre el bien jurídico

Como muy tarde desde que la lucha para la reforma del Derecho penal sexual fuera llevada a cabo con éxito con la ayuda del concepto de bien jurídico²⁹, se ha vinculado a éste la pretensión de una limitación crítica del Derecho penal. La teoría personal del bien jurídico se halla sin duda en esta línea liberal clásica. Pero junto con nuevos desarrollos sociales, globales y político-criminales, han irrumpido nuevas cuestiones de legitimación. Y la aspiración actual del debate es integrar esas cuestiones en la terminología habitual de la protección de bienes jurídicos. A mi modo de ver, el punto muerto en la discusión debe reconducirse al hecho de que los diversos problemas actuales no se abordan atendiendo directamente a su contenido, sino orientados desde el concepto de bien jurídico. Con ello se termina por exigir demasiado al concepto.

HASSEMER, por ejemplo, no ignora la virulencia del deterioro global del medio ambiente. Sin embargo, debe excluir la mayoría de los delitos contra el medio ambiente (e introducirlos en ese «Derecho de intervención», que recuerda a la función de recogida [*Auffangfunktion*] del Derecho de policía de FEUERBACH³⁰), debido a que no puede integrarlos en su concepto de bien jurídico basado en el daño individual. Por su parte, la pretensión de STRATENWERTH de erigir valores de acción y relaciones vitales como objeto de protección penal se ve bloqueada por un concepto individualista de bien jurídico y es por esa razón por la que ha de postular la legitimidad de «delitos sin bien jurídico». Y WOHLERS, a su vez, se muestra receptivo a estructuras de regulación «modernas» y a prescindir del concepto de bien jurídico para formular sus criterios de legitimación; no obstante, al mismo tiempo tiene que apelar a ese concepto en aras de mantener la semántica usual.

El dilema de la discusión es, por tanto, semántico: aparentemente, el debate gira sobre todo en torno al *concepto* de bien jurídico, pero realmente se trata de divergencias de *contenido* acerca de cuál deba ser el alcance legítimo del Derecho penal. Y mientras las distintas convicciones se escondan tras el concepto de bien jurídico, el verdadero discurso material quedará oculto. Al mismo tiempo, al concepto de bien jurídico se le exige más de lo que puede abarcar: éste no puede servir de soporte simultáneo para argumentos tan diversos (al menos parcialmente)³¹. La

²⁹ Cfr. sobre ello WORMS, *Die Bekenntnisbeschimpfung im sinne des § 166 Abs 1. StGB und die Lehre vom Rechtsgut*, 1984, pp. 31-34, con referencias a la obra de JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, 1957.

³⁰ Cfr. el (habitualmente criticado) mantenimiento por parte de FEUERBACH del Derecho penal sexual, por medio de su inclusión en el Derecho de policía (§§ 481 y ss. de su *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, Giessen, 1801).

³¹ HEFENDEHL, GA, 2002, p. 22, en cambio, considera que aún no se han agotado todas las posibilidades del concepto de bien jurídico.

pretensión de que diferencias de contenido tan acusadas sean abarcadas por un mismo y único concepto está condenada al fracaso.

Consecuentemente, para la noción de bien jurídico se ha considerado necesario recabar «ayuda del exterior»³², y así se ha ofrecido³³. Esa oferta persigue tomar en consideración principios manejados habitualmente en el discurso angloamericano sobre la legitimación de normas penales. Con ello no se trata de incorporar esos principios de modo acríptico, sino de hacer uso de las posibilidades que emanan de las estructuras de argumentación allí manejadas.

III. ESTRUCTURAS DE UNA LEGITIMACIÓN DE NORMAS BASADA EN PRINCIPIOS

La primera razón por la que la discusión angloamericana sigue otras pautas es que su lenguaje jurídico carece de un concepto que opere como sinónimo del bien jurídico³⁴. La ausencia de un concepto que abarque el ámbito de la legitimación ha llevado a la configuración de diferentes principios como criterios de evaluación de las normas penales. El valor específico de esos principios radica en que constituyen un *filtro de legitimación* que, en un plano general, abarca a toda norma penal³⁵. Ese filtro parte del presupuesto de que una conducta sólo ha de ser merecedora de pena cuando constituya un injusto³⁶. A este respecto, pueden distinguirse en rigor dos clases básicas de injusto: las basadas en las *consecuencias* de una acción, y las que radican en la *acción misma* o en la *actitud del autor* hacia su hecho. En el primer grupo puede a su vez distinguirse el caso en que las consecuencias negativas afecten a *terceras personas* o *al mismo autor*.

Bajo ese filtro se entrelazan los distintos principios manejados en el discurso angloamericano de cara a la legitimación de las normas penales: el principio del daño y el principio de ofensividad pretenden evitar consecuencias negativas de las acciones para terceras personas; el paternalismo tiende a la evitación de consecuencias negativas para el mismo agente; y las distintas manifestaciones del denominado moralismo abarcan todas las conductas carentes de consecuencias pero negati-

³² WOHLERS, GA, 2002, p. 17.

³³ VON HIRSCH, GA, 2002, pp. 2 ss.

³⁴ Ello puede afirmarse —en lo que alcanzo— de todos los países no germanoparlantes. La noción de «bien jurídico» es una idea propiamente alemana.

³⁵ Cfr. SEHER, *Liberalismus und Strafe*, 2000, p. 51-53.

