

Estudios sobre Justicia Penal

Homenaje al Profesor
Julio B. J. Maier



BIBLIOTECA	
Cias.	_____
Tombo	223
Data	___/___/___



Editores del Puerto
Buenos Aires - 2005

3917



© Editores del Puerto s.r.l.

Paraná 341 - 8° C
(1017) Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Telefax: (54-11) 4372-8969 / 4375-4209
delpuerto@editoresdelpuerto.com
www.editoresdelpuerto.com

Diseño de tapa: Diego Grinbaum

Impreso en julio del 2005 en
Corporación Gráfica
Ávalos 2106. Vicente López.
Pcia. de Buenos Aires. Argentina

Hecho el depósito de la ley 11.723

ISBN 987-9120-72-B

Tirada: 1.000 ejemplares

Libro de edición argentina

Baigún, David et al.
Estudios sobre la Justicia Penal : homenaje al Prof. Julio B.J. Maier /
David Baigún... [et.al.]. - 1ª ed. - Buenos Aires : Del Puerto, 2005.
1024 p.; 26x19 cm.

ISBN 987-9120-72-B

1. Derecho Penal I. Título
CDD 345.

Fecha de catalogación: 17/06/2005

Bienes jurídicos en el derecho penal*

por Winfried Hassemer**

I. Dedicatoria

La teoría del bien jurídico se ubica en una tradición de la formación teórica de las ciencias penales interesada en la legalidad del derecho penal¹, que persigue el objetivo de la proporcionalidad de la pena² y de la controlabilidad de la justicia penal³, de elaborar conceptos que se dirijan a objetos tan precisos como sea posible, y que, a su vez, resulten cognoscibles en la forma más clara posible, para que, de este modo, también puedan ser comprendidos por los ciudadanos y ciudadanas. Como se advierte ya a partir de esta breve descripción, esta tradición relaciona a la dogmática penal con la política criminal y con el derecho penal constitucional, y alcanza tanto al derecho penal material como al derecho penal formal.

Se trata de una tradición que da prioridad a ciertos principios particulares de la filosofía del derecho penal, de la política criminal y de la dogmática penal, entre los cuales se pueden destacar tres.

1. Un derecho penal de hecho, que pretende apoyar la injerencia penal sobre la base de la conducta humana y la sospecha del hecho como primer punto de partida de la actividad jurídico penal, en el marco de lo posible, sobre hechos externos, aprehensibles, que resulten accesibles a una observación directa, y no sobre el "aspecto interno del hecho" del agente, el cual, por consistir en una disposición interna, sólo es accesible a la observación del otro en forma indirecta y con un riesgo de error típicamente alto⁴.

2. El rechazo sistemático de vincular al derecho penal con la protección de tendencias generales, ciertas formas de vida o convicciones morales, y en lugar de ello, buscar objetos de protección con el mayor grado de definición posible⁵.

* Traducción de Patricia S. ZIFFER.

** Johann Wolfgang Goethe - Universität, Frankfurt am Main. Vicepresidente del Tribunal Federal Constitucional.

¹ Art. 103, párr. 2, de la Ley Fundamental; § 1 StGB.

² BAE, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Mangelrecht des StGB*, 1985. Allí se demuestra (ps. 24 y ss., 45 y ss., 52 y ss.) que este principio no caracteriza solamente al derecho de las medidas.

³ Derivaciones y ejemplos en mi trabajo *Die Gerichtsbarkeit der Paulskirche – und unsere*, en *Festschrift für Grünwald*, 1999, ps. 223 y ss., 240 y ss. y 246 y siguientes.

⁴ Ampliamente, acerca de la metodología y dogmática de los conceptos de disposición, cf. mi *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed., 1990, esp. ps. 183 y ss., y 219 y siguientes.

⁵ Paradigmático, JÄGER, Herbert, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische Untersuchung*, 1957, esp. ps. 18 y ss. y 29 y siguientes.

3. La decisión de no abandonar el principio según el cual en un estado de derecho no se puede justificar una amenaza penal que no se puede referir a un bien jurídico tampoco frente a necesidades de pena poderosas y vagas⁶.

Esta tradición, en la que también se ubica la teoría del bien jurídico, plantea en nuestros días problemas específicos. Con esto no me refiero a las discusiones habituales e irrenunciables acerca de la coherencia y fecundidad de una cierta teoría fundamental del derecho penal⁷; antes bien, me refiero al "espíritu de los tiempos" de la modernidad occidental⁸, en la que el derecho penal es concebido como funcional y como un instrumento de control social y de seguridad interior, cuya legitimación se relaciona con su capacidad para favorecer estos objetivos y que, consecuentemente, una y otra vez entra en conflicto con la tradición del derecho penal: para el punto de vista moderno, este instrumento resulta muy lento, muy estático y muy cerrado como para servir para la solución de los problemas sociales de amplio espectro como los que se presentan en las complejas sociedades de riesgo. Los principios del derecho penal de hecho, de la imputación individual, de la sospecha del hecho como límite de la injerencia, de una ejecución de la pena resocializadora conforme la dignidad humana, pero por eso también de la lesión del bien jurídico como presupuesto de un mandato de acción penal, se encuentran en un conflicto fundamental con las tendencias actuales del derecho penal de asumirse en interés de una efectiva prevención de los riesgos sociales⁹.

