

# DOCTRINA PENAL

Teoría y Práctica en las Ciencias Penales

REVISTA TRIMESTRAL

Director: RICARDO C. NUÑEZ

*Secretarios de redacción*

CARLOS A. TOZZINI

JULIO B. J. MAIER

DAVID BAIGÚN

*Consejo consultivo internacional*

Lolita Aniyar de Castro (Maracaibo - Venezuela)

Marino Barbero Santos (Madrid - España)

Jürgen Baumann (Tübingen - R.F.A.)

Luis Bramont Arias (Lima - Perú)

Marshall B. Clinard (Wisconsin - U.S.A.)

Juan Córdoba Roda (Barcelona - España)

Franco Ferracutti (Roma - Italia)

Hans Joachim Hirsch (Köln - R.F.A.)

Hans Heinrich Jescheck (Freiburg i. Br. - R.F.A.)

John Kaplan (Stanford - U.S.A.)

Angelo Raffaele Latagliata (Napoli - Italia)

Rosa del Olmo (Caracas - Venezuela)

Klaus Tiedemann (Freiburg i. Br. - R.F.A.)

Giuliano Vassalli (Roma - Italia)

Dirección y administración: Talcahuano n° 494, Buenos Aires

# DOCTRINA PENAL

Teoría y Práctica en las Ciencias Penales

Director: RICARDO C. NUÑEZ

*Secretarios de redacción*

CARLOS A. TOZZINI

JULIO B. J. MAIER

DAVID BAIGÚN

AÑO 12

N<sup>os.</sup> 45 a 48



EDICIONES *Depalma* BUENOS AIRES

1989

## e) Conclusiones.

Excedería las posibilidades de esta publicación realizar un *análisis de factibilidad* de la aplicación del sistema alemán, o uno semejante, como el propuesto en el proyecto nacional, en nuestro país. Supongo que no faltarán estudiosos dispuestos a asumir tal tarea, a las que sin duda harían un aporte mis observaciones precedentes, síntesis de varios años de estudio en el terreno del sistema germánico. De todos modos, y reiterando lo dicho en la primera parte, al margen de qué sistema se toma como modelo u orientación, o si se gesta una creación totalmente novedosa, lo importante es facilitar a los jueces y autoridades del menor baterías de soluciones alternativas, suficientemente elásticas y coherentes en su sistemática, como para hacer realidad la propuesta de la pena como *ultima ratio*. Las propuestas analizadas en este trabajo reúnen, sin duda, estas condiciones, y son operativas en nuestra realidad sin problemas especiales de adaptación o infraestructura. Es por este motivo que propugno su adopción por el proyecto nacional, porque viene a llenar una sentida necesidad de la justicia penal de menores, sin descuidar factores asistenciales que habitualmente se presentan en combinación. La experiencia práctica alemana que se ha reseñado, puede ser también un buen indicador de la operatividad del sistema. Tal como dijimos al cierre de la entrega anterior, el proyecto nacional es un punto de partida, del cual es imprescindible sacar provecho. De lo contrario, en materia de menores corremos el riesgo de eclipsar a Penélope. La única forma de evitarlo es aprender eficazmente de los caminos ya transitados.

## LINEAMIENTOS DE UNA TEORÍA PERSONAL DEL BIEN JURÍDICO \*

por WINFRIED HASSEMER \*\*

SUMARIO: I. *El funcionalismo en el derecho penal.* - II. *La teoría del bien jurídico y el pensamiento funcionalista.* 1. Fundamentación o limitación de la punibilidad. 2. Las tendencias en el derecho penal moderno. - III. *Las respuestas de una teoría personal del bien jurídico.* 1. Socialización y pensamiento personal. 2. El concepto de bien jurídico personal. 3. La concepción personal de los bienes jurídicos universales. 4. La política criminal en los bienes jurídicos universales. a) La jerarquía de los bienes jurídicos. b) La experiencia valorativa de la sociedad. c) Ideología social y subsidiariedad del derecho penal.