³⁶ Ello es sin duda plausible: la «pena» sólo puede configurarse como el castigo de una conducta cuando ésta sea desvalorada, esto es, cuando pueda ser enjuiciada como tal injusto. Dicho sea de pasada, aquí las teorías funcionalistas e idealistas tienen la carga de aclarar por qué ha de ser una «pena» una medida que sólo sirve al reforzamiento de la vigencia de la norma. También las sanciones del Derecho administrativo y de policía refuerzan la vigencia de la norma respectiva.

vas en sí mismas. El principio del daño, propio del liberalismo clásico, y su trasunto el principio de ofensividad, se hallan extraordinariamente cerca de la comprensión nuclear del Derecho penal alemán. El resto de los principios, en cambio, han sido siempre rechazados por los planteamientos habitualmente defendidos del liberalismo individualista. Y dada la influencia que el liberalismo ha ejercido sobre nosotros, no es de extrañar el regusto malsonante que, ya terminológicamente, despiertan términos como paternalismo o moralismo. Pero ello no debería llamarnos a engaño acerca del hecho de que algunas manifestaciones de esos principios han sido y pueden seguir siendo defendidas con seriedad³⁷.

Una norma penal sometida a la consideración de su legitimidad puede siempre ser evaluada con alguno de esos principios incluidos en el citado filtro. La argumentación a favor o en contra de su legitimidad se orienta, entonces, en torno a los argumentos a favor o en contra del principio respectivo. Con ello, frente a la notoria vaguedad inherente al concepto de bien jurídico, la discusión gana en precisión³⁸. A continuación se expondrán los presupuestos básicos de dichos principios, que serán expuestos en relación con el contexto del debate alemán sobre la legitimación de normas penales. La exposición seguirá los pasos de la fundamental obra que Joel FEINBERG ha dedicado a dichos principios³⁹. Se trata únicamente de aprovechar la utilidad que ofrece el claro análisis realizado por FEINBERG, pero no se pretende entrar a plantear si deben compartirse sus puntos de vista y sus conclusiones. Ello queda más allá de la finalidad exclusivamente metodológica que inspira este trabajo.

1. El principio del daño

a) *Sobre la estructura del principio del daño*

La base central sobre la que se apoya la filosofía del Derecho penal del liberalismo es el principio del daño, según el cual existe una buena razón para establecer una norma penal cuando ello sirve para evitar daños a terceras personas (no, en cambio, al agente mismo).

La razonabilidad del principio del daño descansa, lógicamente, en la explicación de su concepto clave: el de daño. FEINBERG entiende por tal la lesión de intereses, en particular de intereses básicos fundamentales

³⁷ Vid. sobre ello a continuación los puntos 3 y 4.

³⁸ WOHLERS menciona favorablemente la concepción basada en principios angloamericana [*Deliktstypen* (nota 1), pp. 253 ss.], pero es sin embargo escéptico acerca de ese aumento de concreción (*ibid.*, pp. 275 ss.).

³⁹ FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, t. I, *Harm to Others*, 1984, sobre el principio del daño; t. II, *Offense to Others*, 1985, sobre el principio de ofensividad; t. III, *Harm to Self*, 1986, sobre el paternalismo; t. IV, *Harmless Wrongdoing*, 1988, sobre el moralismo.

para la vida [*welfare interests*], «intereses relacionados con el bienestar»⁴⁰. Los intereses son opciones elegidas por una persona, vinculadas por un entramado de intereses individuales, bajo el cual se complementan y refuerzan mutuamente, asegurando con ello las condiciones esenciales de la existencia y posibilitando al mismo tiempo la consecución de fines vitales de orden superior⁴¹. FEINBERG pone de manifiesto que el legislador debe servirse, como punto de partida para la creación de normas, de los intereses propios, necesariamente objetivados, de una «persona estándar»⁴²; al mismo tiempo, sin embargo, todo interés surge de un querer individual. Ello podría interpretarse como un individualismo arcaico; de cualquier modo, el anclaje del concepto de interés en el individuo conforma una importante limitación a la arbitrariedad del legislador: lo *realmente* querido no puede ser nunca sustituido por la decisión objetiva del Estado acerca de qué es lo mejor para el individuo. Este elemento inalienable de una legislación liberal constituye una limitación esencial frente a toda forma de paternalismo legal.

Lo afirmado hasta ahora se refiere a los intereses del afectado por una acción ajena. No obstante, en muchas situaciones habituales están implicados también intereses del agente (del potencial delinciente)⁴³. En caso de conflicto de intereses de distintas personas, el interés de una de ellas sólo puede protegerse al precio del sacrificio del de otra, por lo que es necesario establecer los criterios que permitan decidir cuál de esos criterios ha de ser merecedor de protección. Esos criterios deben desarrollarse, en cualquier caso, en el seno de una teoría sobre la jerarquización de intereses, de la que pueda extraerse cuándo un interés posee un rango superior a otro y es por tanto merecedor de protección⁴⁴. La necesidad de esas jerarquizaciones de intereses afecta al núcleo de la organización de la convivencia social en una sociedad libre y pluralista. FEINBERG formula la estructura de esa organización en la terminología propia de los derechos subjetivos: una persona tiene derecho a la protección de un interés personal frente a su lesión por parte de un tercero sólo cuando ese interés posea un rango superior que el que persigue el otro con la realización de su conducta⁴⁵.

⁴⁰ Una explicación parcialmente distinta del concepto de daño ha sido propuesta por VON HIRSCH: en vez de intereses, habla de «recursos» de una persona (GA, 2002, p. 6). Esa noción de recurso muestra claramente que se trata de opciones de vida y de comportamiento de las personas; pero en cualquier caso, parece que a la postre no parecen existir grandes diferencias con la noción de *welfare interests* manejada por FEINBERG.

⁴¹ Cfr. sobre ello FEINBERG, *Harm to Others* (nota 39), pp. 55-64, y SEHER (nota 35), pp. 56-62.

⁴² Sin esa generalización devendría prácticamente imposible formular una norma abstracta.

