

¡EL DERECHO PENAL ES LA ULTIMA RATIO PARA LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS!

— Sobre los límites inviolables del Derecho Penal
en un Estado liberal de Derecho* —

*Bernd Schünemann***

I. - Denominamos Derecho Penal a aquel ámbito del sistema jurídico que regula la imposición de sanciones negativas a una o más personas con motivo de un suceso desagradable. En sociedades mágico-primitivas es suficiente con cualquier nexo mágico entre persona y

suceso, razón por la que puede ser invertida la secuencia temporal entre suceso y sanción. Por ejemplo, en los casos en que personas son sacrificadas a la divinidad, con el propósito de que luego llueva. En el siguiente nivel de la evolución debe existir un nexo específi-

* Traducción de la Dra. Mariana Sacher, wissenschaftliche Assistentin de la Universidad de Múnich, quien agradece la colaboración de Luis Greco, de la misma Universidad.

Abreviaturas: ARSP = Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (revista); AT = Allgemeiner Teil (parte general); BGBl. = Bundesgesetzblatt (publicación equivalente al Boletín Oficial); BGH = Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal federal); BGHSt = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (revista); BVerfG = Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional); BVerfGE = Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (revista); DAR

co entre la persona que va a ser penada y el suceso desagradable, ya sea en forma de la causación del suceso por el comportamiento de la persona, o bien en forma de un status social en virtud del que se le imputa a la persona el comportamiento de otro que fue causal para el suceso. Esta forma de imputación domina típicamente en sociedades arcaicas primitivas que fundan la responsa-

bilidad en la simple causación o en la pertenencia a un grupo o clan. Restos de una concepción de Derecho penal de estas características han sobrevivido hasta hoy en varios ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, en los numerosos casos de responsabilidad penal por simple causación en el sistema del Common Law¹, como así también la responsabilización del grupo que aún es practicada

= Deutsches Autorecht (revista); DStR = Deutsches Strafrecht (revista); ed. = editor; FS = Festschrift (Libro-Homenaje); GA = Goldammer's Archiv für Strafrecht (revista); GrS = Gerichtssaal (revista); HGB = Handelsgesetzbuch (Código Comercial); JA = Juristische Arbeitsblätter (revista); JR = Juristische Rundschau (revista); JuS = Juristische Schulung (revista); JZ = Juristenzeitung (revista); KAAG = Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften (Ley de sociedades de capital); KritV = Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (revista); KWG = Gesetz über das Kreditwesen (Ley de crédito); LMBG = Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz (Ley de alimentos y productos de primera necesidad); LK = Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11ª ed., 1992 y ss.; MMR = Multi-Media & Recht (revista); MschrKrim = Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (revista); NJW = Neue Juristische Wochenschrift (revista); nm. = número marginal; NSTz = Neue Zeitschrift für Strafrecht (revista); NZV = Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (revista); Publg = Gesetz über die Rechnungsunterlagen von bestimmten Unternehmen und Konzernen – Publizitätsgesetz (Ley de publicación de las cuentas de determinadas empresas); SK = Rudolphi y otros, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7ª ed. y 8ª ed., 1998 y ss.; StGB = Strafgesetzbuch (Código Penal alemán); StrRG = Gesetz zur Reform des Strafrechts (Ley de Reforma del Derecho Penal); StV = Strafverteidiger (revista); UBBG = Gesetz für Unternehmensbeteiligungsgesellschaften (Ley de sociedades empresariales de participación); ZRP = Zeitschrift für Rechtspolitik (revista); ZStW = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (revista).

¹ Al respecto, por ejemplo, Leigh, *Strict and vicarious liability*, 1983; Clarkson/Keating, *Criminal Law*, 3ª. ed., 1994, pp. 197 y ss.; Smith/Hogan, *Criminal Law*, 7ª. ed., pp. 45 y ss., 174 y ss., 210 y ss., pp. 225 y ss.; Jones/Christie, *Criminal Law*, 1992, pp. 59 y ss. Respecto de la discusión actual, considerando especialmente la strict liability en el abuso sexual, Leonard, *Buffalo Criminal Law Review* 6 (2003), pp. 691 y ss. El análisis histórico de Leonard demuestra con mucha claridad que la tendencia de utilizar el Derecho penal como un instrumento de terrorismo del Estado – que encontró su ápice en Guantanamo (al respecto, Schünemann, GA 2003, p. 299, pp. 312 y ss.; ídem, en: Moreno Hernández [ed.], *Globalización e internacionalización del Derecho penal*, México, 2003, pp. 115 y ss.) – se basa en la vía especial del Common Law, cuyo pensamiento jurídico-penal no se basa en el iluminismo y la filosofía idealista, sino en el puritanismo y el utilitarismo.

en regímenes totalitarios. Además, la fundamentación de responsabilidades en otras formas de status social subsiste hasta hoy, e incluso gana cada vez más espacio. Esto se muestra, por ejemplo, en la responsabilización del comandante militar conforme al art. 28 del Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional,² o también en la tendencia de la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo federal alemán (*BGH*),³ que imputa aquellas acciones realizadas en el ámbito de organizaciones jerárquicamente estructuradas directamente al jefe de la organización (o sea, en una empresa, al gerente)⁴. La superación de estas formas primitivas de Derecho penal y el establecimiento de un moderno Derecho penal preventivo no han sido concluidos hasta hoy, estando siempre amenazados con recaer en formas más primitivas. Al respecto, debe

distinguirse entre un aspecto objetivo, referido al hecho, y un aspecto subjetivo, referido al autor. El aspecto subjetivo concierne a la consolidación del principio de culpabilidad, cuyo estricto respeto es indispensable no sólo para la legitimación de la pena frente al afectado, sino también para una concepción de Derecho penal como medida útil en una sociedad racional⁵. Toda vez que comportamientos no culpables no son planeablemente evitables, no pueden ser impedidos eficazmente por medio de la amenaza de pena, de modo que la imposición de una pena por comportamientos no culpables se muestra tan irracional e irrazonable como la pena en un contexto mágico⁶.

II.- Con todo, estas reflexiones en este espacio no tratarán este aspecto subjetivo del moderno Derecho penal, sino el

² En el artículo 28, ya que esta disposición prevé una pena para el superior por un delito doloso, a pesar de que se haya comportado sólo culposamente, de manera que, en rigor, es su status y no su culpabilidad personal lo que fundamenta su responsabilidad. Aquí no se encuentra la legitimación, pero sí la solución lógica para la contradicción registrada por Weigend y Ambos (Weigend, *Festschrift für Roxin*, 2001, p. 1397; Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002, p. 705). En los comentarios de Fenrick, en: Triffler (ed.), *Commentary on the Rome statute of the international criminal court*, 1999, Art. 28 nm. 11, esa contradicción no es, obviamente, siquiera registrada, lo que es característico para un autor del ámbito del Common Law.

³ (N. T.) Se trata del Supremo Tribunal federal alemán.

⁴ Al respecto, con numerosas referencias, Schünemann, en: *50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft*, IV, 2000, pp. 621, 623 y ss.

⁵ Sobre el estado más reciente de la dogmática del principio de culpabilidad, Schünemann, en: *Festschrift für Lampe*, 2003, pp. 537 y ss.

⁶ Por esa razón, significa también un retroceso a estructuras jurídico-penales arcaicas, cuando el Tribunal Supremo federal alemán, en casos de disminución de la capacidad de culpabilidad por ebriedad, tiende recientemente a negar la atenuación de la pena prevista en el § 21

objetivo. Lo que me interesa es el «suceso desagradable» que debe ser evitado por medio del Derecho penal. En todas las sociedades totalitarias se ha tratado siempre de imponer coactivamente determinadas formas de vida, habiendo cambiado continuamente el contenido de estas formas de vida. Pero el principio de sumisión del pueblo al dictado de una pequeña clase dominante ha permanecido siempre igual. Así, las persecuciones de cristianos en el Imperio Romano eran relativamente racionales, ya que la adoración del emperador, rechazada por los cristianos, era un instrumento de poder importante, incluso indispensable, frente a la anarquía con que los cristianos amenazaban⁷. Lo mismo se tiene que decir de la imposición de normas sobre vestimenta en las sociedades estamentales pre-modernas por medio del Derecho penal,⁸ mientras que la per-

secución de herejes expresaba una ideología totalitaria,⁹ y la persecución de brujas era incluso una manifestación atávica de la magia más primitiva¹⁰. Sólo la época de la Ilustración logró hacer salir al individuo en el ámbito del Derecho penal, como también en los otros ámbitos, de su inmadurez provocada por él mismo, para citar las palabras de Immanuel Kant¹¹. En cierto modo, el «Big Bang intelectual» fue la legitimación del Estado y, con ella, también su limitación por medio del modelo de pensamiento del contrato social¹². De ello extrajeron el italiano Cesare Beccaria y el alemán Karl Ferdinand Hommel a mitad del siglo XVIII consecuencias decisivas para el Derecho penal, limitando todo poder punitivo estatal a la prevención de los llamados daños sociales y tachando de tiranía no aceptable en el contrato social a toda utilización

StGB – una atenuación obviamente desconocida en el Common Law, pero tradicional en Alemania y basada en el principio de culpabilidad –. Cfr., por ejemplo, BGH NJW 2003, pp. 2394 y ss.