Julio MAIER ha participado intensamente en esas discusiones fundamentales acerca de la legitimidad y el futuro del derecho penal desde hace décadas. Muy pronto concibió al derecho procesal penal, su principal área de interés científico, en relación con el derecho penal material y con cuestiones generales de la política criminal¹⁰, y nunca hizo un secreto del hecho de que sus opciones se orientan hacia un derecho penal liberal y respetuoso de los derechos humanos¹¹. Tengo sobre mi escritorio su obra máxima, sobre los fundamentos del derecho procesal penal argentino¹², una obra que, con un impresionante dominio de los fundamentos históricos y filosóficos de la materia, inserta al derecho procesal penal en el derecho penal¹³, lo ubica en sus orígenes¹⁴, para luego analizarlo a partir de sus fundamentos constitucionales¹⁵ y políticos¹⁶.

⁶ Acerca de esta tradición del principio del bien jurídico, cf. JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 1, III.

⁷ Acerca de esta crítica sobre el bien jurídico, paradigmático, KÖHLER, Michael, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1997, ps. 22 y siguientes.

⁸ Crítica paradigmática, por ejemplo, en ALBRECHT, Peter-Alexis, *Die vergessene Freiheit. Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte*, 2003.

⁹ HERZOG, Felix, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, 1991, esp. ps. 50 y ss.; PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, 1993, esp. ps. 199 y siguientes.

¹⁰ Paradigmático, MAIER, Julio B. J., *Política criminal, derecho penal y derecho procesal penal*, en "Doctrina Penal", 1978.

¹¹ Paradigmático, MAIER, Julio B. J., *Sobre la libertad del imputado*, 1981.

¹² MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal argentino. Fundamentos*, dos tomos, 2ª ed., 1989.

¹³ A esto se dedican especialmente los §§ 1 a 3 del primer tomo.

¹⁴ § 5, en el segundo tomo.

¹⁵ §§ 6 y 7 en el segundo tomo, también con consideración de las reglas y trasfondo de jurisprudencia constitucional.

¹⁶ Al finalizar el § 8.

No es sólo su orientación científica fundamental y estos trabajos los que me animan a dedicarle a Julio MAIER algunas breves reflexiones acerca de la significación del bien jurídico en el derecho penal; estas reflexiones fueron expuestas en forma de tesis y con otra redacción en unas breves jornadas realizadas en las proximidades de Dresde, a comienzos del año 2002, y desde entonces he continuado trabajando en ellas en distintas formas. Es también el paralelo en el camino de la vida, más allá de las opciones científicas y de política criminal, que nos ha conducido a ambos, luego de años de trabajo en la universidad, a la práctica de un tribunal constitucional, que nos ha hecho conocer otra perspectiva¹⁷ y que ha renovado nuestro diálogo a través del Atlántico. Es también la amabilidad del amigo Julio MAIER, que me ha dejado abierta una puerta a su mundo (no sólo a mí).

II. Las tradiciones del derecho penal y el derecho constitucional

II. 1. Bienes jurídicos en el sistema del derecho penal

II. 1. A. Malentendidos

La teoría del bien jurídico comparte con todos los demás principios fundamentales del derecho penal dos características específicas, cuyo desconocimiento favorece los malentendidos:

- los principios fundamentales, justamente por ser fundamentales, son concebidos con amplitud y en un desarrollo tan vital como lo exijan las discusiones del derecho penal y la política criminal;
- ellos no resultan adecuados, por ser amplios y vitales, como premisa mayor de una deducción¹⁸.

Quisiera referirme, en concreto, a dos de las confusiones preferentemente vinculadas al desconocimiento de estas dos características, y que aparecen con frecuencia en las discusiones acerca del principio de la protección del bien jurídico en el derecho penal¹⁹:

- que no exista un concepto de bien jurídico dogmáticamente estable en el transcurso de la historia y aceptado en forma general, no se debe a la inidoneidad del concepto de bien jurídico, sino a su carácter de “fundamental”, que comparte con otros principios, lo cual se debe, ante todo, a la riqueza de referencia de tales principios;
- el hecho de que no se puedan hacer derivaciones *more geometrico* a partir del principio de protección del bien jurídico en derecho penal con respecto a dónde deben trazarse, según este principio, los límites del derecho penal, no es una constatación de la superficialidad, o bien, de la esterilidad de este principio.

Los conceptos fundamentales del derecho penal no resultan adecuados para simples deducciones; ellos no son más que puntos de partida para la reflexión y la argumentación científica y práctica. Ellos no son, en la medida en que se encuentran vigentes, axiomas en el sentido de un sistema formal perfectamente ordenado, sino parámetros para una discu-

¹⁷ Con esto también se relaciona que nos conocimos a fines de los años 80, trabajando en la reforma del derecho procesal penal en el sentido de una Constitución liberal; cf. “Iustitia” 21, 1988, y “Lecciones y Ensayos”, Universidad de Buenos Aires, 1988.

¹⁸ He intentado mostrar esto en mi tesis doctoral, con el ejemplo de la prohibición de analogía: *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, 1968, ps. 160 y siguientes.