⁴³ Por ejemplo, el conflicto habitual entre el interés económico del empresario con el interés en la seguridad del empleado; piénsese también que cada estafador persigue su propio interés económico, y que al menos en el ámbito de los delitos de bagatela el interés general en la libertad personal del propio autor juega un papel relevante.

⁴⁴ Cfr. sobre ello SEHER (nota 35), pp. 99-104.

⁴⁵ Sobre ello en general *vid.* SEHER (nota 35), pp. 78-104.

b) Ámbitos actuales de aplicación

1) Apenas es preciso argumentar la tesis de que el principio del daño conforma por sí solo un fundamento correcto de legitimación para el Derecho penal nuclear clásico (homicidios, lesiones, delitos contra la propiedad). En todo caso, es interesante en este contexto la proximidad de dicho principio con determinadas concepciones del bien jurídico. Si intentamos desvincular el debate sobre la legitimación de normas penales de la estrechez propia de un concepto omnicompreensivo de bien jurídico, el principio del daño ofrece una buena alternativa terminológica al menos para la teoría personal del bien jurídico. En este sentido, VON HIRSCH ya ha resaltado que un concepto liberal y crítico de bien jurídico puede ganar en precisión si tiene en cuenta el principio del daño⁴⁶. Inversamente, también el principio del daño puede beneficiarse del contacto entre ambas concepciones: la distinción desarrollada a partir del concepto de bien jurídico entre objeto de la acción y bien protegido puede ayudar a resolver algunos casos difíciles para el principio del daño, en los que la exigencia de un concreto portador del interés como persona dañada plantea problemas⁴⁷.

2) Más allá del Derecho penal nuclear la perspectiva del principio del daño arroja interesantes cuestiones. Aquí encontramos gran variedad de delitos que en principio sólo reciben su legitimación desde el principio del daño, pero que sin embargo no pueden ser sin más encuadrados bajo la estructura de la lesión de intereses. Se trata en concreto de los delitos de peligro abstracto, pero también de algunos delitos puros de actividad.

— Dentro de estos últimos puede mencionarse el § 265 StGB (*fraude de seguros*). Hay que plantearse por qué el legislador ha penalizado conductas autolesivas (!) en el ámbito previo de una estafa intencional. El requisito típico de la intención defraudadora muestra la perspectiva del principio del daño: lo que en última instancia se protege es el patrimonio de la aseguradora. ¿Por qué entonces incluir un delito de mera actividad en ese ámbito previo? Una posible respuesta podría ser que un autor que por ejemplo ha incendiado su casa tenderá racionalmente a declarar el incendio como un caso susceptible de ser asegurado, pues en caso contrario se haría enseguida sospechoso de haber provocado el incendio. Los casos regulados en el § 265 llevan al autor a *un punto sin retorno*, el cual es muy probable que le lleve a realizar la conducta lesiva de intereses ajenos (la estafa del § 263 StGB)⁴⁸. Desde esta perspectiva, esta clase de tipos delictivos podría ser considerada como *delitos*

⁴⁶ VON HIRSCH, GA, 2002, pp. 7 ss.

⁴⁷ Cfr. SEHER (nota 35), pp. 66-72 sobre esas constelaciones de casos.

⁴⁸ Agradezco esta argumentación a una intervención oral de SCHÖNEMANN realizada en las Jornadas sobre el bien jurídico celebradas en Moritzburg y que han dado lugar a este libro.

de umbral: lo sancionado es sobrepasar un umbral a partir del cual es de esperar con práctica seguridad la realización de la conducta lesiva de terceros.

— Más complejo es mostrar la vinculación de los *delitos de peligro abstracto* con la exigencia del daño ajeno. Particularmente en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente, un solo acto típicamente relevante de contaminación no da lugar a menudo a un daño, esto es, a la lesión de intereses de otras personas. De hecho, emisiones con relevancia en el clima mundial, despliegan por lo general sus efectos décadas después, y sólo bajo la confluencia de la realización de otras muchas acciones similares a lo largo del planeta. Dichos tipos legales sólo son plausibles desde la base del principio del daño, y no desde la referencia a un «bien jurídico medio ambiente». Apelar a ese bien jurídico nada aporta a la cuestión de con qué medios y frente a qué clase de acciones debe ser protegido el medio ambiente, y en particular si un determinado tipo penal es idóneo y necesario⁴⁹. Sin embargo, la referencia a la producción de un daño a otras personas puede contribuir a la legitimación de esos tipos penales. En relación con modificaciones en el medio ambiente que puedan ser lesivas para las personas, no puede esperarse hasta el momento en que ya se ha producido un concreto daño, pues entonces sería demasiado tarde. E incluso cuando pueda identificarse un concreto lesionado, podría resultar demasiado complejo probar la causalidad. Bajo esos presupuestos, puede optarse por la punición de aquellas conductas que en una medida grave y suficiente atentan contra condiciones del medio ambiente, que con considerable probabilidad llegarían a generar un daño a las personas.

Los ejemplos mencionados han mostrado que el pensamiento del principio del daño puede integrarse en la discusión alemana y que, de hecho, ofrece en parte un criterio de legitimación más preciso que el del concepto de bien jurídico. No obstante, el principio del daño no es el único baremo para la legitimación de normas penales, incluso aunque liberales estrictos como John Stuart MILL así lo hubieran sostenido. En concreto, el principio de ofensividad constituye también una máxima propia del acervo liberal.