⁷ Christ, *Geschichte der römischen Kaiserzeit*, 2002, pp. 591 y ss., 661, 726.

⁸ Cf., al respecto, Eberhard Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª. ed., 1965, p. 145; Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991, pp. 83, 102 y ss.

⁹ Schwerhoff, *Die Inquisition - Ketzerverfolgung in Mittelalter und Neuzeit*, 2004, pp. 12 y ss., 59 y ss.

¹⁰ Cfr., al respecto, sólo Midefort (pp. 13 y ss.); Harmening (pp. 45 y ss.); Blauert (pp. 65 y ss.) en: Lorenz/Bauer (eds.), *Hexenverfolgung – Beiträge zur Forschung*, 1995; Grössing, *Hexenwesen und Hexenverfolgung*, 1998, pp. 13 y ss.; Ruhl, *Das Phänomen der Hexenverfolgung*, 1990.

¹¹ En «Was ist Aufklärung?», *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, 1968, vol. VIII, p. 35.

¹² Cfr. al respecto, de la inagotable bibliografía, Wolfgang Kersting, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages*, 1994.

del Derecho penal destinada a imponer meras formas de vida, o sea a imponer coactivamente una determinada ideología¹³. Obviamente, este pensamiento fundamental, que en la época de la Ilustración fue concebido como la base de toda teoría estatal, fue manifestado con el transcurso del tiempo con diferentes formulaciones. Así, por medio de la expresión «daño social» en *Beccaria* y *Hommel*, de «lesión del Derecho» más tarde en *Feuerbach*, o de «bien» o «bien jurídico» posteriormente en *Birnbaum* y *Liszt*, usadas para caracterizar la limitación del Derecho penal¹⁴. Si se intenta encontrar el núcleo común de estas diversas formulaciones, resulta la siguiente fundamentación y delimitación del Derecho penal, derivada del concepto del contrato social. Mediante consideraciones jusracionalistas puede ser desarrollado un concepto de delito que no esté a disposición del legislador y sea definido por el daño social provocado a los bienes naturales o sociales de los miembros de la sociedad. Entre estos bienes encontramos, naturalmente, los más im-

portantes de carácter individual (vida, integridad corporal, libertad y un ámbito básico de honor y propiedad), mientras que los bienes colectivos comprenden las condiciones transindividuales de una convivencia próspera, que varían según el estado de desarrollo de una sociedad. Para esto no basta de ningún modo la infracción de una regla religiosa o moral, siendo necesario que se haya lesionado un bien (cuyas características no estaban esclarecidas en esa época) necesitado por todos y que debe ser garantizado para todos. Por ejemplo, lesionar las concepciones religiosas de la generalidad de modo amenazante para la paz pública¹⁵.

La teoría de la legitimación del Derecho penal o, vista desde la perspectiva inversa, de los límites impuestos al legislador en la configuración del Derecho penal, está fundada en las condiciones fundamentales suprapositivas de cualquier poder estatal legítimo y constituye, por tanto, la premisa tácita de cualquier Estado de Derecho democrá-

¹³ Beccaria, *Über Verbrechen und Strafen*, citado sobre la base de la edición alemana de Alf 1966, p. 65 (cap. 8), pp. 52 y ss. (cap. 2); Hommelische Vorrede zu des Herrn Marquis von Beccaria unsterblichen Werk: *Von Verbrechen und Strafen*, editado por Lekschas y Griebe, 1966, pp. 2, 15; Hommel, *Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetzen*, reimpression de la 2ª. ed. de 1772, Holzhauser (ed.), 1970, §§ 107 y ss. (§ 110 (= p. 98)).

¹⁴ Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 11ª. ed., 1832, §§ 21, 23; Birnbaum, *Archiv des Criminalrechts* N.F. 1834, 149, 172, 174, 176 y ss.; Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 3ª. ed. (1888), pp. 20 y ss.; 14ª./15ª. ed. (1905), pp. 65, 140.

¹⁵ Así, mi valoración resumiendo, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, pp. 133 y ss. (p. 154).

tico liberal, sin importar si esto está consagrado de modo expreso en la Constitución. De esta tesis de filosofía estatal y penal no me aparta la circunstancia de que el Tribunal Constitucional alemán no tenga hasta ahora desarrollada una teoría específica para limitar al legislador penal, y que sólo haya hecho una remisión a la teoría general de los derechos fundamentales y al principio de proporcionalidad, midiendo al Derecho penal sobre la base de estos parámetros extremadamente débiles¹⁶. Por el contrario, se pone de manifiesto que el Tribunal Constitucional, al no reconocer la limitación del Derecho penal por el principio de la protección de bienes jurídicos,¹⁷ comete uno de sus errores más lamentables, lo que no debe ser de ningún modo tomado como modelo por otros Estados de Derecho democráticos libe-

rales. En efecto, en primer lugar, como lo he sostenido en detalle en otro lugar y aquí lo he resumido, el principio se arraiga en la concepción básica del contrato social, que está presupuesta en toda Constitución y, por tanto, también en la alemana. Esa concepción ya había sido incorporada al Derecho penal 200 años antes de la Constitución por Beccaria y Hommel, habiendo sido luego desarrollada por Feuerbach y Birnbaum. Así, ella se encuentra en un nivel fundamental de reflexión que antecede a todo constitucionalismo en Europa, por tanto también en Alemania, y que constituye la base histórica de éste¹⁸. En segundo lugar, justamente el desprecio del principio de protección de bienes jurídicos y la utilización del Derecho penal para fines políticos a discreción en el Tercer Reich¹⁹ deberían poner en eviden-

¹⁶ Una exposición y análisis de la respectiva jurisprudencia se encuentra en Tiedemann, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, 1991, pp. 50 y ss.; Vogel, *StV* 1996, pp. 110 y ss.; Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, pp. 51 y ss.; y Appel, *Verfassung und Strafe*, 1998, pp. 62 y ss.

¹⁷ Esto queda claro si comparamos la sentencia sobre la punibilidad del aborto (BVerfGE 39, pp. 1 y ss.) con la que trata la punibilidad de la posesión de Cannabis (BVerfGE 90, pp. 145 y ss.). En efecto, mientras que en la primera sentencia la obligación del Estado de proteger bienes jurídicos es tomada como fundamento del deber de punir, en la segunda no se practica más la respectiva limitación por medio de la necesidad de proteger bienes jurídicos, sino sólo una interpretación convencional de los derechos fundamentales a nivel de los otros ámbitos del Derecho.

¹⁸ Al respecto, resumiendo, Schünemann, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers, *Die Rechtsgustheorie* (supra, nota 15), p. 143.

¹⁹ La sustitución del principio de protección del bien jurídico por el principio de la violación de un deber era justamente un punto central de la crítica nacional-socialista al Derecho penal liberal, cfr. Schaffstein, *DStR* 1935, pp. 95 y ss.; 1937, 335 y ss.; idem, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, en: *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, 1935, pp. 108 y ss.; Dahm, *ZStW* 57, pp. 225 y ss. (230 y ss.). La posterior utilización del Derecho penal como instrumento de terror del nacional-socialismo es notoria.

cía la necesidad de restringir la utilización de este instrumento²⁰. Y en tercer lugar, en una argumentación que se subdivide en tres partes, la utilización del instrumento «Derecho penal» debería presuponer un salto cualitativo en su urgencia y legitimación material, en comparación con otras «sencillas» limitaciones de derechos fundamentales. En efecto, (1) porque la Constitución establece expresamente un salto de legitimación de esa clase en la justificación formal de medidas penales (en forma del principio «nullum crimen sine lege» constitucionalmente consagrado y de la exclusiva competencia del juez para la restricción de las libertades);²¹ (2) porque la lesión o incluso la destrucción de la existencia social tendencialmente ligadas a la pena representan en sí mismas un salto no sólo cuantitativo, sino cualitativo frente a la sencilla restricción de derechos fundamentales y, finalmente (3), porque el juicio de reprobación ético-social inherente a la pena, que es enfatizado justamente por el Tribunal Constitucional,²² constituye, más allá de la intervención en la libertad o propiedad del ciudadano, un reproche de que el delincuente se ha convertido por sí

mismo en indigno, lo que ya objetivamente presupone un grave comportamiento equivocado. Cuando se tiene en cuenta todo esto, se torna difícil resistirse a la impresión de que el Tribunal Constitucional, como cualquier otra Corte constitucional de un Estado de Derecho democrático liberal, recibe la teoría penal del bien jurídico servida en bandeja de plata, como otrora Salomé la cabeza de San Juan Bautista. Así, su negación implica la negación de los fundamentos del Estado de Derecho democrático liberal. Tampoco la expansión del Estado liberal en el sentido de Estado social, fruto del desarrollo de las Constituciones de los últimos 100 años,²³ torna obsoleta la idea de la protección de bienes jurídicos. En efecto, ella conduce solamente a una expansión del catálogo de bienes y, como veremos más adelante, tal vez incluso a una limitada protección del titular del bien jurídico contra su propia irracionalidad. O sea, ello conduce a que la introducción de ciertos elementos paternalistas deba ser cuidadosamente analizada y limitada en un Derecho penal de protección de bienes jurídicos.