### I. EL FUNCIONALISMO EN EL DERECHO PENAL.

El funcionalismo se refiere actualmente, dentro del derecho penal, a la incorporación de los intereses políticos a los principios normativos de la determinación del merecimiento de pena y de su ejecución. Existen numerosas construcciones funcionalistas: el enriquecimiento del concepto de culpabilidad con momentos de persecución de una finalidad preventiva<sup>1</sup>, la justificación de facultades de intervención por encima del § 34, StGB<sup>2</sup>, o la posibilidad de valorar en el proceso penal en caso de necesidad el conocimiento obtenido ilegítimamente o por medio de engaño<sup>3</sup>, son sólo algunos de los más claros ejemplos de la idea que comienza a caracterizar al derecho moderno y, en general,

\* *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, publicado en *Jenseits des Funktionalismus*, C. F. Müller, Heidelberg, 1989. Traducción de Patricia S. Ziffer, con expresa autorización del autor.

\*\* Profesor de teoría del derecho, sociología del derecho y derecho penal en el Institut für Kriminalwissenschaften de la Universidad Johann-Wolfgang-Goethe de Frankfurt am Main.

<sup>1</sup> Jakobs, *Allgemeiner Teil*, 1983, notas 17, 18 y ss., con mayores precisiones.  
<sup>2</sup> Aclaraciones, en mi trabajo acerca de la consideración de las consecuencias en la interpretación de las leyes penales, en el *Festschrift für Coing*, I, 1982, ps. 507 y ss., 522 y ss.; ob. cit., ps. 498 y ss., más ejemplos.

<sup>3</sup> BCH, NJW 1987, p. 2525.

al derecho penal; es una idea por la cual se funcionalizan los principios del derecho penal a partir de los requerimientos de una política criminal efectiva. Sobre la base metodológica de una aplicación del derecho orientada a las consecuencias y de una ponderación de los principios según los intereses en el caso concreto, se flexibilizan las tradiciones normativas del derecho penal y se las despoja del poder de oposición que necesitan, si es que deben constituir las "barreras inexpugnables de la política criminal" (Franz v. Liszt)<sup>4</sup>. Un pensamiento penal funcionalista no puede establecer los límites de la política criminal, ya que la política criminal es uno de sus intereses centrales y el pensamiento funcionalista mismo está orientado *output*. Esto acarrea no pocas consecuencias; las posiciones jurídicas sólidas, que son el presupuesto de todo pensamiento jusnaturalista como escala crítica para una política jurídica correcta, se pierden con un punto de vista funcionalista, y pueden afirmarse en procesos de ponderación solamente disponibles y según los casos.

Este proceso no parece fácilmente reversible, especialmente si se tiene en cuenta que a partir de Kant el camino de la certeza jusnaturalista ha quedado cerrado, y el pensamiento funcionalista se corresponde demasiado bien con las exigencias que los cambios sociales veloces y complejos plantean al derecho. No obstante, hay algunas voces, y entre ellas, especialmente, la de Arthur Kaufmann<sup>5</sup>, que exigen un apoyo normativo sólido para los procesos de desarrollo del derecho. Para el autor mencionado, el concepto de persona<sup>6</sup> es el eje sobre el cual gira una fundamentación no funcionalista del derecho, y constituye un parámetro irrenunciable para un derecho justo.

## II. LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO Y EL PENSAMIENTO FUNCIONALISTA.

La teoría del bien jurídico es un buen criterio para el análisis del pensamiento funcionalista en el derecho penal. En efecto, dice haber encontrado, en su variante "crítico-sistemática"<sup>7</sup>, una escala de referencia para una política criminal correcta: la conexión existente entre

<sup>4</sup> Discutido, con más detalles, incluyendo lo que sigue, en mi trabajo sobre la indisponibilidad en el derecho procesal penal, en *Festschrift für Maihofer*, 1988.

<sup>5</sup> Especialmente en *Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen*, en "Rechtstheorie", 1986, ps. 257 y ss.

<sup>6</sup> *Ibidem*, especialmente ps. 268 y ss., 275.