2. El principio de ofensividad

a) Acerca de la estructura del principio de ofensividad

El principio de ofensividad dispone que existe una buena razón para crear una norma penal cuando ésta sirve para evitar ofensas o perturbaciones contra terceras personas (no, en cambio, contra el agente

⁴⁹ En ello ha incidido convincentemente WOHLERS, *Deliktstypen* (nota 1), p. 245; *vid. tam-* bién APPEL, *Verfassung und Strafe*, 1998, pp. 349 ss.

mismo)⁵⁰. Sobre la noción de ofensa, o de perturbación [*Störung*], baste de momento con mencionar que es un receptáculo para englobar distintas formas de acción. Así, pueden ser perturbados los sentidos (a través del mal olor o del ruido), el sistema nervioso vegetativo (asco), la sensibilidad moral (por ejemplo sentimientos religiosos o morales) o la llamada «paz interior» (generando miedo o por medio de humillación)⁵¹. También el Derecho penal alemán castiga conductas ofensivas de ese tipo, si bien sólo en tanto menoscaben los sentimientos más relevantes; así, por ejemplo, el insulto a las creencias (§ 166) o las perturbaciones de ritos funerarios (§ 167a), o bien la perturbación de la paz de los difuntos (§ 168) o las amenazas (§ 241, en particular el párrafo 2.^o).

El único denominador común de esos distintos fenómenos de sentimientos de ofensa o de perturbaciones podría ser el hecho de que suelen ser experimentados bajo un intenso rechazo, aunque al mismo tiempo tienen sólo carácter momentáneo y son por tanto pasajeros. No hay duda de que esos supuestos despiertan reacciones de profundo desagrado. No obstante, la asunción de que la producción de una perturbación de esa índole constituye, junto al principio del daño, un fundamento independiente para la creación de una norma penal se enfrenta a una doble dificultad. De una parte, debe mostrarse que esas perturbaciones pueden distinguirse con claridad de las lesiones propias del principio del daño, ya que de lo contrario el principio de ofensividad pierde su independencia conceptual. Pero al mismo tiempo esa conclusión conduce a dudar del merecimiento de pena de las ofensas.

Las ofensas pueden distinguirse claramente de los daños si se acentúa que un daño —en cuanto lesión de un interés— menoscaba un aspecto central determinante de los planes de vida de un individuo, menoscabo que debe ser corregido por la víctima del hecho y que en cualquier caso tendrá consecuencias negativas para la consecución de ulteriores intereses. Frente a ese hecho, una ofensa carece como tal de consecuencias. Ciertamente, pueden llegar a producir daños (por ejemplo, daños en el oído debidos al ruido o depresiones como efecto del *mobbing*); pero en estos casos la conducta cae bajo la órbita del principio del daño, por lo que para justificar su merecimiento de pena deja de ser necesario apelar a la existencia de una perturbación⁵².

Por tanto, las perturbaciones adquieren un significado independiente sólo en tanto en cuanto no lleven aparejados daños⁵³, y es en esa medida en la que pueden constituir un «principio de ofensividad». En

⁵⁰ Así se expresa FEINBERG, *Offense to Others* (nota 39), p. 1.

⁵¹ Cfr. el análisis diferenciado de FEINBERG, *Offense to Others* (nota 39), pp. 14-22.

⁵² Cfr. FEINBERG, *Offense to Others* (nota 39), pp. 49 ss.

⁵³ VON HIRSCH y SIMESTER han propuesto recientemente [«Rethinking the Offence Principle», *Legal Theory* 8 (2002)] una noción de perturbación distinta de la del texto, desde la que se pretende incluir las perturbaciones u ofensas como supuestos especiales de daños, y que han de ser

cualquier caso, la ausencia de consecuencias muestra el menor grado de lesividad que conllevan. Con ello, la cuestión de su delimitación cae en un segundo problema: ¿son esos ataques más leves a la esfera de otra persona realmente merecedores de sanción penal? Desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, no sería plausible afirmar con carácter general un merecimiento de pena en el caso de perturbaciones leves. Pero al mismo tiempo, e inversamente, la renuncia a la punición de ofensas malintencionadas y no evitables para la víctima conllevaría el riesgo de incurrir en lagunas de seguridad o incluso de justicia.

En relación con ese problema, FEINBERG ha propuesto un esquema de ponderación con el que puede concretarse un pequeño ámbito de ofensas punibles⁵⁴. Desde el punto de vista del afectado, habrán de ser tenidas en cuenta tanto la intensidad y duración de la perturbación como la posibilidad de esquivarla sin esfuerzos. Desde la perspectiva del autor, son determinantes para la ponderación la habitualidad social de la conducta perturbadora, la motivación (por ejemplo la consecución de un interés personal) y las circunstancias de lugar. Desde este esquema, serían consideradas punibles sobre todo aquellas perturbaciones graves y no evitables con las cuales el autor no persiga una utilidad personal⁵⁵.

b) Ejemplos del Derecho penal alemán

El Código Penal alemán contiene algunos preceptos que sólo se justifican desde el principio de ofensividad. Así, puede mencionarse el § 167 (perturbación del culto) o el § 167a (perturbación de la celebración de un rito funerario). Como bien jurídico protegido del § 167 suele considerarse la «paz pública»⁵⁶, y del § 167a el «sentimiento de piedad»⁵⁷. Mientras los sentimientos de piedad remiten directamente a los más elevados sentimientos de la persona, la referencia a la paz pública oscurece la verdadera finalidad de protección. Una alteración de la paz pública podría ubicarse bajo el principio del daño, si se piensa en un estado de tumulto social. Sin embargo, se trata únicamente de «tolerancia con cuestiones ideológicas y relativas a creencias personales»⁵⁸, o bien de una «situación de convivencia social libre de temor»⁵⁹.

entonces evaluadas, bajo criterios de merecimiento de pena particulares, dentro del principio del daño. La propuesta es sin duda atendible, aunque en vez de reducir los problemas de delimitación, viene a incrementarlos.

⁵⁴ Cfr. FEINBERG, *Offense to Others* (nota 39), pp. 35 y 44.