²⁰ Ya que, en muchos otros casos, el Tribunal Constitucional concibió acertadamente a la Constitución como una respuesta al Estado de injusticia del Tercer Reich, orientando en ello la interpretación, cfr. por ejemplo BVerfGE 6, pp. 32 y ss. (p. 37); 18, pp. 112 y ss. (p. 117); 30, pp. 173 y ss. (p. 192), y especialmente en Derecho penal, BVerfGE 39, pp. 1 y ss. (p. 36).

²¹ A saber, en los arts. 103 Abs. 2 y 104 de la Constitución alemana.

²² BVerfGE 9, pp. 167 y ss. (p. 171); 22, pp. 49 y ss. (p. 79); 96, pp. 245 y ss. (p. 249).

²³ Basta con cfr. Zacher, en: Isensee/Kirchhoff (ed.), *Handbuch des Staatsrechts*, tomo I – Grundlagen von Staat und Verfassung, 1987, § 25 (pp. 1046 y ss.).

III.- Esta consagración tanto deductivo-filosófica como también inductivo-histórica del principio de protección de bienes jurídicos en los principios elementales de la Constitución de todo Estado de Derecho democrático liberal no puede ser combatida con el difundido argumento semántico de que el bien jurídico no pasaría de ser un concepto vacío y, por tanto, metodológicamente inútil. En palabras de Stratenwerth, hasta hoy no se habría conseguido obtener siquiera una claridad aproximada en lo que se refiere al concepto de bien jurídico²⁴. Esa crítica parte de la idea metodológicamente desacertada de que el concepto de bien jurídico debería poder ser determinado conforme a una definición clasificatoria, en la cual sólo se tendría que subsumir los casos controvertidos, como por ejemplo la punibilidad del maltrato de animales. Pero en lugar de ello, en la moderna filosofía del lenguaje se reconoce ya desde hace mucho tiempo que en la clásica definición por medio del género próximo y la diferencia específica se trata de un caso es-

pecial extremo que cede lugar, por regla, al tipo, al parentesco en el sentido de Wittgenstein o a la ejemplificación de una intensión concebida sólo vagamente por medio de algunos casos de extensión, cuya ulterior ejemplificación ocurrirá a través de un procedimiento analógico. De esa forma, con el principio de protección de bienes jurídicos se trata de una directriz normativa que carece de concretización, aunque ella sería posible²⁵. En efecto, al estar este principio arraigado en la concepción del contrato social bajo la idea directriz de la posibilidad del libre desarrollo de los individuos a asegurarse por el Estado, está dado un lineamiento acerca de lo que puede proteger el Estado con los medios del Derecho penal, y aquello que no puede: en primer lugar, los bienes necesarios para los individuos para su libre desarrollo, pero no los bienes usurpados en desmedro del desarrollo de otros y, luego, los bienes compartidos por todos, necesarios para la provechosa vida en común. Esto, a diferencia de las formas de vida religiosas o de buenas cos-

²⁴ Stratenwerth/Kuhlen, *Strafrecht AT*, 5ª. ed. 2004, § 2 nm. 7.

²⁵ Cfr. Schünemann, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlens, *Die Rechtsgutstheorie* (supra, nota 15), p. 137; Arthur Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache*, 1965; Hassemer, *Tatbestand und Typus*, 1968; Leenen, *Typus und Rechtsfindung*, 1971; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. ed. 1991, pp. 460 y s.; Kuhlen, *Typuskonzeption in der Rechtstheorie*, 1977, pp. 163 y ss.; Koch/Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, 1982, pp. 73 y ss.; Kuhlen, en: Herberger/Neumann/Rüßmann (eds.), *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, ARSP-Beiheft 45 (1992), p. 101 (pp. 304 y ss.); Schünemann, *Festschrift für Hans-Joachim Hirsch*, 1999, p. 363 (pp. 370 y ss.); Schünemann, en: Joerden/Wittmann (eds.), *Recht und Politik*, ARSP-Beiheft 93 (2004), pp. 133 y ss.; Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, 1953, pp. 65 y ss.; respecto de éste, v.d. Pfordten, en: Joerden/Wittmann, *Recht und Politik*, op. cit., pp. 51 y ss. (53 y ss.).

tumbres, que no pueden ser dirigidas por el Estado, y por eso tampoco pueden ser garantizadas como tales, sino sólo puede asegurarse la posibilidad de su elección y ejercicio individual. Al mismo tiempo, con el concepto de daño²⁶ o (desde una perspectiva contraria) de bien, se expresa que no puede ser objeto de protección penal cualquier interés, sino sólo un interés perentorio de la provechosa vida en común. De este modo, no podrán fundamentar el uso del Derecho Penal meras contrariedades que amenazan al individuo, o meras imperfecciones de la organización social. Es cierto que queda poco clara la delimitación entre la mera lesión de exigencias especiales de la religión o las buenas costumbres (que no es objeto admisible del Derecho penal), y un ataque a sus presupuestos básicos generales sociales. Pero sólo un necio podría negar que tales faltas de claridad afectan continuamente las garantías no sólo de la Ley fundamental, sino de toda Constitución concebible. Por eso, desde el punto de vista de la semántica del principio de protección del bien jurídico, no existe fundamento para ver en él un instrumento

inidóneo para limitar la discrecionalidad legislativa.

IV.- Me gustaría demostrar a través de un único ejemplo que, en la mayor parte de los casos, se consigue de modo bastante claro distinguir entre una utilización legítima del Derecho penal para fines de protección de bienes jurídicos y su abuso totalitario para fines de imposición de determinadas formas de vida. Este ejemplo constituye una extraña recaída del legislador alemán en un Derecho penal sexual puramente moralizador, no más legitimado por la protección de bienes jurídicos. En 1974, el legislador alemán transformó el Derecho penal de protección de las costumbres o moral, que es incompatible con el principio de protección de bienes jurídicos, en un Derecho penal de la autodeterminación sexual, aboliendo con eso la punibilidad de la pornografía²⁷. De este modo, continuó manteniendo la punibilidad del tipo penal de exhibición pornográfica de actos sexuales de seres humanos con animales (la denominada pornografía pesada), al mismo tiempo que abolió la punibilidad de estas acciones en sí mismas (la denominada sodomía)²⁸.

²⁶ Que es aquello a lo que se refiere la doctrina penal angloamericana con su «harm principle». Véase, al respecto, v. Hirsch, en: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlens. Die Rechtsgutstheorie (supra, nota 15), pp. 13 y ss.

²⁷ Cuarta Ley de Reforma del Derecho penal (Viertes Gesetz zur Reform des Strafrechts, 4. StrRG), de 23/11/1973, entrada en vigor en 1/1/1974 (BGBl. I, p. 1725); acerca de los antecedentes históricos cfr. Laufhütte, en: LK, previo al § 174; Horn/Wohlens, en: SK, previo al § 174 nm. 1 y ss.; Laubenthal, Sexualstraftaten, 2000, nm. 14 y ss. (pp. 6 y ss.).

²⁸ Derogación del § 175 b StGB (en su redacción antigua), con eficacia a partir de 1.9.1969, por la Primera Ley de Reforma del Derecho penal (1. StrRG), de 25/6/1969 (BGBl. I, p. 645); acerca de la punibilidad de la pornografía sodomita, cfr. § 184 a variante 2 StGB.