<sup>7</sup> Con más detalles en W. Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973/1980, ps. 20 y ss., 27 y ss.; Maurach-Zipf, *Allgemeiner Teil*, I, 7ª ed. (1987), § 13, n.º 14; Stratenwerth, *Allgemeiner Teil*, I, 3ª ed., 1981, n.ºs. 55 y s., 60 y ss.

la determinación del merecimiento de pena y la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Esta teoría debe hacerse cargo de los ataques a que ha sido sometida por el funcionalismo en los últimos años, y que la ha hecho aparecer, hasta el momento, como anacrónica. Por eso, después de largos años de silencio con relación a la teoría del bien jurídico, vale la pena preguntarse qué es lo que puede resultar del principio del bien jurídico dentro de un contexto ideológico que, políticocriminalmente, en modo alguno apunta hacia la vinculación del legislador con el sustrato real que se le presenta, justamente, los bienes jurídicos. Esta pregunta permite, al mismo tiempo, corregir algunas de las posiciones que en los años 70 discutieron intensamente acerca de la teoría del bien jurídico, o bien replantearlas dentro de un nuevo contexto.

### 1. *Fundamentación o limitación de la punibilidad.*

Si estoy en lo correcto, en los últimos años, la posición de la protección de los bienes jurídicos en el derecho penal se ha ido desplazando en forma imperceptible. Se ha ido pasando de una tendencia crítica frente al derecho penal, y despenalizante, a un contexto criminalizante y en el cual se justifica el derecho penal. Desde sus orígenes, especialmente con Birnbaum<sup>8</sup> y Feuerbach<sup>9</sup>, pasando por los conceptos de Jägers<sup>10</sup> y de los Proyectos Alternativos<sup>11</sup>, hasta llegar a mi trabajo<sup>12</sup>, se recurría a la protección de los bienes jurídicos como requisito para la desinjerminación: el legislador *sólo* podía establecer una pena para aquello que "efectivamente" amenazara un bien jurídico (y no que, por ejemplo, contraviniera las convicciones valorativas dominantes, como el caso de la moral sexual general). Dentro de este contexto, la misión del principio del bien jurídico consistía en la exigencia al legislador de explicitar un sustrato empírico (justamente, bienes jurídicos), como fundamento para establecer, o bien para suprimir, amenazas penales.

<sup>8</sup> Birnbaum, *Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*, con especial consideración del concepto de lesiones al honor, en "ArchKrimR", NF I 1834, ps. 149 y ss.

<sup>9</sup> Feuerbach, especialmente en *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14ª ed. (ed. C. J. A. Mittermaier), 1847, § 19 y ss.

<sup>10</sup> Jäger, *Strafgesetzbuch und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische Untersuchung*, 1957.

<sup>11</sup> Especialmente *Besonderer Teil*, delitos sexuales, delitos contra el matrimonio, la familia y el estado civil, delitos contra la tranquilidad religiosa y la paz de los muertos, 1968.

<sup>12</sup> *Supra*, nota 7.

Fue particularmente la resolución del BVerG (Tribunal Constitucional Federal) con relación al aborto<sup>13</sup>, la que permitió tomar conciencia general con respecto a que la potencialidad desincriminante del principio del bien jurídico depende de presupuestos históricos particulares, como es el caso de la hipertrofia de protección penal, pero que si no, este principio se caracteriza más bien por su tendencia criminalizante: los bienes jurídicos, en la medida en que están amenazados "efectivamente" por determinada conducta, tornan exigible la prohibición de dicho comportamiento.

De allí que no sea posible despojar fácilmente al principio de protección de los bienes jurídicos —y en la misma medida, tampoco a la Constitución— de un mandato de criminalización; esto evita que el legislador tenga un amplio marco de decisión con relación a si se debe criminalizar y cómo. Sin embargo, hay que dejar en claro dos cosas: que el principio del bien jurídico por sí mismo no tiene la facultad de responder a la cuestión del merecimiento de pena, y que es ambivalente, y que, según cuál sea la situación histórica de la legislación penal, puede pronunciarse tanto en favor de la criminalización como de la desincriminación.

De aquí surge, entonces, la posición específica (y comparativamente reducida) del principio del bien jurídico en el marco de la determinación del merecimiento de pena. Una conducta que amenaza al bien jurídico es la condición necesaria, pero no suficiente para criminalizar esa conducta.