⁵⁵ Cfr. sobre todo ello SEHER (nota 35), pp. 111-115.

⁵⁶ LACKNER/KÜHL, *StGB*, 24.ª ed., 2001, § 167/1; RUDOLPHI, en *Systematischer Kommentar zum StGB*, 48.ª entrega (agosto 1999), previo al § 166/3.

⁵⁷ LACKNER/KÜHL (nota 56), § 167a/1.

⁵⁸ LENCKNER, en *Schönke/Schröder StGB*, 26.ª ed., 2001, previo a los §§ 166 s/2.

⁵⁹ LACKNER/KÜHL (nota 56), § 126/1.

Además, el tenor literal del § 167 no exige ni una alteración de la paz pública ni que la acción sea apta para generar tal efecto, lo que viene a restar plausibilidad a ese requisito de acaecimiento de un estado de intranquilidad pública.

La verdadera finalidad de protección se trasluce en la referencia típica a una perturbación «intencional» y «grosera» de la celebración de un rito religioso o funerario. Conductas de esa índole lesionan en sus sentimientos a los participantes de un acto cargado de significación para ellos. Ese tipo de perturbaciones carecen de efectos (es por ello por lo que la remisión a la «paz pública» cae en saco roto), pero son sentidas no obstante con mucha intensidad debido a su intencionalidad. Además, debido precisamente a que están participando en el acto respectivo, los afectados no pueden hacerles frente. Una misa no puede celebrarse en la habitación de una casa particular, sin menoscabo de la atmósfera sacra propia de la iglesia; y el cementerio no puede ser sustituido por un hotel como lugar de la ceremonia de enterramiento. El Derecho penal alemán tiene en cuenta aquí escrupulosamente el estrecho marco de merecimiento de pena que resulta de las propuestas de FEINBERG⁶⁰.

3. Formas de legislación paternalista

El término «paternalismo» tiene mala reputación. Amenazar con pena a una persona por un daño autoinfligido parece contradecir por su base el ideal de libertad de una sociedad respetuosa de la dignidad humana. No obstante, ello exige una respuesta mucho más matizada: es un hecho que en el Derecho pueden encontrarse normas que al menos *prima facie* poseen ese carácter paternalista, como por ejemplo la prohibición de la posesión de drogas [§§ 29, 29a BtMG (Ley de Estupefacientes)] o ilícitos administrativos como la obligación de llevar cinturón de seguridad y casco en el tráfico rodado. Sorprendentemente, la teoría del bien jurídico —ni siquiera en su más restrictiva variante de la teoría personal del bien jurídico— no ha ofrecido hasta ahora ningún argumento para poder discriminar como ilegítimas las normas penales paternalistas: lo cierto es que una norma penal que sancionara la conducción de un vehículo sin cinturón de seguridad estaría directamente protegiendo los bienes jurídicos del agente. A este respecto, el criterio relevante ha de ser la distinción de partida entre conductas que generan un daño a terceros y aquéllas que lo generan a uno mismo.

a) La atención al fenómeno del paternalismo permite, para empezar, realizar una reflexión independiente acerca de determinadas líneas

⁶⁰ Ello puede afirmarse también de la idea básica que late tras el § 193 StGB, también relevante a estos efectos, en tanto que las acciones ofensivas pueden caracterizarse como expresión de opiniones.

de fundamentación de normas penales y desenmascarar con ello algunas falsas fundamentaciones. Para esto último es preciso tener en cuenta que las normas pueden ser paternalistas en un doble sentido: en relación con sus *finés*, de una parte, y en relación con la *forma* como el destinatario de la norma es tratado⁶¹. Un gobierno puede, por ejemplo, prohibir viajes al extranjero o dictar órdenes de reasentamientos coactivos y justificar esas medidas en que constituyen un bien para el ciudadano. Pero esas restricciones resultarán por lo general puramente autoritarias y dirigidas a controlar la población⁶². Con ello, sólo serían paternalistas en la forma de intervención, mientras que su finalidad en absoluto persigue el bienestar de los ciudadanos, sino que, por ejemplo, responde a presupuestos ideológicos o al mero mantenimiento del poder. Esas normas pueden ser desenmascaradas como no paternalistas.

b) Si la norma tiene la finalidad de servir al bienestar de sus destinatarios, puede calificarse como paternalista. Pero con ello se abre una importante diferenciación ulterior. Debe distinguirse en particular si la norma paternalista respeta la voluntad de los afectados o no. Un *paternalismo duro* es aquel que legisla sin atender a la voluntad del agente; la obligación administrativa de llevar cinturón de seguridad es un claro ejemplo. Pero junto a esta modalidad, hay un interesante tipo de normas que parten de la finalidad del bienestar de los afectados, pero que al mismo tiempo toma en cuenta su voluntad. Esas normas están en consonancia con la exigencia de respeto a la persona; no obstante, no constituyen nunca tipos penales. Con respecto a personas capaces de culpabilidad, dichas normas posibilitan medidas para determinar la voluntariedad de sus decisiones, y con respecto a niños o enfermos mentales legitiman intervenciones asistenciales. Ese *paternalismo blando*⁶³ ofrece una estructura de fundamentación de ciertas causas de justificación (por ejemplo, del consentimiento presunto del §34 StGB), si bien no de normas penales.

Las diferencias expuestas restringen claramente la posibilidad de asumir un paternalismo legitimante de normas penales. Únicamente vendría al caso en relación con normas que de modo directo persigan el bienestar de sus destinatarios, pero que al mismo tiempo ignoren la voluntad real de los mismos. En el Derecho penal alemán apenas pueden encontrarse normas de esa índole⁶⁴. En cualquier caso, los elementos citados pueden servir para la evaluación crítica de propuestas de

⁶¹ Cfr. FEINBERG, *Harm to Self* (nota 39), p. 5.