¹⁹ Cf. el amplio material a este respecto, clasificado y completo, en la elaboración de RUDOLPHI en el *SK. StGB*, actualizado a abril del 2001, comentario previo al § 1, nums. 3 y ss.; con anterioridad, del mismo autor, en *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, en *Festschrift für Honig*, 1970, ps. 151 y siguientes.

sión material acerca de la corrección y fecundidad de los fundamentos y sistemas. En esta discusión, pueden reforzar ciertas posiciones que, con razón, pueden apoyarse en ellos; y hasta ahora ellos pueden (entre los expertos, por cierto, casi nunca) falsear posiciones extremas que contravienen un principio reconocido en forma flagrante, ni más ni menos.

Quien objeta que el principio del bien jurídico difícilmente se puede manejar en forma unívoca —incluso en la política criminal práctica— yerra la base de su crítica. El principio de protección del bien jurídico comparte ese destino de concepto fundamental del derecho penal con el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad, la prohibición de analogía, el mandato de determinación o la exclusión de *ne bis in idem*.

II. 1. B. Necesidades de punición

Existe, además, otra carga que el principio de protección del bien jurídico arrastra solo. Esta carga es, en nuestros días, especialmente pesada, si bien no le fue puesta recién ahora. Antes bien, la arrastra desde hace mucho, aun cuando no con tanta intensidad; esta carga hace al patrimonio mismo de la idea de bien jurídico, y cae sobre sus espaldas por la naturaleza de la cosa. Es el reproche, según el cual la vinculación a la protección de bienes jurídicos gira “hacia atrás la rueda de la historia”, bloquea necesidades legítimas de pena y separa al derecho penal del cambio social, de las situaciones de lesión y de las necesidades de protección modificadas²⁰.

Esta objeción pertenece a la base del dogma del bien jurídico, porque responde al mensaje central de este dogma, que hace referencia a no satisfacer todas las necesidades de pena que pueden ser sostenidas bajo ciertas condiciones históricas, sino luego de pasar por el filtro de la protección de bienes jurídicos. La afirmación de que el principio según el cual toda amenaza penal exige un bien jurídico protegido, que desafíe la crítica, restringe demasiado a un derecho penal contemporáneo, orientado a las situaciones actuales de amenaza, ha sido sostenida históricamente en diversas variantes²¹ y es sistémicamente evidente²². Se puede decir, sin exagerar, que una teoría del bien jurídico que no enfrenta esta crítica posiblemente no esté a la altura de su misión. Del mismo modo, una política criminal dirigida al objetivo de una prevención efectiva y al paradigma de la seguridad, como la que se vive entre nosotros desde hace algún tiempo²³, con la protección de los bienes jurídicos se topa con una frontera natural; y acerca de esta frontera debe haber una discusión más o menos intensa, pero permanente.

Por estas razones, una teoría del derecho penal que pretenda estar a la altura de la política criminal y de la teoría que la acompaña, sin perder de vista las buenas tradiciones del derecho penal, debe renovar también hoy la teoría del bien jurídico. Por cierto, ella no es

²⁰ Paradigmático, STRATENWERTH, *ATI*, 4ª ed., 2000, nums. 10 y ss.; allí queda abierta la cuestión relativa a si de ello realmente se deriva también que pueden ser amenazadas con pena formas de conducta que no lesionan ni ponen en peligro un bien jurídico. Sin embargo, un derecho penal adecuado a un Estado de derecho debe dar una respuesta a esta pregunta si pretende responder por las afirmaciones de política criminal. Los “parámetros críticos” (STRATENWERTH, loc. cit., nums. 16 y ss.) no son suficientes.

²¹ Acerca de este punto de vista rector, mucho material en AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der “Sozialschädlichkeit” des Verbrechens*, 1972, por ejemplo, ps. 20 y ss. y 22 y siguientes.

²² HASSEMER, Winfried, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, 1973/1980, esp. ps. 34 y siguientes.

²³ Recientemente, otra vez, ALBRECHT, *Die vergessene Freiheit. Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte*, cit., *passim*.

la única de nuestras tradiciones en condiciones de decir algo acerca del derecho penal preventivo efectivo²⁴. Pero es un tema materialmente próximo y constructivamente irrenunciable en las discusiones acerca de los límites del derecho penal.

II. 1. C. Cuestiones centrales

Según mi punto de vista, existen desde siempre cinco cuestiones centrales que con razón se vinculan con el tema "bien jurídico" en el derecho penal:

- ¿qué es un "bien jurídico" conceptual y materialmente?;
- ¿cómo surgen y sobreviven los bienes jurídicos en la realidad social e individual?;
- ¿cómo se clasifican entre sí?;
- ¿cómo deben ser incorporados en sistemas jurídicos?; y
- si pueden existir, en ciertas situaciones, amenazas penales y penas, que no se puedan relacionar con ningún bien jurídico.

Las discusiones acerca de estas cuestiones, tradicionalmente, son mantenidas por penalistas, y plantean numerosas cuestiones dogmáticas y teóricas relacionadas con la política criminal y la sociología del derecho penal²⁵. En muchas ocasiones he intervenido en estas discusiones²⁶. No quisiera agregar hoy nada esencial a lo que ya he dicho, y por eso, me limitaré a comentarlo, para dejar en claro cuáles son los puntos de partida de mi argumentación.