Pero todos los intentos de atribuir un bien jurídico digno de protección al tipo penal de la pornografía con animales fallaron²⁹. La protección de los animales contra la degradación no convence, toda vez que vivimos en una sociedad no vegetariana, que ya ha degradado mucho a los animales en la crianza masificada, a una fórmula química para la producción de proteína animal. Ello excluye también cualquier legitimación de prohibición penal con base a una necesidad de contener el peligro de que se imiten las acciones exhibidas, ya que la respectiva acción no lesiona de ninguna manera por sí misma a un bien jurídico. Aquí reside la diferencia con la prohibición penal de la pornografía violenta y la exhibición de acciones sexuales con menores³⁰. En efecto, en estos casos, las propias acciones exhibidas son lesivas de bienes jurídicos y punibles. Por tanto, aquí no se formula la pregunta acerca de la afectación de un bien jurídico cualquiera, sino una ulterior pregunta, acerca de si cualquier peligro remoto y mediato, como así también la posibilidad de imitación real por terceros, legi-

tima una prohibición penal, o si debe existir una urgencia específica.

V.- Con esto trataré en la segunda parte de mis consideraciones la pregunta no expresamente tratada en la época de la Ilustración, pero no por eso menos importante, acerca de si existen otros presupuestos que deben ser atendidos para que la utilización del Derecho penal para la protección de bienes jurídicos pueda ser justificada también frente a los otros principios limitadores del ejercicio de poder estatal en un Estado de Derecho. En caso de una respuesta afirmativa, cabe preguntarse cuáles serían estos presupuestos. La primera parte de esta pregunta es respondida con unanimidad en sentido afirmativo, y también la segunda puede ser respondida en forma general sin mayores dificultades, pero hace necesaria una concretización que nos lleva a una serie de problemas, los cuales se encuentran hasta hoy menos estudiados de lo que es la selva amazónica. Porque actualmente se discute con razón que la utilización de poder estatal no se legitima solamente por poseer un

²⁹ Cfr. Hörmle, *Grob anstößiges Verhalten – Normen zum Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus im StGB*, 2004, § 22 / 4.; crítico también Ostendorf, *MschKrim* 2001, pp. 372 y ss. (p. 385); Schroeder, *Pornographie, Jugendschutz und Kunstfreiheit*, 1992, pp. 10 y ss.; Schreibauch, *Das Pornographieverbot des § 184 StGB*, 1999, pp. 151 y ss.; Tröndle/Fischer, *StGB*, 52ª ed., 2004, § 184 a nm. 8.

³⁰ Cfr. respecto de la punibilidad de la denominada pornografía violenta el § 184 a variante 1 StGB, de la pornografía infantil el § 184 b StGB, y del abuso sexual de menores los §§ 176 a 176 b StGB. Sobre la pornografía infantil, además, Duttge/Hörmle/Renzikowski *NJW* 2004, 1065 y ss.; Hörmle, *KritV* 2003, pp. 299 y ss.; con una perspectiva de Derecho comparado para países de la Unión Europea, Liesching, *MMR* 2003, 156 y ss.

objetivo final elogiabile. Esa utilización debe ser idónea y necesaria para alcanzar ese objetivo, no pudiendo, además, ser desproporcional. En lo que se refiere específicamente al Derecho penal, se extrae de allí la fórmula que se puede leer hoy en todos los manuales, de que el Derecho penal representaría la última ratio para la protección de bienes jurídicos, de modo que su empleo para la protección de estos bienes deba ser idóneo y necesario, no pudiendo provocar para esa finalidad más daños que beneficios³¹. Lo que en concreto deriva de esta fórmula que parece convincente, ha sido hasta hoy en gran parte apenas examinado y, en tanto se ha intentado extraer de ella consecuencias concretas, ellas permanecen extremadamente controvertidas.

1. El significado general de la fórmula de la última ratio ha sido discutido en forma general en lo que atañe a las relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo. Según Tiedemann, en muchos casos el Derecho penal representa incluso la medida menos grave,

porque el control por una autoridad administrativa sólo es lo suficientemente eficiente si se ejerce con mucho rigor, lo que es un peso también para los ciudadanos que se comportan conforme a la ley. Sostiene que, por el contrario, las prohibiciones del Derecho penal podrían concentrarse en los comportamientos verdaderamente peligrosos, interviniendo así menos en las libertades de los ciudadanos³². En sentido justamente inverso exigen principalmente los autores de Frankfurt (la llamada escuela de Frankfurt) la amplia abolición del moderno Derecho penal económico y ambiental en favor de un denominado Derecho de intervención que, por lo que parece, debe ser una forma de Derecho de policía³³. Pero eso expresa una comprensión errónea del principio de última ratio, como veremos en cuatro ejemplos. En Alemania, el control administrativo más intenso para la protección de la vida y la integridad corporal de los ciudadanos ocurre en el ámbito del tráfico automovilístico³⁴ y, en lo que se refiere a la actividad económica, en el ám-

³¹ Roxin, AT I, 3ª ed., 1997, § 2 nm. 1 y ss., 38 y ss.; ídem, JuS 1966, pp. 377 y ss. (p. 382); Jakobs, AT, 2ª ed., 1991, I/1/2. nm. 26 (p. 48); Maurach-Zipf, AT I, § 2 nm. 13 y ss.; Rudolph, en: SK previo al § 1 nm. 14.

³² Tiedemann, Tatbestandsfunktion im Nebenstrafrecht, 1969, pp. 144 y ss.; ídem, JZ 1986, pp. 865 y ss.; ídem, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991, p. 52.

³³ Naucke, KritV 1993, pp. 135 y ss.; Hassemer, en: Scholler/Philipps (ed.), Jenseits des Funktionalismus, 1989, pp. 93 y ss.; ídem, ZRP 1992, 378, 383; ídem, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 2ª ed. 1999, pp. 22 y ss.; Lüderssen, Arthur Kaufmann-FS, 1993, pp. 487, 492 y ss.; Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991, pp. 141 y ss., 147 y ss.; Hohmann, GA 1992, 76 y ss.

³⁴ Cfr. Schönemann, DAR 1998, pp. 424 y ss. (pp. 425, 432), con ulteriores referencias.

bito de la seguridad del trabajo³⁵. Supongo que en otros países uno no se imagina la enorme cantidad de recursos que devora la policía alemana. Contrariamente a las expectativas de la «Escuela de Frankfurt», esta reglamentación del tráfico automovilístico según el modelo del Estado de policía no conduce a una reducción del Derecho penal, sino a su intensificación, ya que se prevén sanciones aún para las infracciones más pequeñas, que son impuestas año a año millones de veces³⁶. En el ámbito de la seguridad del trabajo existe más moderación, aunque aquí el Derecho de intervención no consigue prescindir del sancionamiento penal de infracciones graves³⁷. Dejemos ahora de lado la protección de la vida y de la integridad corporal y pasemos a la protección del patrimonio. En Alemania, el control administrativo más intenso ocurre en el ámbito del control de Bancos, como también (y aquí mundialmente) en forma del examen obliga-

torio de los balances en las grandes empresas por auditores³⁸. El enorme trabajo de intervención no consigue impedir que, en las últimas décadas, los Bancos alemanes hayan llamado la atención por enormes inversiones equivocadas que alcanzan muchos billones. Y, en lo que se refiere a la institución de la auditoría y del control de la bolsa de valores, basta nombrar el escándalo de Enron en los Estados Unidos de Norteamérica³⁹. Por lo tanto, parece claro que un sistema de control administrativo no puede sustituir la utilización del Derecho penal, sino sólo complementarla, y que, a veces, se puede renunciar al control administrativo más fácilmente que al Derecho penal, lo que es demostrado por la regulación del mercado de capitales en Alemania. En efecto, mientras que el control administrativo en la admisión de nuevas sociedades anónimas en la bolsa de valores falló por completo en el caso del llamado Mercado Nuevo⁴⁰, no consi-

³⁵ Cfr. Schünemann, en: *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi*, 2004, pp. 297 y ss.; Mir Puig/Corcoy Bidasolo, *La Política Criminal en Europa*, Barcelona 2004, pp. 253 y ss.

³⁶ En el año 1996 se registraron 3,1 millones de multas impuestas, cfr. DIW, VIZ p. 135, como también Schünemann, DAR 1998, p. 425.

³⁷ Cfr. Schünemann, en: *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi*, 2004, pp. 303 y ss.; idem, en: Santiago Mir Puig (ed.), *Problemas jurídico penales del SIDA*, Barcelona 1993, pp. 25 y ss.

³⁸ Sobre la auditoría bancaria, cfr. §§ 1 y ss., 32 y ss. KWG; respecto de la obligatoriedad de la superintendencia de bancos, cfr. §§ 316, 267 II, III, 264a, 340k IV, 341k HGB, 6 PubLG 11 BausparkG en relación con 340k HGB, 1 KAAG y 12 UBBG. Cfr., más allá, el «Sarbanes-Oxley Act of 2002», emitido en el Congreso de los EEUU de Norteamérica el 23.1.2002.

³⁹ El Simposio Internacional realizado en 2004 la Universidad Estatal de Nueva York, en Buffalo, fue publicado en *Buffalo Criminal Law Review* (vol. 8 (2005), No. 1).