⁶² Una excepción podría darse en el caso de evacuaciones coactivas de una zona contaminada, con la finalidad de evitar la muerte segura de sus habitantes.

⁶³ El binomio conceptual paternalismo duro/blando procede de FEINBERG, *Harm to Self* (nota 39), pp. 12-16.

⁶⁴ La obligación de llevar cinturón de seguridad y casco, calificadas como paternalistas, son en cualquier caso externas al Derecho penal.

introducción de nuevas normas penales formuladas en el discurso político-criminal.

4. La protección penal de valores: el moralismo

El término «moralismo» genera reparos similares a los del paternalismo. La sospecha de legislación moralizadora ha sido siempre —especialmente en el contexto de una teoría crítica del bien jurídico— un argumento de peso en contra de la legitimidad de una norma penal. Ahora bien, ello parece haber cambiado en la actualidad. El actual debate acerca de nuevos ámbitos de regulación penal ha llamado la atención acerca de que el Derecho penal incorpora delitos sin víctima y protege valores que sólo por medio de muy forzadas argumentaciones pueden reconducirse a un referente individual como «portador del bien jurídico»⁶⁵. La protección penal de valores vuelve, por tanto, a estar de actualidad, lo que ha de dar pie a replantear la legitimación de las normas calificadas como moralistas.

En el más amplio sentido del término, el «moralismo» denota la protección penal de representaciones morales. Nada tiene ello de rechazable, si asumimos que en una democracia el Derecho es, en esencia, la positivación de un sector de la moral social⁶⁶. En este sentido, la habitual oposición entre liberalismo y moralismo, basada en que el primero pretende evitar daños y el segundo proteger valores, es fruto de un malentendido. Es evidente que el liberalismo también aspira a proteger valores (autonomía individual, libre persecución de intereses legítimos, etc.) Y en este sentido, el liberalismo es una forma de moralismo. La cuestión, entonces, no es *si* han de protegerse valores, sino *cuáles*. Un moralista no habría de poner reparos a las normas fundadas en el principio del daño, si bien propondría normas adicionales⁶⁷.

La particularidad de las normas moralistas radica en que no remiten a una relación autor-víctima. No castigan debido a la lesión de una persona, sino para proteger los valores en sí mismos. Bajo el techo concep-

⁶⁵ Como ejemplos, podrían mencionarse la regulación penal sobre las condiciones globales del medio ambiente o la relativa a la protección de los animales: en el primer caso la protección puede ir referida a las generaciones futuras, cuyos miembros no están desde luego disponibles como concretos e identificables portadores del bien jurídico; y la protección de los animales puede en el mejor de los casos integrarse en el principio del daño apelando a la particular tesis de Kant relativa al peligroso abandono moral del maltratador de animales.

⁶⁶ En una democracia, el Derecho surge de un procedimiento en el que son tenidos en cuenta los miembros representativos de la sociedad, quienes incorporan al procedimiento sus convicciones morales o bien las de aquéllos a quienes representan. Ello rige especialmente para el Derecho penal, caracterizado por sancionar las infracciones de normas que atentan contra el núcleo de las convicciones sostenidas por los grupos que configuran la sociedad.

⁶⁷ Ejemplo de ello en la discusión alemana es la postura de STRATENWERTH, *vid. supra* II.2.c).

tual del moralismo pueden distinguirse diferentes criterios de legitimación, siendo esa protección de valores de acción lo que les une.

a) En una versión estricta, el moralismo tiende a la protección de un orden moral —de origen ético o religioso— asumido como objetivamente correcto, cuya vulneración se considera un mal en sí mismo. Ese *moralismo estricto*⁶⁸ es el que en el pasado ha propiciado normas contra determinadas prácticas sexuales desviadas o contra la blasfemia; y ha desaparecido prácticamente por completo del Derecho penal alemán. Aunque habría que preguntarse cuál sea la legitimación que justifique la agravación del hurto de objetos empleados en el culto religioso (§ 243, párrafo 1.º, oración 2, núm. 4 StGB).

b) A diferencia del moralismo estricto, la finalidad del *conservadurismo moral* es mantener las convicciones morales tradicionales. Así, dichas convicciones no son consideradas como las (únicamente) correctas —en caso contrario, no habría diferencias con el moralismo estricto—; sino que la protección de lo tradicional se contempla como un valor en sí mismo, por ejemplo debido a que ello proporciona a los ciudadanos un tranquilizador sentimiento de familiaridad. Sería difícil encontrar ejemplos de normas penales conservadoras dentro del Derecho penal nuclear. Pero en el Derecho de extranjería existen determinadas prohibiciones penalmente aseguradas de estancia y entrada (por ejemplo §§ 192 AuslG [Ley de Extranjería]), que desde un punto de vista político-criminal pueden fundarse en una preocupación por la «extranjerización» o incluso por la «mezcla de razas» en la sociedad. Dicha preocupación por la extranjerización no es otra cosa que el deseo de mantener lo tradicional.

c) La protección penal de valores es auspiciada por el *perfeccionismo* en una dirección particular, en tanto en cuanto considera al Derecho penal como un instrumento para el desarrollo moral de los ciudadanos. Ello podría sorprender en un principio, aunque lo cierto es que aspectos como la intensa discusión actual acerca de la prohibición de juegos de ordenador que fomentan la violencia pueden entenderse como el intento de perfeccionar el carácter de los jóvenes, así como también el de los adultos⁶⁹, en cuanto las imágenes de violencia física son alejadas de la vida cotidiana.

d) También la prohibición de hacerse con ventajas inmorales puede contemplarse como una variante del moralismo, que puede denominarse como *principio de explotación*. Tras ello se halla la idea de que nadie puede obtener ventajas de una situación de necesidad ajena o de una debilidad organizativa del sistema social. La prohibición de realizar

⁶⁸ FEINBERG lo califica como «*strict moralism*»: *vid. Harmless Wrongdoing* (nota 39), p. 4.