Hasta hoy, continúa siendo mi opinión que:

- el bien jurídico resulta irrenunciable como parámetro de una buena política criminal;
- se lo debe concentrar en su tradicional núcleo negativo y crítico del derecho penal;
- también constituyen "bienes jurídicos" en el sentido del derecho penal los bienes jurídicos universales;

- estos bienes jurídicos universales, empero, deben ser funcionalizados a partir de la persona;

- por medio de la utilización de bienes jurídicos vagos, y al mismo tiempo, extremadamente generales, una política criminal moderna y de amplio alcance no sólo amenaza desproporcionadamente la libertad ciudadana sino que también daña el concepto tradicional de bien jurídico.

II. 2. Ciencia del derecho penal y Constitución

Dado que sólo marginalmente podría aportar algo nuevo a la discusión acerca del bien jurídico, quisiera dejarla aquí de lado, y considerar al bien jurídico desde una nueva perspectiva, al menos, para la mayoría de nosotros, los juristas penales. Es la perspectiva de la Constitución. Estas reflexiones pueden insertarse en el bienvenido y prometedor nuevo desarrollo de una vinculación entre las tradiciones teóricas del derecho penal y del

²⁴ Acerca de la riqueza de estas tradiciones, cf., por ejemplo, la compilación de mis trabajos en *Freiheitliches Strafrecht*, 2001.

²⁵ En *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, ps. 25 y ss. y 34 y ss., *passim*, denominé a los conceptos dogmáticos de bien jurídico "inmanentes al sistema" y a los político-criminales y de sociología jurídica, "críticos del sistema". Esta distinción todavía hoy me parece útil.

²⁶ Fundamentalmente, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973/1980; *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, 1989, en HASSEMER, Winfried, *Strafen im Rechtsstaat*, 2000, ps. 160 y ss.; NK, comentario previo al § 1, nums. 255 y siguientes.

derecho constitucional; una vinculación que, en realidad, se ha elaborado tarde, y que era tiempo que se produjera²⁷. En particular, pienso en los trabajos de LAGODNY²⁸, APPEL²⁹, STACHELIN³⁰, RZEPKA³¹ o SOWADA³², quienes acercan el derecho penal al derecho constitucional e intentan producir resultados recíprocos, en buena parte, con éxito³³.

Desde mi punto de vista, la relación entre la ciencia del derecho penal y la Constitución no sólo resulta plausible, sino evidente y adecuada a los tiempos. En la Constitución —desde la perspectiva de las cuestiones de derecho penal, tanto en su parte relativa a los derechos fundamentales como también en sus cláusulas institucionales, arts. 101 a 104, Ley Fundamental— de lo que se trata no es de otra cosa que de lo que se trataba ya en las tradiciones del derecho penal desde BECCARIA y FEUERBACH: de limitaciones a las que se somete al Estado en la imposición de una pena, en interés de la protección de los derechos humanos de todos los intervinientes en el conflicto de derecho penal³⁴.

Según estas tradiciones, el derecho penal es “derecho limitador de la lucha contra el delito”³⁵, y la Constitución formula límites a las injerencias, también respecto del Estado que impone penas. Se entiende que una limitación de las injerencias es, al mismo tiempo, un reflejo de una legitimación de las injerencias, es decir, que pueden ser entendidas como una justificación de las injerencias que se someten a límites, pero esto es otra cuestión. Y, en última instancia, también es posible afirmar que las limitaciones del derecho penal derivadas de las tradiciones del derecho penal, por un lado, y de nuestra Constitución, por el otro, en definitiva, tienen una misma fuente: una fundamentación del derecho penal y de la pena orientada, ante todo, a los derechos humanos según la perspectiva de la filosofía política de la Ilustración³⁶.

II. 3. Riqueza y vigencia

En esta relación entre el derecho penal y el derecho constitucional, el derecho penal es, al mismo tiempo, la fuente más antigua y también la más rica. Ya en el siglo XVIII estaban presentes en las teorías del derecho penal y de la pena de Europa occidental los teoremas centrales que hasta el día de hoy constituyen la imagen de un derecho penal adecuado a un

²⁷ Posiblemente, sería enriquecedor analizar la cuestión de por qué el derecho penal (material) y la Constitución, por décadas, no tuvieron nada que decirse y por qué la ciencia del derecho penal convirtió tan tarde a la Constitución en su objeto de investigación. En otras culturas jurídicas, tal como la italiana, es diferente.

²⁸ LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der grundrechtsdogmatik, dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, 1996.

²⁹ APPEL, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, 1997.

³⁰ STACHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat. Normative und empirische, materielle und prozedurale Aspekte der Legitimation unter Berücksichtigung neuerer Strafgesetzgebungspraxis*, 1998.

³¹ RZEPKA, *Zur Fairneß im deutschen Strafverfahren*, 2000.

³² SOWADA, *Der gesetzliche Richter im Strafverfahren*, 2002.