Como elemento fundante del merecimiento de pena, a la lesión del bien jurídico se contraponen principios orientados a la limitación de la punibilidad que resumo en el concepto de "formalización de la administración de justicia"<sup>14</sup>, entre los cuales merecen ser mencionados los siguientes: subsidiariedad (el derecho penal sólo debe actuar cuando no haya otro medio para resolver el conflicto); la dañosidad social (el conflicto debe afectarnos "a todos", y no solamente al autor y a la víctima); tolerancia, humanidad, protección de la dignidad del hombre (una amenaza penal, cualquiera que sea su clase, no debe lesionar los fundamentos de nuestra cultura jurídica). Además, tam-

<sup>13</sup> "BVerfGE", 39, 1 (46 y ss.); también Rüpke, *Schwangerschaftsabbruch und Grundgesetz*, 1975, ps. 60 y ss.; Müller-Dietz, *Zur Problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierungsbote*, en Jung/Müller-Dietz (ed.), § 218, 1983, ps. 77 y ss.

<sup>14</sup> Al respecto, por ejemplo, mi *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, ps. 127 y ss., 294 y ss. (existe traducción castellana de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, bajo el título *Fundamentos del derecho penal*, ed. Bosch, Barcelona, 1984).

bién los fundamentos del derecho penal de hecho y las leyes penales determinadas constituyen elementos que limitan la determinación del merecimiento de pena. Estos principios hacen explícito que el legislador penal sólo puede garantizar la protección de los bienes jurídicos dentro de límites estrechos y con medios específicos.

Creo que el concepto de protección del bien jurídico, dentro de esta variante sistémica y así relativizado, puede, llegado el caso, cumplir con su función de imponer al legislador penal una barrera y evitar, o, por lo menos, dificultar, una adecuación precipitada del derecho penal a los intereses de la política criminal.

## 2) *Las tendencias en el derecho penal moderno.*

Es indudable que subsisten grandes dudas en cuanto a si el concepto de bien jurídico cumple aún hoy realmente con esta función. No solamente las tendencias en la legislación penal reciente<sup>15</sup>, sino también las modernas opciones dentro de la ciencia del derecho penal<sup>16</sup>, dejan a un lado el mensaje de la teoría del bien jurídico o dudan de su capacidad para realizar aportes significativos al desarrollo del derecho penal. Estas tendencias pueden ser caracterizadas de la siguiente manera:

La legislación penal moderna de la parte especial del Código Penal y leyes complementarias —y éstas son precisamente las partes del derecho penal que atañen al problema del bien jurídico— criminaliza esencialmente delitos de víctimas difusas. La economía, el medio ambiente, el abuso de drogas o del procesamiento de datos son los campos en los cuales el legislador penal moderno desplegará su actividad reguladora. El instrumento adecuado a la conformación de estos delitos son los delitos de peligro abstracto. Esto significa, en primer lugar, un empobrecimiento de los presupuestos de la punibilidad: en vez de una víctima visible, en vez de un daño y la causalidad de la acción respecto de ese daño, la punibilidad depende solamente de la comprobación de una conducta peligrosa. Desde el punto de vista del bien jurídico esto significa una disolución del concepto: el lema ya no es la protección de intereses humanos concretos, sino la protección de instituciones sociales o "unidades funcionales de valor"<sup>17</sup>: el funcio-

<sup>15</sup> Al respecto, especialmente Naucke, *Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung*, 1975, ps. 25 y ss., 43 y ss.

<sup>16</sup> Especialmente en Jakobs, *Allgemeiner Teil*, 1983, nos. 2/22 y ss.

<sup>17</sup> Cfr. Rudolph, en *SK-StGB*, 5ª ed. (1988), antes del § 1, nº 8, con aclaraciones.

namiento de los sistemas subvencional, de procesamiento de datos o de crédito; el medio ambiente como totalidad; la salud pública. El problema que se le crea con esto a la teoría del bien jurídico se ve claramente; los bienes de protección de esta calidad conceptual no permiten criticar un tipo penal por su excesiva amplitud. El concepto de bien jurídico solamente puede funcionar como posible correctivo de la política criminal en la medida en que los bienes a ser protegidos penalmente estén descritos de forma concreta.

La vaguedad del concepto de bien jurídico está íntimamente vinculada con la falta de efectividad de la teoría del bien jurídico. No es de asombrarse, entonces, que estas teorías sean anticuadas.