⁴⁰ (N. T.) Se trata de un nuevo segmento de la bolsa de valores alemana, creado en 1999 y extinguido algunos años después por las razones a las que se refiere el autor en el texto.

guiendo impedir la gigantesca pérdida de cerca de 200 billones de euros a los inversores,⁴¹ el libre mercado de capitales que existe al lado de la bolsa es regulado de forma exclusiva por el Derecho penal de modo igualmente eficiente⁴².

Por consiguiente, no es sostenible la tesis de que el empleo del Derecho penal es en principio subsidiario y posterior al control por autoridades de la administración.

2. A mi modo de ver, la fórmula de la ultima ratio no debe concretizarse mediante perspectivas globalizantes y simplificadoras, sino basándose en una construcción de grupos de casos que parta del bien jurídico protegido, que tome en cuenta tanto los caminos que conducen a su lesión en determinado contexto histórico-social, como también los recursos para su protección, y que así desarrolle las necesidades de protección del bien jurídico en un análisis tridimensional. Esta necesidad de protección debe, por otro lado, ser contrapuesta a la pérdida de libertad de acción producida por la prohibición penal, para determinar el alcance adecuado de la prohibición penal. El resultado de este razonamiento puede, primeramente, ser

formulado por medio de máximas politicocriminales, sobre las cuales, a su vez, deben ser proyectados los espacios de discrecionalidad del legislador que le tienen que ser concedidos en el marco de un examen constitucional del Poder legislativo por el Poder judicial. Así, los límites a estos espacios de discrecionalidad marcarán la barrera insuperable de la política criminal en un Estado de Derecho.

3. Se comprende, así, que este examen diferenciado de la materia jurídica debe ser realizado por medio de una red de categorías que va convirtiéndose cada vez en más refinada a medida que se avanza con la concretización. La primera distinción categorial, ya conocida hace mucho, es respecto de las especies de bienes jurídicos, que pueden ser individuales o colectivos⁴³. La próxima distinción, que de cierta forma cruza horizontalmente a la que acabamos de hacer, es entre los bienes jurídicos que consisten, por un lado, en objetos físicamente individualizables y lesionables y, por otro lado, los bienes jurídicos institucionales, que se refieren a un conjunto de condiciones sociales generales, cuya observancia es, en principio, indispensable para una convivencia pacífica

⁴¹ Zieschang en: Park (ed.), Kapitalmarktsstrafrecht, 2004, § 263 StGB nm.4.

⁴² Park/Sorgenfrei en: Park, Kapitalmarktsstrafrecht, Einl. nm. 3 y ss.; Park, en la misma obra, § 264a StGB nm.2.

⁴³ Roxin, AT I, § 2 nm. 5.

y próspera en sociedad⁴⁴. La primera categoría prepondera en los bienes jurídicos individuales, la segunda en los bienes jurídicos colectivos, pero existen también bienes jurídicos institucionales en el ámbito individual y bienes jurídicos físicamente individualizables en el ámbito colectivo. Vida, integridad corporal y libertades son entidades físicamente individualizables, mientras que el bien jurídico individual del honor, que en Alemania es generalmente definido como la merecida pretensión de respeto social,⁴⁵ es un bien jurídico institucional. Muchos bienes jurídicos del Estado son, por un lado, bienes jurídicos colectivos y, por otro lado, objetos físicamente individualizables. Un ejemplo de ello es la custodia estatal de objetos recogidos o secuestrados en un proceso. Mi discípulo Roland Hefendehl, autor del más importante estudio sobre la estructura de los bienes jurídicos colectivos en Alemania, habla aquí de «contingentes sociales o estatales consumibles»⁴⁶. Con

ello hace alusión a la lesividad física y posibilidades de desgaste de tales bienes, lo que afecta también, por lo menos parcialmente, a los bienes jurídicos de los delitos de protección del medio ambiente. En efecto, el medio ambiente limpio está constituido por una incontable profusión de objetos físicamente individualizables y de procesos fisicoquímicos (en principio comparables al cuerpo humano pero elevados a niveles gigantescos). Así, en lo que se refiere a los caminos conducentes a la lesión y a los recursos de protección rigen, prima facie, reglas similares a las que regulan los bienes jurídicos individuales. He mantenido la tesis de que el daño al medio ambiente sería estructuralmente una especie de hurto. Como hurto de bienes elementales de todas las personas, constituye una forma mucho más grave que el hurto de los objetos de propiedad individual de nuestra sociedad de consumo y de desperdicio⁴⁷. Considero que ésta es mi tesis más importante en

⁴⁴ Obsérvese que incluso esta sistematización representa aún una simplificación, cfr. sobre el significado de objetos reales para el concepto de bien jurídico y sobre la relación entre concepto de bien jurídico y objeto de protección, Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, pp. 28 y ss.

⁴⁵ Basta con cfr. BGHSt (GrS) 11, pp. 67 y ss. (p. 71); BGHSt 36, pp. 145 y ss. (p. 148); Schönke/Schröder/Lenckner, StGB, 26ª edición, 2001, previo a los §§ 185 y ss., nm. 1; Tröndle/Fischer, StGB (supra, nota 29), § 185 nm. 4.

⁴⁶ Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter* (supra, nota 44), pp. 132 y ss., 199 y ss., 361 y ss.

⁴⁷ Schönemann, GA 1995, p. 201, pp. 206 y ss.; idem, *Festschrift für Triffterer*, 1996, pp. 437 y ss., 452 y ss.; idem, en: *Buffalo Criminal Law Review* 1 (1997), pp. 175 y ss., 180 y ss., 190 y ss.; idem, en: Kühne/Miyazawa (eds.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, pp. 15 y ss., 26 y ss.; idem, en: Schönemann/Müller/Philipps (eds.), *Das Menschenbild im weltweiten Wandel der Grundrechte*, 2002, pp. 3 y ss., 11 y ss.

el marco del Derecho penal ambiental, con la que también queda refutada la afirmación de la escuela de Frankfurt, conforme a la que el Derecho penal no estaría aquí respetando su limitación a la protección de bienes jurídicos⁴⁸.

Junto a este grupo de bienes jurídicos colectivos, poseen una extraordinaria importancia los bienes jurídicos institucionales caracterizados estructuralmente por Hefendehl como bienes jurídicos de confianza (*Vertrauensrechtsgüter*). Su peculiaridad consiste en que, por un lado, la acción indeseada en particular no consigue afectar considerablemente la confianza colectiva como presupuesto de funcionamiento de determinados fenómenos socialmente importantes. Pero, por otro lado, si se permitiese el comportamiento en cuestión, desaparecerían las condiciones institucionales para la existencia de la referida confianza⁴⁹.

La simple existencia de esa distinción abre el camino para llegar a varios reconocimientos ulteriores que aquí no puedo explicar con más detalle. Sólo me

gustaría observar que la distinción no debe, obviamente, ser entendida en sentido clasificatorio, sino tipológico, porque un bien jurídico institucional como el honor manifiesta en algunos de sus elementos, como por ejemplo en la efectiva buena reputación, rasgos de un bien jurídico físicamente individualizable.

4. No por eso, las categorizaciones realizadas dejan de tener, en cuanto tales, una importancia fundamental para fijar los presupuestos y el alcance de la protección penal.

a) Primeramente, esta distinción permite desenmascarar el callejón sin salida argumentativo del «bien jurídico colectivo aparente», responsable de numerosos errores de la jurisprudencia. Un tal «bien jurídico colectivo aparente» es la salud pública que, en verdad, está compuesta de la suma de la salud de cada ciudadano individual. Por tanto, no pasa de ser un bien jurídico individual según una perspectiva de lógica de clases⁵⁰. Esta aglomeración errónea de bienes jurídicos individuales en uno colectivo sirve a

⁴⁸ Hassemer, *Neue Kriminalpolitik*, 1989, pp. 46 y ss.; idem, en: Scholler/Philipps (eds.), *Jenseits des Funktionalismus*, 1989, pp. 90 y ss.; idem, *ZRP* 1992, pp. 378 y ss., p. 383; Hohmann, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, 1991, pp. 188 y ss.; idem, *GA* 1992, pp. 76 y ss.; Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991, pp. 141 y ss.; P.-A. Albrecht, Backes y Rüther en: 12. *Strafverteidigertag*, 1989, pp. 36 y ss. 128 y ss. 153 y ss.

⁴⁹ Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter* (supra, nota 44), pp. 124 y ss., 313 y ss.