³³ Una cantidad de ideas, reconstrucciones y material, ahora, en la tesis doctoral de APONTE (Saarbrücken), *Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum "effizienten" Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, 2004, esp. ps. 157 y siguientes.

³⁴ Esto está desarrollado, en detalle, en mi *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed., 1991, esp. ps. 115 y ss., 196 y ss. y 316 y siguientes.

³⁵ NAUCKE, *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*, 2000, ps. 263 y s.; cf. también ALBRECHT, Peter-Alexis, *Grenzen "Geheimer Verbrechensbekämpfung"*, KritV, 2000, ps. 273 y ss., esp., p. 275.

³⁶ Acerca de la significación de la filosofía de la Ilustración para la fundamentación de una teoría del bien jurídico, cf. mi *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, ps. 27 y siguientes.

Estado de derecho³⁷. No fue necesario inventar más tarde los principios de legalidad y culpabilidad, o la existencia de un bien jurídico como presupuesto de la criminalización y la punición, sino que sólo se los debió reformular o defender. Más aún: estas estrellas de un derecho penal conforme con el Estado de derecho, en los siglos pasados, brillaban con más fuerza que en nuestra situación actual, caracterizada por el gris de un derecho penal orientado a la efectividad y a la prevención, que se expande en todas las áreas.

La tradición de los derechos fundamentales —ya por su juventud y vigencia— ha sido menos trabajada teóricamente que las tradiciones del derecho penal. Si bien esto, desde ciertos puntos de vista, puede ser una desventaja, ello se compensa por el poder y fuerza de imposición de las afirmaciones jurídicas que pueden invocar como base un derecho fundamental o equiparable a él. En particular, la posibilidad de recurrir al Tribunal Constitucional Federal por medio de una acción constitucional con base en la lesión de un derecho fundamental o de un derecho derivado de los arts. 20, párr. 4, 33, 38, 101, 103 y 104 de la Ley Fundamental, constituye un instrumento eficaz para hacer efectivos los límites del derecho penal en la realidad, para ponerlos en escena e imponerlos con todas sus consecuencias³⁸.

Por lo tanto, ya a partir de estas primeras consideraciones, es posible relacionar los derechos fundamentales con las tradiciones del derecho penal. Esto no sólo atañe a la investigación y la discusión científica, sino también a la formación de los juristas, y de todas formas, a la teoría de la política criminal.

En este contexto, el concepto de bien jurídico se inserta perfectamente.

“Protección de bienes jurídicos” es, desde sus orígenes, un principio negativo, limitador del derecho penal. No ha contenido el mandato de criminalizar toda conducta que lesione un bien jurídico, sino, por el contrario, el de eliminar del Código Penal toda amenaza penal que no pueda ser referida a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. No ha trabajado directamente del lado de la justificación del derecho penal, sino del lado de las barreras a las injerencias del derecho penal. Este segmento de la utilización del concepto de bien jurídico debería aproximar este concepto a la idea de los derechos fundamentales, en tanto se los mire desde la perspectiva de su función clásica, como derechos de defensa³⁹.

III. Derecho penal, bien jurídico y Constitución

Si se quiere adecuar el concepto de derecho penal y la concepción del bien jurídico a la discusión de derecho constitucional acerca del derecho penal y sus límites, se deben poner en el primer plano dos conceptos propios del derecho constitucional y de la ciencia del derecho constitucional: la prohibición de exceso y de insuficiencia. Ambas están en condiciones de reconstruir desde la perspectiva del derecho constitucional aquellas tradiciones del derecho penal en cuyo centro se ubica el bien jurídico, pues ellas constituyen los dos polos que determinan de acuerdo con la Constitución el derecho estatal a la injerencia.

³⁷ SCHMIDT, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª ed., 1965, §§ 203 y ss.; RÖPING, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, 3ª ed., 1998, ps. 192 y siguientes.

³⁸ § 90, I, BverfGG (Ley del Tribunal Constitucional Federal).

³⁹ Vid. *infra* III. 1.

III. 1. Prohibición de exceso

En la prohibición de exceso entra en vigencia la tradición clásica de los derechos fundamentales como derechos de defensa frente a las injerencias estatales⁴⁰. Esta prohibición constituye el límite a las injerencias estatales que van más allá de la medida legítima.

El bien jurídico del derecho penal se inserta sin esfuerzo en la prohibición constitucional de exceso. Incluso se puede decir que la reconstrucción penal de la prohibición de exceso ni siquiera podría funcionar sin la idea del bien jurídico. Esto es lo que quisiera esquematizar.

III. 1. A. Finalidad admitida

Todo mandato o prohibición penal constituye una injerencia en la libertad general de acción. Esta injerencia, en un derecho de injerencias conforme a un Estado de derecho, requiere una justificación general y una específica. Esta justificación se deriva de la fundamentación y respeto de los límites de la libertad general de acción. Del derecho penal se desprende una barrera —o incluso *la* barrera— a la libertad general de acción a partir de la intervención lesiva sobre un bien jurídico protegido; la lesión amenazadora o la puesta en peligro de un bien jurídico, de acuerdo con la tradición del derecho penal, puede legitimar una amenaza penal. El bien jurídico configura el núcleo de la justificación de una prohibición de acción. Una prohibición penal de acción —bajo la forma de una amenaza penal frente a una determinada conducta— no puede justificarse si no puede apoyarse en la persecución adecuada de una finalidad admitida.