Pero estos problemas de la teoría del bien jurídico no son nuevos. Ya Birnbaum, quien con razón quiso afirmar el concepto de bien jurídico refiriéndolo concretamente a personas y cosas<sup>18</sup>, se vio obligado, al realizar un análisis más profundo, a reconocer como bien sujeto a la protección penal también a las representaciones morales de la sociedad<sup>19</sup>. Feuerbach<sup>20</sup> eludió la opción entre la estrictez del concepto y la realidad del derecho penal, al excluir partes del derecho penal como delitos en sentido amplio, y así, rescató un concepto de bien jurídico teóricamente más preciso pero sin consecuencias prácticas. Y con relación al fenómeno de los bienes jurídicos universales (Estado, administración de justicia, tráfico jurídico de documentos), la teoría del bien jurídico enfrenta desde su inicio la alternativa entre un concepto de bien jurídico vago, pero cercano a la realidad, o un concepto preciso pero que no se adecua al derecho penal real. Dicho exageradamente, si la determinación del concepto de bien jurídico es precisa, y sólo por eso, rica en consecuencias político-criminales, pero no parece adecuarse al derecho penal real, la teoría del bien jurídico siempre parece quedarse atrás en el desarrollo del derecho penal.

A esto se agrega que una sociedad moderna amplía las posibilidades de acción y crea, con sus nuevas instituciones, nuevas posibilidades de lesión. Sería necio querer rescatar los principios jurídicos clásicos mediante la subestimación de este desarrollo<sup>21</sup>. El abuso masivo de drogas, la contaminación del medio ambiente y los ataques que amenazan las estructuras económicas o tecnológicas de comunicación crean nuevos problemas sociales que la teoría del bien jurídico también debe plantearse.

<sup>18</sup> *Supra*, nota 8, p. 150.

<sup>19</sup> *Ibidem*, ps. 178, 183 y ss.

<sup>20</sup> *Supra*, nota 9, § 388 y ss.

<sup>21</sup> En forma similar: Lübbe, *Politischer Moralismus*, 1987, p. 113.

### III. LAS RESPUESTAS DE UNA TEORÍA PERSONAL DEL BIEN JURÍDICO.

Cabe preguntarnos, entonces, si la teoría del bien jurídico tiene algo que decir acerca de este desarrollo, o si —y esto significaría al mismo tiempo su fin— solamente es de utilidad para los bienes de protección “clásicos”, desde la vida, pasando por la salud, hasta la propiedad personal.

#### 1. Socialización y pensamiento personal.

Un principio de respuesta es reflexionar acerca de las modernas tendencias de la socialización, la complejización de las relaciones sociales y la creación de instituciones complejas, que no constituyen una razón para funcionalizar los elementos individuales y personales en el derecho y en pensamiento jurídico a partir de las instituciones, para “socializarlos”, de modo tal que en cierta medida estén en consonancia con el cambio social; al contrario, justamente es el derecho penal el que debe proteger y asegurar firmemente en esta época los elementos personales; pues, en última instancia, su función no es la seguridad general o la disminución social del daño, sino la imputación de un hecho punible a una persona, y con ello, la individualización de un problema, el cual, por cierto, siempre es social. Los tiempos de la alta complejización social, en el derecho penal, son los tiempos de las teorías con orientación personal.

Para la teoría del bien jurídico esto fundamenta la necesidad de realizar elaboraciones teóricas acerca del desarrollo de las estructuras sociales y de los problemas sociales, sin renunciar con ello a la tradición personal de la teoría. Esta tradición consiste en funcionalizar los intereses generales y del Estado a partir del individuo: los bienes jurídicos universales tienen fundamento sólo en la medida en que se corresponden con los intereses —conciliados— del individuo<sup>22</sup>. El fundamento de esta tradición es una concepción liberal del Estado, que no es un fin en sí mismo, sino que solamente debe fomentar el desarrollo y aseguramiento de las posibilidades vitales del hombre.

¿Qué significa esto en la época del pensamiento jurídico funcionalista?

<sup>22</sup> Este concepto fue reelaborado con especial fuerza por M. Marx, *Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”*. *Prolegomena einer materialen Verbrechenstheorie*, 1972, ps. 79 y ss.; mayores aclaraciones y discusión en mi trabajo *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973/1980, ps. 68 y ss., 76 y ss.