⁵⁰ Más detalles al respecto, con ulteriores referencias. Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter* (supra, nota 44), pp. 140 y ss.; Schünemann, en: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie* (supra, nota 15), p. 146.

la jurisprudencia de argumento para ignorar sencillamente los principios de exclusión de la protección penal en caso de consentimiento del titular del bien jurídico. Esto le permite, aparentemente sin problemas, penar severamente un comportamiento por lesión de un bien jurídico real, que, en realidad, sólo podría ser merecedor de pena en caso de que creara un peligro mediano para otros bienes jurídicos. Por ejemplo, el Tribunal Supremo federal alemán (BGH) se fundó en la violación de la seguridad del tráfico automovilístico para agravar la pena del conductor que lesionó a los pasajeros de su vehículo en un accidente provocado por su estado de ebriedad⁵¹. Esto, a pesar de que esos acompañantes conocían al entrar al vehículo el estado de incapacidad del conductor provocado por el alcohol, debiendo ser, por eso, sólo ellos responsables de su propia lesión. Y el Tribunal Constitucional alemán fundamentó la punibilidad de la tenencia de estupefacientes sobre la base de la protección de la salud pública,⁵² a pesar de la autopuesta en peligro

de modo libre y responsable del consumidor individual, quien no crea un peligro de mayor relevancia para el Derecho penal que el abuso de alcohol, el consumo de carne con mucha grasa o la práctica bungee jumping. De este modo, el Tribunal Constitucional pasó por alto el problema de que, en un Estado liberal de Derecho, el control estatal de los estupefacientes sólo puede tener lugar para proteger enfermos, esto es, adictos, y jóvenes, esto es, personas que aún no actúan libremente de modo responsable. De otro modo, se está renunciando a la legitimación mediante el principio de la protección de bienes jurídicos⁵³.

- b) La segunda ventaja fundamental de la categorización que he esbozado consiste en que la tradicional distinción de las estructuras del delito en delitos de lesión, de peligro concreto, de peligro abstracto-concreto y de peligro abstracto sólo tiene sentido en caso de bienes jurídicos físicamente individualizables y lesionables⁵⁴. En el caso de bienes jurídicos de con-

⁵¹ Condenando no sólo por el delito de embriaguez en el tráfico automovilístico del § 316 StGB, sino también por la puesta en peligro del tráfico automovilístico del § 315 c StGB, cfr. BGHSt 23, pp. 261 y ss.; críticamente Schönemann, JA 1975, pp. 435 y ss., 715 y ss., 723; Schönke/Schröder/Cramer/Stemmer-Lieben, Strafgesetzbuch, 26ª. ed., 2001, § 315 c nn. 43 con ulteriores referencias.

⁵² BVerfGE 90, pp. 145 y ss.

⁵³ Más detalles en Schönemann, en: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers, Die Rechtsgutstheorie (supra, nota 15), pp. 145 y ss.

⁵⁴ Al respecto, con más detalles, Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter (supra, nota 44), pp. 156 y ss.

fianza, las condiciones de la protección penal deben ser extraídas de la estructura que posee el orden institucional en concreto.

aa) Toda vez que el modelo clásico de protección de bienes jurídicos por medio de la prevención general amenazadora no presupone ni más ni menos que la existencia de una prohibición penal-mente sancionada de que se lesionen bienes jurídicos, la anticipación de las normas penales en el ámbito de los delitos de peligro necesita de una especial legitimación. En la mayor parte de los casos, y tal vez incluso en todos, la cuestión es, a mi modo de ver, de un mero cálculo de eficiencia políticocriminal. En lo que se refiere a la descripción de la conducta prohibida, el delito de lesión es mucho más abstracto que el delito de peligro abstracto, y puede provocar un claro impulso intimidador sólo en aquellas personas que actúan con dolo de lesión. En el ámbito de los delitos culposos, el ciudadano se ve obligado a deducir él mismo las normas concretas de comportamiento, lo que muchos no están en condiciones intelectuales de hacer. A otros les faltan las condiciones emocionales, en caso de que se encuentre muy pronunciada la capacidad y disposición para reprimir íntimamente posibles desenlaces desagradables. Además, el delito imprudente es claramente inadecuado

desde el punto de vista de la teoría del aprendizaje, porque comportamientos descuidados llevan sólo en algunos pocos casos a un accidente. Así, la realidad de la vida recompensa frecuentemente incluso a un comportamiento que es imprudente, reforzándolo de este modo, en lugar de ocurrir lo contrario. La anticipación de la protección penal en el ámbito del peligro concreto puede representar, así, una considerable mejora práctica de la protección de bienes jurídicos. Pero debe tratarse de casos en los que sea posible definir aquellas acciones provocadoras de resultados lesivos, en cuya realización nadie puede tener un interés justificado. Además, el peligro concreto debe ser percibido como un suceso destacado que, por tanto, manifieste el disvalor de la acción en cuestión. Ambos requisitos se cumplen en el tipo penal alemán de la puesta en peligro del tráfico automovilístico, que describe como acciones típicas lo que se puede denominar los «pecados mortales» del tráfico, como lo son conducir en estado de embriaguez o adelantar desconsideradamente a otro vehículo en lugares de poca visibilidad. El momento de su resultado, que es la puesta en peligro concreta de otros participantes del tráfico, es por lo general vivenciado con conmoción como un cuasi-accidente.

bb) El próximo paso, ahora en el ámbito de los delitos de peligro abstracto, está también dictado por consideraciones prácticas relativas a una eficiente protección de bienes jurídicos, pero necesita de una legitimación aún mucho más intensa, toda vez que, en la medida en que se distancia la materia de prohibición del acto verdaderamente lesivo, más grave se va tornando la limitación de la libertad de acción. Tomemos como ejemplo la conducta, prohibida en Alemania, de conducir un vehículo después de haber consumido excesivamente alcohol, encontrándose por tanto disminuida la capacidad de conducir. Aquí concurre una serie de factores que legitiman esta enorme anticipación de la intervención del Derecho penal: el conductor ebrio no puede controlar más debidamente el suceso, representando así una especie de peligro constante que puede realizarse en cualquier momento; el comportamiento prohibido puede ser descrito de modo bien exacto, siendo claramente reconocible también por el propio autor; y no son imaginables situaciones en las que se pueda hacer valer un interés justificado en conducir un vehículo en estado de ebriedad. Es interesante obser-

var que no existe tipo paralelo alguno que convierta en punible el conducir un vehículo en estado de excesivo cansancio, a pesar de hoy se sepa que son provocados muchos más accidentes en razón del cansancio que del alcohol⁵⁵. El fundamento de esta reserva del legislador consiste evidentemente en el hecho de que no existen procedimientos exactos de medición del cansancio, que el cansancio insostenible no es precisamente reconocible por el afectado y que, en la sociedad actual, las personas se encuentran crónicamente cansadas en razón de la oferta excesiva de diversión. Así, subsiste una necesidad en sí irracional, pero que corresponde al estado de la civilización actual, de conducir también en estado de cansancio.

cc) Es verdad que los delitos de peligro abstracto presentan el problema para un Estado garantista de que la acción prohibida por la ley penal, por lo general dotada de un gran potencial de peligro, pueda en casos atípicos ser completamente inocua. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el autor ha adoptado medidas específicas para evitar un peligro concreto para el bien jurídico. En tales casos, conside-

⁵⁵ Schlanstein, VD 2004, pp. 70 y ss.; Born, 42. «Deutscher Verkehrsgerichtstag in Goslar», 28.1-30.1.2004, NZV 2004, pp. 122 y ss. (p. 123); en lo que se refiere a camiones, cfr. Albrecht, NZV 2002, pp. 153 y ss. (p. 154).

ro indispensable la reducción teleológica del tipo, lo que hasta ahora no ha sido rechazado definitivamente por la jurisprudencia alemana, pero tampoco ha sido positivamente aceptado⁵⁶. Por consiguiente, desde una perspectiva garantista merece preferencia un grupo intermedio entre los delitos de peligro abstracto y concreto, que está siendo utilizado cada vez con más frecuencia en la reciente legislación, y que se denomina delito de peligro abstracto-concreto, delito de aptitud o de potencial lesivo (*Eignungsdelikt*), o también delito de peligrosidad (*Gefährlichkeitsdelikt*)⁵⁷. Un ejemplo de ello es el Derecho alimenticio alemán, que considera punible la puesta en circulación de alimentos cuyo consumo sea apto para lesionar la salud humana⁵⁸. La exigencia de una aptitud o potencial impide que el tipo penal alcance también a materiales producidos en violación de ciertas reglas, pero que no son peligrosos en el caso concreto, y la puesta en

circulación «como alimento» excluye también formas no peligrosas de la entrega del producto, como por ejemplo, para un museo o como basura. Al mismo tiempo, este tipo penal deja reconocer lo que en rigor legitima la anticipación de la tutela penal: en tanto que el ciudadano adquiriría sus alimentos siempre de la misma granja, del mismo matadero o del mismo panadero, cuyos destinatarios, a su vez, eran constantes e identificables, la reacción contra productos alimenticios que dañan la salud podía ser efectivizada sin problemas por los tipos de homicidio y de las lesiones corporales culposas. En efecto, el autor y la víctima estaban vinculados a través de relaciones personales y pertenecían a un círculo de vecindad constante e identificable. Pero con la comercialización de alimentos de productores anónimos por medio de la distribución masiva de las cadenas de supermercados para consumidores también anónimos, los cursos causales se pierden en

⁵⁶ Cfr. Rudolphi, en: Schroeder/Zipf (ed.), Festschrift für Reinhart Maurach, 1972, p. 59; Schönke/Schröder/Heine, § 306a nm. 2; Roxin, AT I, § 11 nm. 127; dejado abierto en BGHSt 26, pp. 121 y ss. (124 ss.); BGHSt 34, pp. 115 y ss. (118 ss.); BGHSt 43, pp. 8 y ss. (p. 13).