En la tradición del derecho penal, según sostengo, esta finalidad admitida no es otra que la protección por medio del derecho penal de un bien jurídico frente a la lesión o la puesta en peligro.

III. 1. B. La jerarquía de los bienes jurídicos

Y este bien jurídico, en un derecho a la injerencia conforme con un Estado de derecho, determina, al mismo tiempo, el parámetro que permite medir la proporcionalidad de la injerencia penal: la jerarquía de los bienes jurídicos⁴¹ también informa acerca del grado de gravedad que caracteriza a una relación adecuada entre la prohibición de acción y la amenaza penal, por un lado, y la amenaza y el ataque, por el otro.

El concepto de bien jurídico también es necesario, en un sentido menos fundamental, en el plano de las prohibiciones de acción, para la justificación y formulación de límites a la libertad. A partir de la jerarquía de los bienes jurídicos, que, por ejemplo, coloca a la vida por encima de la propiedad, se derivan grados de intensidad de las lesiones que constituyen parámetros para el análisis de la proporcionalidad de las injerencias estatales que afectan la libertad del ciudadano como reacción a la lesión. El valor de un bien jurídico penal, por lo tanto, contribuye a una determinación más fina de los límites dentro de los cuales es legítima una restricción de la libertad general de acción, y también los lími-

⁴⁰ ISENSEE, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, en ISENSEE/KIRCHHOFF (comps.), *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. V, *Allgemeine Grundrechtslehren*, 1992, ps. 143 y ss., y 163 y siguientes.

⁴¹ Con relación a la jerarquía de los bienes jurídicos, en detalle, mi *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, ps. 80 y ss., 208 y ss., y 221 y siguientes.

tes dentro de los cuales los ciudadanos pueden ser amenazados con sanciones frente a la desviación a la norma.

III. 1. C. *Ámbito de configuración del legislador penal*

Naturalmente, el concepto de bien jurídico en el marco de la prohibición de exceso no llena todos los vacíos del sistema. En particular, quedan abiertas tres cuestiones:

– ¿cuándo el legislador penal puede responder a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (esto será relevante, en lo que sigue, para la reconstrucción de la prohibición de insuficiencia⁴²)?;

– ¿hasta dónde puede llegar, en particular, el legislador en la fundamentación o ampliación de una punibilidad?; y

– ¿cómo se puede justificar y organizar un control de la decisión legislativa?

Todas estas son cuestiones importantes, de respuesta ineludible para la práctica de la política criminal, y que por eso también resultan de interés para la teoría de la política criminal.

Sin embargo, también está claro que la concepción del bien jurídico (orientada negativamente)⁴³, reconstruida en el marco de una prohibición de exceso, es la que debe dar respuesta a estas cuestiones. Ciertamente, esta concepción estaría rechazando el mensaje con el que se presenta si le indicara al legislador (positivamente) o le exigiera u obligara en cuanto a cómo debe configurar, en concreto, su política de amenaza penal y punición; en todo caso, una concepción de la prohibición de exceso orientada al bien jurídico podrá aportar algo con respecto a los principios de una organización del control de las decisiones del legislador; y es esto justamente lo que hace.

La tres cuestiones abiertas, por lo tanto, no apuntan a la teoría del bien jurídico sino a una teoría del arbitrio legislativo en el derecho penal. El ámbito de decisión del legislador con respecto a la cuestión del merecimiento de pena de una conducta, del sí y el cómo de las prohibiciones penales y amenazas de consecuencias jurídicas, según la opinión general, y correcta, es amplio⁴⁴. Se trata de decisiones inseguras, y de pronósticos acerca de una cantidad de datos, objetivos de regulación e instrumentos que deben ser compatibilizados. Los parámetros son flexibles, la técnica de protección del derecho penal es compleja, los pronósticos son inciertos, las posibilidades de política interna de imponer decisiones son cambiantes. Dañosidad social, proporcionalidad, subsidiariedad y tolerancia son los principios más importantes que orientan al legislador penal.

Ya por el hecho de que el ámbito de configuración del legislador penal es amplio y complejo, porque se deben optimizar una cantidad de objetivos de regulación con inseguridad acerca de su concreción, la idea de que el principio del bien jurídico y de su protección pudiera dirigir en forma positiva al legislador penal no solamente va en contra de la tradición del derecho penal sino que, además, es metodológicamente ingenua. Este principio no formula un mandato de criminalización y amenaza penal frente al legislador cuando se trata de la protección de bienes jurídicos sino, antes bien, una prohibición de criminalización cuando no es posible encontrar un bien jurídico.

En esta variante negativa, el principio de la protección de los bienes jurídicos encaja perfectamente en la tradición de derecho constitucional de la prohibición de exceso. Y re-

⁴² *Infra* III. 2.

⁴³ *Supra* II. 3.

⁴⁴ Las particularidades y citas sobre lo que sigue, en *NK*, comentario previo al § 1, num. 221 y siguientes.

mite, justamente por su orientación a la crítica de prohibiciones o mandatos de conducta y amenaza penal, a la teoría de la legislación. Allí deben ser tratados los objetos –según los parámetros por ella indicados⁴⁵– que con tanto gusto le son señalados como lagunas al pensamiento derivado del bien jurídico⁴⁶.