⁶⁹ Quienes figuran como sujetos a quienes ha de protegerse de ese fomento de la violencia, de igual modo que los adolescentes, en torno a los que ha girado el actual debate.

negocios con información privilegiada (por ejemplo § 404, párrafo 2.º, oración 2 AktG [Ley de Sociedades Anónimas]) remite a esa idea, como también lo hacen algunas formas de coacciones o chantaje⁷⁰.

e) Todos estos principios morales pueden ser sostenidos de *forma pura* o *mixta*⁷¹. En su forma pura, pueden distinguirse claramente del principio del daño, dado que a lo que se aspira es a proteger valores en sí mismos. Si se maneja la otra vertiente, se parte de la protección de valores, pero ello se realiza para evitar las *consecuencias* de esas conductas contrarias al valor respectivo. En este sentido, sería una aplicación extensiva del principio del daño o del de ofensividad: desde esta perspectiva, constituye una ampliación del merecimiento de pena a su ámbito previo.

f) Este aspecto posee relevancia en relación con algunas discutidas normas penales. Así, en el marco de los delitos contra el medio ambiente y de protección de los animales se entremezclan diversos criterios de legitimación. Es paradigmático a este respecto el § 324, párrafo 1.º, núm. 1 StGB, donde junto a riesgos para la flora y fauna se incluyen riesgos para la salud humana. Todas estas conductas son, desde nuestras convicciones éticas actuales, «inmorales». No obstante, las acciones peligrosas para la salud, la legitimación del precepto parte de un *moralismo mixto*, en tanto la finalidad de protección de la salud humana se vincula al principio del daño. Mientras que las acciones que sólo hacen peligrar la flora o la fauna, sin atentar contra la salud humana, sólo serían legitimables desde un *moralismo puro*.

5. Aspectos esenciales del discurso basado en principios

Los principios propuestos para la legitimación de normas penales constituyen un filtro, que contempla desde una óptica distinta que la teoría del bien jurídico las posibles conductas merecedoras de pena. En todo caso, deben mencionarse algunos aspectos básicos de la estructura de esa legitimación de normas basada en principios.

a) Todos los principios mencionados establecen únicamente *buenas razones* para la incriminación. La cláusula de una buena razón sirve como indicador de que un principio no es ni una razón necesaria ni una razón suficiente para el merecimiento de pena. Ninguno de los principios antes citados puede postular una razón necesaria, por cuanto excluiría al resto del debate. Precisamente ése es el defecto decisivo del debate sobre el bien jurídico: al bien jurídico se le ha exigido demasia-

⁷⁰ Así, por ejemplo, negocios usureros (§ 291 StGB), o la explotación de situaciones de necesidad para ofertas coactivas. Cfr. FEINBERG, *Harmless Wrongdoing* (nota 39), pp. 206-210.

⁷¹ *Vid.*, sobre todo ello, SEHER (nota 35), pp. 144 ss.

do en su papel de criterio exclusivo del merecimiento de incriminación. Tampoco esos principios constituyen por sí solos una razón suficiente para afirmar la legitimidad de una norma penal, dado que siempre puede haber razones que lleven a afirmar que una conducta merecedora de pena no conlleva, sin embargo, *necesidad de pena*, por ejemplo en función de la prohibición de exceso o a otras consideraciones político-criminales.

b) Esos principios de legitimación de normas no poseen un fundamento teórico autónomo. Su plausibilidad depende de una previa teoría global del Derecho penal. El planteamiento de FEINBERG se basa por ejemplo en una filosofía social de corte liberal que «parte de la presunción favorable a la libertad individual», asumiendo entonces esos principios como «principios delimitadores de la libertad»⁷². En Alemania, se intenta actualmente trabajar con criterios asentados en principios constitucionales o en derechos fundamentales⁷³. Esta idea es correcta en la medida en que adopta una perspectiva externa al Derecho penal y por tanto crítica con el mismo. No obstante, sus resultados hasta la fecha han sido más bien escasos. Sólo en supuestos muy excepcionales puede afirmarse que la norma fundamental impone un deber (prohibición de defecto) o una prohibición de incriminación (prohibición de exceso)⁷⁴.

c) Los principios expuestos son discursivamente *abiertos*. Puede entrar a discutirse sobre el contenido del principio del daño⁷⁵, o proponer una concreción del principio de ofensividad⁷⁶, o bien plantear nuevas formas de legitimación moralista⁷⁷. En el debate alemán —y a pesar de los reparos formulados— deberían jugar un papel relevante en esta cuestión los principios constitucionales. Aun cuando los fines y límites del Derecho penal no puedan inferirse de la Constitución en su

⁷² FEINBERG, *Harm to others* (nota 39), pp. 7-10. Esa presunción de libertad asumida bajo el adagio «*in dubio pro libertate*» ha caído en descrédito en la discusión doctrinal alemana. Se ha venido reiterando que carece de vigencia desde presupuestos constitucionales [APPEL (nota 49), pp. 412-414, con ulteriores referencias]. Ello supone desconocer el papel de la presunción de libertad en el discurso: no es una «fórmula» que establezca de antemano limitaciones vinculantes al legislador (así, sin embargo, APPEL, *ibid.*), sino que impone una obligación de fundamentación racional para los casos en los que la libertad tenga que ser restringida. Bajo esta función constituye también en el ámbito de la Ley fundamental un criterio útil, cuando no imprescindible. Fundamentar esto último, no obstante, requeriría una investigación independiente.