⁵⁷ Schröder, JZ 1967, pp. 522 y ss.; ídem, ZStW 81 (1969), pp. 18 y ss.; Roxin, AT I, § 11 nm. 135; A. H. Meyer, Die Gefährlichkeitsdelikte, 1992, p. 182.

⁵⁸ En la actual Ley de alimentos y productos de primera necesidad (Lebensmittel- und Bedarfsgegenstandesgesetz), redacción de 8.7.1993, este tipo básico es sólo un caso único entre un conglomerado de tipos en blanco, cfr. § 51 ap. 1 nr. 1, en relación con el § 8 Nr. 2 LMBG.

la anonimidad de las sociedades de masas. Si la protección de bienes jurídicos ha de ser alcanzada también en estas condiciones, es necesario que el Derecho penal intervenga respecto de una acción intolerablemente peligrosa en cuanto tal, esto es, respecto de la puesta en circulación de los alimentos con aptitud o potencial para dañar la salud⁵⁹.

- dd) El poder de convicción de esta perspectiva de legitimación puede ser demostrado también en el ámbito de los delitos patrimoniales. Aquí nos hallamos frente a algo análogo a la venta masiva y anónima de alimentos. Se trata de la distribución de inversiones de capital en un mercado de capitales en el que el prospecto de emisión ha asumido ya hace mucho tiempo el papel de una confianza personal. Además, la relación de equivalencia entre inversión y valor de la participación está determinada sobre todo por la audacia del inversor correctamente informado dispuesto a asumir riesgos, que se vale de formas modernas de inversión como el capital de riesgo, las sociedades de amortización y el comercio de derivados. En razón de esto, el moderno tipo

penal de fraude en la inversión de capitales (*Kapitalanlagebetrug*) del § 264 a del Código penal alemán, hace acertadamente entrar en acción al Derecho penal en el momento de la divulgación de informaciones falsas ventajosas en prospectos de emisión dirigidos a la generalidad. Del mismo modo que en la puesta en circulación de alimentos, la publicación del prospecto representa la «posición colectiva clave» (*kollektive Schaltstation*) sobre la que debe intervenir una protección eficaz de bienes jurídicos en la sociedad moderna. La expansión de los delitos de peligro abstracto constituye, en este ámbito, una necesaria modernización del Derecho penal. Así, la crítica apodictica de la escuela de Frankfurt a la concepción del delito de peligro abstracto no hace más que conducir a la insensata exigencia de que la necesaria protección de bienes jurídicos se haga efectiva con institutos jurídicos arcaicos⁶⁰.

- ee) Claro que se estaría entendiendo mal el enfoque aquí esbozado si se creyera que con él se permite la creación de delitos de peligro abstracto sin límite alguno según la conveniencia política. En efecto,

⁵⁹ En este sentido ya mi argumentación en GA 1995, 212.

⁶⁰ Albrecht, KritV 1993, pp. 163 y ss. (pp. 169 y ss.); Hassemer, NSTZ 1989, pp. 553 y ss. (p. 557).

el requisito que llamé «posición colectiva clave» asegura que la intervención del Derecho penal sea realmente necesaria y no sólo impuesta por grupos de intereses poderosos en el proceso legislativo. Es por eso que considero ilegítimo y, por tanto, inconstitucional, que el Derecho penal alemán considere punible por ejemplo a la mera declaración falsa en una solicitud de crédito a un Banco, sin exigir que el autor haya actuado con dolo de lesión⁶¹. Si este dolo estuviese presente, ahí sí estaríamos frente a una tentativa de estafa merecedora de pena⁶². La anticipación de la prohibición penal no puede ser aquí legitimada por la necesidad de protección individual de bienes jurídicos. Y tampoco convence la postulación de una sana economía de créditos como un supuesto bien jurídico colectivo, legitimación propugnada sobre todo por Tiedemann⁶³. En efecto, se trata de un mero bien jurídico aparente, ya que la sana economía de créditos no es nada más que la

suma de las relaciones patrimoniales sanas de cada Banco individual, o sea, la clase de los bienes jurídicos individuales del patrimonio.

Más allá, como ya he mencionado, la restricción especialmente intensa de la libertad general de acción que implican los delitos de peligro abstracto debe ser ponderada muy cuidadosamente con el respectivo derecho fundamental de los ciudadanos. Ello obliga a severas restricciones, por ejemplo en el ámbito del Derecho penal de estupefacientes. Como ya he observado, sólo la salud de personas no adultas y adictas es un bien jurídico merecedor de tutela en un Derecho penal liberal. Por consiguiente, sólo pueden ser penadas aquellas acciones de las cuales surja típicamente también un peligro para jóvenes o adictos. Este es el caso, por ejemplo, cuando se importa una gran cantidad de estupefacientes, pero no cuando una persona adulta importa para fines de uso personal⁶⁴. En qué medida se pueden sobrepasar estas fronteras en un «Derecho penal social», será examinado a continuación.

⁶¹ A saber, en la disposición del § 265b StGB, erradamente denominada «estafa de crédito» (Kreditbetrug).

⁶² Ya que, cuando alguien con dolo de daño hace por escrito una declaración falsa sobre sus relaciones patrimoniales para obtener un crédito, comienza la ejecución (en el sentido del § 22 StGB, que define la tentativa) del engaño y, de este modo, de la estafa.

⁶³ Tiedemann, en: LK, § 265b, nm. 10, con referencias sobre la controversia en la nota 7.

⁶⁴ Incluso en los casos de poseer pequeñas cantidades de cannabis para consumo personal, el Tribunal Constitucional admite la punibilidad material, proponiendo sólo una descriminalización procesal, cfr. BVerfGE 90, 145 y ss.

VI.

1. El hecho de que en mi conferencia no ofrezca un cuadro sistemáticamente exhaustivo, tratando sólo algunas categorías y grupos de casos especialmente importantes, se debe a la tarea inicialmente descrita de concretizar la cláusula de la ultima ratio a través de un análisis que no nivele la complejidad de la materia, sino que la ponga de relieve. Por último, me gustaría tratar la importancia del papel de la víctima, esto es, del aporte prestado por el titular del bien jurídico. Como punto de partida debería estar claro que no se puede proteger al bien jurídico contra la voluntad de su titular. Los intentos difundidos también actualmente, de proteger el bien jurídico también contra su titular por medio de construcciones restrictivas del poder de disposición, me parecen disfuncionales bajo la perspectiva de la apropiación, y erróneos, por menospreciar la libertad de acción del titular del bien ju-

ridico. Un ejemplo de ello ofrece la prescripción del § 228 del Código penal alemán, que declara ineficaz el consentimiento de la víctima de lesiones corporales cuando el hecho, a pesar del consentimiento, viole las buenas costumbres. Aquí me parece que estamos delante de un escandaloso intento del legislador de imponer determinadas formas de vida en el ámbito de la integridad corporal. El hecho de que la referencia a un parámetro de las buenas costumbres, que no puede tener una base fija, también viola el principio de certeza, torna el dispositivo en aún más absurdo⁶⁵.