III. 2. Prohibición de insuficiencia

III. 2. A. De la prohibición al mandato

La prohibición de insuficiencia no es un concepto clásico, al menos en lo que al derecho penal se refiere⁴⁷. No lo es ya por el hecho de que esto contraría la función tradicional de los derechos fundamentales como derechos de defensa frente a las injerencias estatales. Según ella, el legislador, en ciertas situaciones, está obligado constitucionalmente a proteger determinados intereses por medio de determinados instrumentos; por eso, también se habla de “deberes de protección”. El ámbito de aplicación de la prohibición de insuficiencia, por ello, no se concentra en el derecho a la injerencia, ni tampoco en el derecho penal; antes bien, se completa con las posibilidades existentes de colocar ciertos intereses o bienes jurídicos bajo la protección del derecho. Estas posibilidades son muchas.

En particular en el derecho penal, la prohibición de insuficiencia ha encontrado reparos, ya por sus fricciones con las tradiciones penales negativas del bien jurídico, limitadoras y críticas. Especialmente MÜLLER-DIETZ⁴⁸, entre otros⁴⁹, ha criticado los “mandatos de criminalización” elaborados por el Tribunal Constitucional Federal con invocación del deber estatal de proteger un cierto bien jurídico.

No quisiera ocuparme aquí de esta crítica ni analizarla, ni desde el punto de vista de la dogmática penal ni del de la política criminal. En principio, sólo quisiera sostener que una prohibición de insuficiencia en el derecho penal no se corresponde con la tradición clásica del bien jurídico, sino que en cierta medida constituye su contrapunto, porque trasmite un mensaje positivo y no uno negativo⁵⁰. Es llamativo, y merece la atención de la teoría del derecho penal, que una prohibición de insuficiencia que también se basa sobre deberes de protección y sobre la protección del bien jurídico⁵¹, que en lo esencial, se apoya en esto, en el derecho penal, a partir de una prohibición, llegue, por caminos intrincados, a un mandato de criminalización y de amenaza penal.

⁴⁵ Que son compatibles pero no idénticos con el principio del bien jurídico.

⁴⁶ La relación entre concepto de delito, bien jurídico y legislación penal la he presentado en detalle en *NK*, comentario previo al § 1, n.m. 243 y ss., 255 y ss., y 291 y siguientes.

⁴⁷ Fue activado por el Tribunal Constitucional Federal frente al legislador penal especialmente en decisiones relativas a la prohibición del aborto; cf. con respecto al “deber de protección” de la vida humana no nacida, *BVerfGE*, t. 88, ps. 203 y ss., esp. ps. 281 y siguientes.

⁴⁸ MÜLLER-DIETZ, *Zur Problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierungsgebote*, en *Festschrift für Dreher*, 1977, ps. 97 y siguientes.

⁴⁹ Acerca de la prohibición de insuficiencia, DIETLEIN, *Das Untermassverbot*, *ZG*, 1995, ps. 131 y ss., esp. p. 139. Críticamente, HAIN, *DVB1*, 1993, ps. 982 y ss., esp. p. 983; HESSE, *Die verfassungsrechtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers*, en *Festschrift für Mahrenholz*, ps. 541 y ss., esp. p. 559.

⁵⁰ Vid. *supra* II. 3.

⁵¹ Con el argumento de que los bienes jurídicos exigen una protección adecuada por parte de la Constitución y del legislador.

Vista de este modo, la prohibición de insuficiencia, en muchos aspectos, corre la misma suerte que el bien jurídico. Ambos conceptos restringen el ámbito de configuración del legislador penal, al exigirle un actuar orientado a la protección, y ambos se fundan en intereses y en la necesidad de protegerlos. La tradición clásica del bien jurídico y la determinación de los derechos fundamentales como derechos de defensa sólo han delimitado el ámbito de configuración del legislador penal, pero no le han dado contenido. Y ahora, una comprensión modificada de la protección del bien jurídico sirve no sólo para formularle propuestas al legislador penal sino también para convertirlo en su deber normativamente. Su deber de actuar protegiendo se funda en una necesidad poderosa, a veces, a partir de las tradiciones del derecho penal, y a veces, a partir de la Constitución: el interés en la conservación de bienes importantes.

III. 2. B. El bien jurídico en la prohibición de insuficiencia

Mi objetivo aquí es modesto. No deseo valorar esta evolución, sino únicamente manifestar que tampoco una prohibición de insuficiencia se puede construir sin la idea del bien jurídico: el concepto de bien jurídico, a la luz de la teoría constitucional, también resulta fundamental cuando esta teoría rechaza las tradiciones del derecho penal que se vinculan con la protección de los bienes jurídicos.