## 2. El concepto de bien jurídico personal.

En primer lugar, la concepción personal insiste en un concepto de bien jurídico que se pronuncia claramente en el campo de tensión entre individuo, sociedad y Estado; los bienes jurídicos son intereses humanos que requieren protección penal. Esto indica, ante todo, que la protección de las instituciones sólo puede llegar hasta el punto en que es condición de la posibilidad de protección de la persona. Más allá de esto, este concepto de bien jurídico es siempre algo con más características, como cuando se habla de "unidades funcionales", "creaciones de pensamiento" o "situaciones"<sup>23</sup>.

Este concepto, por cierto, tampoco está tan lleno de presupuestos como para poder deducir de él decisiones político-criminales acerca del merecimiento de pena. Pero esto tampoco se puede esperar respecto de un concepto de bien jurídico. En primer lugar, su importancia —al igual que la de otros conceptos jurídicos fundamentales, como el "principio de culpabilidad" o el "*in dubio pro libertate*"—, no reside en posibilitar deducciones *more geometrico*, sino en dar a las discusiones jurídicas determinada línea argumental, como es, en este caso, la concepción personal en la elección de los objetos de protección penal. En segundo lugar, el concepto de bien jurídico debe ser siempre lo suficientemente abierto como para permitir una decisión discrecional del legislador penal.

## 3. La concepción personal de los bienes jurídicos universales.

La concepción teórica y el tratamiento práctico de los bienes jurídicos universales es más importante y de actualidad. Con relación a esto, cabe aclarar, en primer lugar, que un concepto personal del bien jurídico no rechaza la posibilidad de bienes jurídicos generales o estatales, pero funcionaliza estos bienes desde la persona: solamente puede aceptarlos con la condición de que brinden la posibilidad de servir a intereses del hombre. Esto significa, por ejemplo, que el bien jurídico de los delitos contra la fe pública no puede ser la seguridad del tráfico jurídico, sino la totalidad de quienes intervienen en este tráfico jurídico y, con ello, de los interesados en la integridad de los instrumentos de prueba<sup>24</sup>, o que el bien jurídico en el derecho ambien-

<sup>23</sup> Aclaraciones acerca de este concepto de bien jurídico en Otto, *Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand*, en *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik* (ed. Müller-Dietz), 1971, ps. 2 y s.

<sup>24</sup> Así también en Maurach-Schroeder, *Besonderer Teil*, 2, 6ª ed., 1981, § 65, 1, 2.

tal no es el medio ambiente por sí mismo, sino solamente como medio para las necesidades de la salud y la vida del hombre<sup>25</sup>.

## 4. La política criminal en los bienes jurídicos universales.

De esta concepción teórica se extraen criterios para la acción político-criminal.

### a) La jerarquía de los bienes jurídicos.

Si se vincula la admisión de bienes jurídicos universales a intereses personales, entonces se ha afirmado con ello una relación jerárquica: los bienes jurídicos generales se deben legitimar en una forma especial, y su protección penal depende de mandatos especiales de reserva. Estos mandatos conducen, tomados estrictamente, a la criminalización de una zona neutra. Esto trae como consecuencia que las razones para la protección del bien jurídico deban ser particularmente urgentes, y que las modalidades de la técnica de protección (elección del marco penal, sanción de la tentativa y de la imprudencia, etc.) deban ser comparativamente benignas. Cuanto más difícil sea conciliar legítimamente una amenaza penal con un interés humano, tanto más cuidadoso se debe ser con relación a si se debe amenazar penalmente y cómo.

### b) La experiencia valorativa de la sociedad.

En verdad, esto constituye solamente la cara teórica de la moneda de la política criminal. Los bienes jurídicos no se elaboran en un laboratorio, sino en la experiencia social, o más precisamente según los momentos de la frecuencia de una lesión a un interés, la intensidad de la necesidad vista desde el bien lesionado y la intensidad de amenaza según la percepción social de la lesión<sup>26</sup>. Estos momentos tienen una constitución social y comunicativa, y son variables históricamente. Actualmente están extraordinariamente acentuados desde el punto de vista de los bienes jurídicos universales en los campos de la economía, el abuso de drogas, la protección de datos y del medio ambiente, y en este fenómeno, los medios tienen una participación importante. Esta

<sup>25</sup> Así también en Lackner, *Strafgesetzbuch*, 17ª ed., 1987, antes del § 324, nº 3.