⁷³ Cfr. LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996; APPEL (nota 49), por ejemplo en pp. 454 ss.; STAECHELIN, *Strafgesetzbuch im Verfassungsstaat*, 1998; ROXIN/STRAFRECHT, AT, 3.^a ed., § 2/9; HEFENDEHL, GA, 2002, pp. 21, 22.

⁷⁴ Cfr. más en profundidad sobre ello, LAGODNY (nota 73), pp. 216-274, y APPEL (nota 49), pp. 72, 144, 179 ss.; más optimista en ese sentido STAECHELIN (nota 73), pp. 165 ss., y *passim*.

⁷⁵ Tal como ha hecho recientemente VON HIRSCH, GA, 2002, pp. 6 ss..

⁷⁶ En referencia a ello actualmente: VON HIRSCH y SIMESTER, *Legal Theory* (2002, en prensa [«Rethinking the Offence Principle», *Legal Theory*, 8 (2002)]).

⁷⁷ Vid. por ejemplo *supra* 4.c) sobre el debate acerca de los juegos de ordenador que fomentan la violencia.

totalidad, cabe esperar que algunas máximas constitucionales sean relevantes como buenas razones para conformar una nueva versión de la legitimación moralista de normas; por ejemplo, con la declaración de obligación estatal de protección del medio ambiente (art. 20.º GG) establece un principio de «moralismo ecológico»⁷⁸.

d) Debe destacarse sobre todo que un discurso de legitimación basado en principios no obliga a aceptar *todos* los principios expuestos. Un liberal, por ejemplo, rechazaría todo paternalismo (duro) y toda forma de moralismo. Otros, en cambio, podrían rechazar el principio de ofensividad en virtud de la trivialidad de sus formas de lesión. Inversamente, y como respuesta frente a nuevas necesidades, pueden incluirse nuevas formas concretas de moralismo (tal como por ejemplo hace materialmente STRATENWERTH, aunque no lo haga terminológicamente). Y si esas propuestas resultan plausibles, podrían obligar al liberal a replantearse sus estrictos márgenes de delimitación de lo punible. Ello, a su vez, podría llevar, o bien a la aceptación general de una determinada variante más específica de moralismo (por ejemplo, el «ecológico»), o bien a una modificación de los parámetros del principio del daño, de modo que pueda integrar propuestas moralistas razonables. Como puede verse, el debate se despliega en distintos estratos: consiste en 1) la aceptabilidad de los principios en sí mismos, 2) la concreción plausible de su contenido, y 3) la legitimación de normas penales concretas a través de un principio aceptado y plausiblemente formulado.

IV. LA LEGITIMACIÓN DE NORMAS BASADA EN PRINCIPIOS Y EL BIEN JURÍDICO

Hemos tenido ocasión de afirmar que en relación con la presente discusión jurídico-penal se había esperado demasiado del bien jurídico. En el epígrafe III se propuso una legitimación de normas basada en principios, que habría de servir para rebajar ese nivel de exigencia en relación con aquél. Los principios allí expuestos y manejados posibilitan sin duda el discurso acerca de problemas materiales de legitimación, pero lo cierto es que parecen operar sin necesidad de un concepto de bien jurídico. No obstante, creo que no debemos abandonar la noción de bien jurídico, sino que, por el contrario, considero que precisamente en su función crítica resulta una herramienta adecuada.

⁷⁸ El que un precepto de la Constitución del tipo del art. 20 GG exprese una buena razón para una norma penal es algo que debe analizarse más detalladamente desde parámetros tanto constitucionales como político-criminales y dogmáticos. Cfr. sobre ello APPEL (nota 49), pp. 573 ss.; WOHLERS, *Deliktstypen* (nota 1), p. 245. Es digno de resaltar que LAGODNY (nota 73), pp. 198 ss. discuta el Derecho penal del medio ambiente no desde la perspectiva del art. 20 GG, sino exclusivamente desde las prohibiciones relativas a la accesoria administrativa, es decir, en tanto normas para la protección de la autoridad del acto administrativo estatal.

La concepción habitual sobre el bien jurídico parte de la idea de que un bien jurídico es un «algo» determinado. Si esa idea es correcta, la legitimación de normas penales debería establecerse en función de si protegen ese «algo».

A mi modo de ver, debe procederse *al revés*. Una vez se propone la protección penal de un determinado hecho (un interés, un recurso, un valor, etc.), debe mostrarse de modo plausible, a partir de principios éticos de carácter crítico, que ese hecho merece tal protección. Si ello se confirma, puede entonces afirmarse, como conclusión de esa argumentación basada en principios, que en sentido jurídico-penal ese hecho constituye un bien jurídico.

Desde esta perspectiva, el concepto de bien jurídico no es un instrumento de legitimación de normas, sino que es producto de esos principios. Ello no le priva de valor, lo que hace es precisar sus contornos. Así, desde estos presupuestos, puede entenderse por «bien jurídico» todo hecho (interés, recurso o valor) que es reconocido legítimamente como merecedor de protección penal a partir de una discusión basada en principios⁷⁹. Con ello, el concepto de bien jurídico viene a expresar el estatus jurídico-penal cualificado que obtienen determinadas realidades. Y al mismo tiempo mantiene su contenido crítico, en tanto se conforma en torno a principios críticos aceptados.

La inversión propuesta de la estructura de legitimación conlleva la necesidad de una investigación exhaustiva sobre los principios de referencia. El hecho de que en Alemania hasta el momento ello se haya hecho de modo titubeante seguramente no ayudará a incrementar la disposición a embarcarse en ese cometido. No obstante, hacerlo promete un doble beneficio: una mayor precisión en los términos del debate, y un mayor desarrollo, tan necesario en la práctica, del concepto de bien jurídico.

⁷⁹ Discusión que puede ser ético-crítica o político-pragmática.