Es indiscutible que la prohibición de insuficiencia no se ha establecido recién hoy en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal; tampoco se debe perder de vista que la prohibición de insuficiencia no se ha concentrado en el derecho penal⁵², sino que su campo de aplicación se extiende, según las diversas posibilidades con que se cuenta, respectivamente, para la protección de un determinado interés⁵³. Así, en el último tiempo se encuentran deberes de protección bajo la forma de la prohibición de insuficiencia en fallos que prácticamente nada tienen que ver, o sólo indirectamente, con la fundamentación de injerencias penales, como por ejemplo el deber del legislador de eliminar, por medio de la rehabilitación, un ilícito anterior infligido a personas como consecuencia de un derecho penal contrario al Estado de derecho⁵⁴, o de proteger a las personas contra la humillación y la estigmatización⁵⁵. A pesar de este amplio campo de aplicación de una prohibición de insuficiencia sigue siendo correcto que es justamente el derecho penal —en la forma de mandatos de penalización— el que debe contar con la posibilidad de verse afectado por este concepto.

Sin la idea de bien jurídico, tal mi opinión, ni siquiera es posible construir una prohibición de insuficiencia en el derecho constitucional, y por consiguiente, tampoco en el derecho penal. La suposición de un bien jurídico necesitado y digno de protección es la base sobre la que se apoya un deber de protección, es el motor que hace funcionar a la prohibición de insuficiencia y que pretende obligar al legislador a actuar.

Quien invoca una prohibición de insuficiencia frente al legislador y reclama una protección legal, no puede hacerlo sin recurrir a la idea de un "interés", y también, en un sentido amplio, de una "sustancia", contenida en la exigencia de protección de una función,

⁵² *Supra* III. 2. A, al comienzo.

⁵³ Así, el Tribunal Constitucional Federal se ha expedido en la segunda sentencia sobre interrupción del embarazo acerca del cambio del legislador desde un concepto de protección por medio de la amenaza penal hacia un concepto de protección a través de la orientación informativa.

⁵⁴ BVerfGE, t. 101, ps. 275 y ss., esp. ps. 287 y siguientes.

⁵⁵ Fallo sobre la publicidad de BENETTON, en BVerfGE, t. 102, ps. 347 y ss, esp. 346 y siguiente.

un objeto o una situación. Interés digno de protección, sustancia, función, situación; tales las denominaciones de los distintos ropajes adoptados por el bien jurídico en la tradición del derecho penal y que perduran hasta hoy⁵⁶. Reconstruida a partir del derecho penal, la prohibición de insuficiencia y el cumplimiento de un deber de protección son indicaciones de actuar que presuponen necesariamente un bien jurídico (siendo, por cierto, indiferente, el sustantivo utilizado para designarlo).

IV. Conclusiones y perspectivas

La respuesta a la pregunta por la relación entre derecho penal, concepto de bien jurídico y derecho constitucional, de acuerdo con estas reflexiones, es clara y sencilla: la prohibición de una conducta mediante la amenaza penal cuando no se pueda invocar un bien jurídico sería terror estatal⁵⁷. No sería otra cosa que una injerencia en la libertad de acción del individuo, respecto de la cual el Estado que produce la injerencia no puede decir con qué fin realiza esta injerencia. Este "fin" es el punto que tradicionalmente aporta el concepto de bien jurídico. La injerencia en la libertad de acción no tendría un objeto legítimamente del que pudiera derivarse su sentido.

En esa medida, la cuestión relativa a si pueden existir hechos punibles que no se refieran al padecimiento de un bien jurídico penal, es retórica. Pues el bien jurídico es el fundamento necesario y constitucional tanto para la concepción de un deber de protección como para la determinación de una barrera a la injerencia y su ponderación en lo particular.

El sí de la necesidad de un bien jurídico penal como base legítimamente de una amenaza penal no puede estar seriamente en discusión. Sólo se trata del cómo y el hasta dónde. Y en las cuestiones relativas al cómo y el hasta dónde vuelven a reunirse todos los problemas clásicos de la discusión de derecho penal sobre el bien jurídico: de lo que se trata es del parámetro para un concepto aceptable de "bien jurídico". Sólo respecto de esto vale la pena discutir.

No puedo referirme aquí en detalle a este parámetro. En lugar de ello, sólo quisiera formular tres criterios que hoy debería satisfacer un concepto suficiente de bien jurídico:

– el concepto de bien jurídico debería ser cercano a la realidad: de lo que se trata en el bien jurídico es de una relación correcta entre el derecho y la vida, de un puente factible hacia los bienes "reales" de las personas hoy; esto exige la incorporación inteligente en el sistema de los bienes jurídicos de las condiciones de la socialización moderna, es decir, ante todo, de los intereses universales;

– el concepto de bien jurídico debe ser preciso en cuanto a los límites: de lo que se trata es de injerencias en la libertad de acción de los hombres, de un concepto protector de la libertad, en definitiva; esto exige diferenciaciones precisas de los objetos y referencias cercanas a lo material;

– finalmente, el concepto de un bien jurídico debe ser comprensible en general: debe facilitar el control democrático del legislador, incluso debe, en primer lugar, hacerlo posible; esto veda las generalizaciones oscuras, mediante las cuales ninguna persona puede representarse algo concreto.

⁵⁶ Cf., por ejemplo, GROPP, *AT*, 2ª ed., 2001, § 3, num. 26 y siguientes.

⁵⁷ En sentido similar, ROXIN, *ATI*, 3ª ed., 1997, § 2, IX.