<sup>26</sup> En detalle en mi *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973/1980, ps. 147 y ss., 221 y ss.; Lüderssen, *Kriminologie. Einführung in die Probleme*, 1984, nºs. 157 y ss.

experiencia valorativa de la sociedad, aunque no puede ser reflejada fácilmente por el legislador penal, tampoco puede ser ignorada<sup>27</sup>. Tampoco una teoría personal del bien jurídico podrá ni querrá discutir que el legislador penal establece estos campos, aun cuando los bienes jurídicos universales allí protegidos sólo tengan una relación mediata con los intereses humanos.

c) *Ideología social y subsidiariedad del derecho penal.*

Pero una teoría personal del bien jurídico puede enriquecer el discurso policriminal justamente en lo que se refiere a estos complejos problemas. Su aporte es doble. En primer lugar, puede insistir con especial fuerza en la necesidad e idoneidad de las respectivas amenazas penales para la protección de los bienes jurídicos, y en segundo lugar, y coherentemente con esto, puede dar en este campo, fundamentos más profundos al tradicional principio de subsidiariedad.

Los bienes jurídicos universales son más influenciables ideológicamente que los bienes jurídicos individuales. La "vida sana" o el temor frente a las drogas son hoy públicamente valoradas con una fuerza similar a lo que ocurría hace unas pocas décadas con la moral sexual dominante (lo cual finalmente se introduce en la conciencia pública). A partir de ese momento, sólo hay un paso antes de que se exija el castigo del desviado.

Una teoría personal del bien jurídico es más escéptica. Dentro de su arsenal teórico se encuentra la pregunta acerca de si realmente la protección penal puede favorecer los intereses del hombre y de qué forma. El conjunto de análisis que el legislador penal debe realizar antes de criminalizar sólo es exhaustivo, con relación a los bienes jurídicos universales, dentro de una concepción personal del bien jurídico.

Quien acepta con generosidad los bienes jurídicos universales corre el riesgo de aceptar al derecho penal no ya como *ultima ratio* sino como *prima* o incluso como *sola ratio* de la protección de bienes jurídicos. Si se considera que el bien jurídico del derecho penal ambiental, por ejemplo, es la vida y la salud del hombre, entonces se tenderá a calificar la mayoría de los tipos del catálogo de los § 324 y ss., StGB, más bien como ilícitos administrativos; quien acepte al medio ambiente como bien jurídico, no tiene motivo alguno, desde el punto de vista del bien jurídico, para cuestionarse esto. De hecho —y como consecuencia de las falencias que se presentan con relación a la eje-

<sup>27</sup> Acerca de este concepto más racional de política criminal, más aclaraciones en mi trabajo mencionado en la nota 26, ps. 239 y ss.

cución en este ámbito del derecho penal—<sup>28</sup>, cada vez se va extendiendo más la idea de que es mejor que la protección de estos bienes jurídicos se sitúe fuera del derecho penal<sup>29</sup>. Una teoría personal del bien jurídico podría haber ayudado a llegar antes a esta conclusión. Pero en este momento una teoría de esta naturaleza no se ve favorecida por la coyuntura.

<sup>28</sup> Al respecto, por ejemplo: M. J. Albrecht, *Probleme der Implementierung des Umweltstrafrechts*, "MSchrKrim", 66, 1983, ps. 278 y ss.; Hübs-Krusche/Krusche, *Die strafrechtliche Erfassung von Umweltbelastungen. Strafrecht als ultima ratio der Umweltpolitik?*, 1983, un balance provisorio crítico en derecho comparado en Albrecht/Heine/Meinberg, *Umweltschutz durch Strafrecht?*, en "ZStW", 1984, ps. 943 y ss.

<sup>29</sup> Acerca de puntos de partida alternativos para una política ambiental regulativa, confr. los aportes de Caspar Einem, *Zivilrechtliche Ansätze für die Umweltpolitik*, y Wolfgang Mattern, *Zur Notwendigkeit strafrechtsunabhängiger Handlungsstrategien im Umweltschutz*, en "Kriminalsoziologische Bibliographie", 55, 1987, ps. 73 y ss. y 41 y ss.