No tan sencilla es la cuestión de la punibilidad de la ayuda al suicidio (existente en muchos países del mundo) o, en todo caso, del homicidio a pedido de la víctima (como en Alemania y España). Como no se pueden imponer concepciones morales por medio del Derecho penal, la fundamentación histórica de estas disposiciones con base en la

⁶⁵ Por cierto, con esta posición me coloco en oposición a la opinión que domina también en la doctrina, cfr. con numerosas referencias Lackner/Kühl, StGB 25ª. ed., 2004, § 228 nm. 10; por el contrario, en el sentido del texto, Stemberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, pp. 136, 162; Paefßen, en: Nomos Kommentar, § 228 nm. 43, 50; en definitiva también Niedermair, Körperverletzung mit Einwilligung und die guten Sitten, 1999, quien considera no haber, en sí, una violación de la certeza que debe poseer la ley, pero sí que el criterio de las buenas costumbres ha perdido entretanto su función en la fundamentación de la pena. Tampoco ha ayudado la fórmula de las «buenas costumbres» a la más reciente sentencia del BGH (JR 2004, pp. 472 y ss., con un comentario en sí positivo de Hirsch) sobre la punibilidad de lesiones corporales con resultado mortal en actividades sadomasoquistas. La punibilidad se deriva – en todo caso – más bien de la decisión del legislador de que el consentimiento en una acción de matar a otro es ineficaz (argumento con base en el § 216 StGB). (N. T.: El § 216 es el tipo penal de homicidio a pedido de la víctima).

moral cristiana no ofrece legitimación suficiente para la punibilidad de la ayuda al suicidio o del homicidio a pedido de la víctima. En mi opinión, el único bien jurídico que entra en consideración es la vida de una persona que no actúa de modo responsable. En efecto, muchos suicidios no constituyen una decisión seria, sino que, en verdad, representan una especie de pedido de ayuda al entorno como meros «suicidios de llamada»⁶⁶. Considero que una reducida punibilidad en este ámbito sería legítima, por un lado, si en la ayuda a un suicidio éste no fue pensado maduramente y, por otro lado, si en el homicidio a pedido de la víctima ésta aún es capaz de actuar de propia mano. En efecto, en este último caso, la incapacidad de la víctima de ejecutar por sí misma la decisión torna dubiosa la seriedad del deseo de morir.

2. Sólo resta examinar la importancia del aporte de la víctima cuando ésta, por un lado, no quiere que el bien jurídico sea lesionado, pero, por otro lado, omite la autoprotección de sus bienes jurídicos sin motivos fundados, habiéndole sido ello posible sin mayores dificultades. Para tratar estos casos, formulé hace 30 años atrás la llamada máxima

victimodogmática, presentándola como una derivación directa del principio de ultima ratio. Conforme a ella, en el marco de la interpretación admisible de los tipos penales, deben ser excluidos del ámbito de punibilidad todos los comportamientos frente a los cuales la víctima no merece ni necesita de protección, toda vez que ella misma sería capaz de protegerse suficientemente, si sólo lo quisiera⁶⁷. A pesar de que he formulado el principio victimodogmático hasta ahora sólo como una máxima de interpretación, debe ser entendida, por su derivación del principio de ultima ratio, también como una limitación del Derecho penal que restringe la discrecionalidad legislativa. Por cierto, los críticos afirman que la subsidiariedad del Derecho penal valdría sólo frente a otras medidas estatales, y no frente a las posibilidades de autoprotección de los ciudadanos⁶⁸. Pero más adecuado que esta restricción sería un argumentum a fortiori. En efecto, mientras que por ejemplo el Derecho civil como alternativa del Derecho penal sólo puede ser llamado con su aparato coercitivo con posterioridad y, por eso, a decir verdad, llega demasiado tarde, una autoprotección del titular del bien jurídico que es posible y exigible vela por la com-

⁶⁶ Stengel, *Selbstmord und Selbstmordversuch*, 1969, p. 102, pp. 114 y ss. Dölling, *NJW* 1986, pp. 1011 y ss. (p. 1014).

⁶⁷ Primeramente en *ZStW* 90 (1978), pp. 54 y ss.; la idea ha sido desde entonces desarrollada, por último en: Schönemann (ed.), *Strafrechtssystem und Betrug*, 2002, pp. 51 y ss., 61 y ss.

⁶⁸ So Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten*, 1981, S. 177 ff.; por último Günther, *Festschrift für Lenckner*, 1998, pp. 69 y ss. (pp. 78-79).

pleta integridad del bien jurídico. Dicho de modo extremo, una limitación del Derecho penal en este aspecto incluso aumenta la protección del bien jurídico, pues si el daño social sólo puede ser producido mediante un comportamiento determinado de la víctima que abandona sus propios intereses, la víctima debe ser desalentada en cierto modo de su propio comportamiento con el hecho de que si ella niega sus propios intereses se le denegará la protección mediante el Derecho penal. Y tampoco desde un punto de vista teórico se halla limitada la idea de la subsidiariedad por la circunstancia de que el Estado tenga a su disposición incluso instrumentos más suaves para la protección de bienes jurídicos. En efecto, conforme a la idea básica del contrato social,

todo ciudadano quiere renunciar a tanta libertad como es indispensable para posibilitar la protección recíproca⁶⁹. En consecuencia, el ciudadano debe mantener en principio la disposición sobre sus bienes jurídicos. Y necesita del Estado sólo cuando no sea capaz de proteger estos bienes con sus propias fuerzas. El principio se torna problemático

sólo en situaciones de típica debilidad humana, o sea, donde el concepto de individuo maduro es psicológicamente cuestionable según la experiencia cotidiana. En tanto una debilidad de esas características tiene su raíz en una desventaja social, quisiera afirmar, sobre la base de la extensión social moderna de la teoría clásica liberal del contrato social, no sólo una facultad, sino incluso un deber del Estado de prohibir que se haga un aprovechamiento de tales desventajas sociales y de criminalizarlo, a falta de otros medios eficientes. En consecuencia, no ha de ignorarse que con eso el Derecho penal se torna *ultima ratio* de una política social fracasada⁷⁰. Pero ¿qué ocurre con el mero aprovecharse de debilidades humanas individuales, como la pasión por el juego, el impulso sexual o la capacidad tentadora de estimulantes y drogas, sean tabaco, alcohol o estupefacientes? Aquí se trata del problema hasta ahora apenas discutido de un Derecho penal paternalista, acerca del que llamo la atención al final de mi conferencia, sin poder discutirlo en detalles⁷¹. De cualquier manera, me parece que las contingencias históricas que hacen que en un círculo cultural se divinice el aj-

⁶⁹ Locke, *Second Treatise on Government*, 1690, § 171; cfr. también Kersting, *Die politische Philosophie* (supra, nota 12), pp. 96 y ss.; Koller, *Neue Theorien des Sozialkontrakts*, 1987, pp. 12 y ss.

⁷⁰ Un ejemplo sería el tipo penal de la usura (§ 291 StGB).

⁷¹ Al respecto, desde una perspectiva jusfilosófica norteamericana, Feinberg, *Harm to self*, 1986; Eidenmüller, *Effektivität als Rechtsprinzip*, 1985, pp. 358 y ss.; Gutmann, *NJW* 1999, pp. 3387 y ss.; U. Schroth, en: Schönmann/Müller/Philipps, *Das Menschenbild* (supra, nota 47), pp. 35 y ss.

cohol o se demonice el hachís, mientras que en otro círculo cultural podría darse la relación inversa, son sustituidas por una estrategia orientada a la peligrosidad del estupefaciente, que puede y debe considerar también la capacidad del ciudadano medio de ser tentado y su posible transformación en una nueva fuente de peligro adicional. Por consiguiente, en el caso de drogas peligrosas, el Estado tiene la facultad de fundar un monopolio de control sobre la producción que puede ser protegido también por medio del Derecho penal, como bien jurídico intermedio (*kollektives Zwischenrechtsgut*). Respecto del contagio del virus del Sida, el principio de la no punición de la autopuesta en peligro debe ser limitado por la idea de que la víctima del contagio se convierte ella misma en autor potencial. Existe, así, no sólo una facultad del Estado de penalizar la difusión del VIH incluso cuando ha existido consentimiento del infectado, sino además un deber de hacerlo. Así, la introducción de un espacio libre de Derecho (*rechtsfreier Raum*) por el legislador alemán en los casos de contagio por el VIH viola el deber de protección estatal consagrado constitucionalmente⁷².

3. En este punto, tengo que interrumpir estas reflexiones por razones de espacio. Ciertamente, el enorme nudo de problemas del Derecho penal paternalista y muchos otros grupos de casos de concretización del principio de última ratio sólo podrán ser tratados en una voluminosa monografía. El intenso diálogo científico penal que viene siendo realizado entre Europa y Latinoamérica por sobre el Océano Atlántico me parece especialmente adecuado para continuar analizando la problemática. Por un lado, porque las diferencias entre las respectivas culturas impide actuar con estrechez de miras aferrándose sólo a las propias tradiciones históricas. Por otro lado, porque hay que tener en cuenta el fundamento común de la civilización y de la disposición de ánimo en él arraigada, en el sentido de buscar una solución teórica fundamental para los problemas. Esto es, estar de acuerdo con la actitud intelectual que caracteriza a toda la cultura jurídica. Este fundamento común de la civilización está mucho más presente que, por ejemplo (sin pensar en las culturas jurídicas del Extremo Oriente o del Islam) en el Common Law.

⁷² Al respecto, por último, Schünemann, *Festschrift für Eser*, 2005.

^{**} Catedrático de la Universidad de Múnich - Alemania y Colaborador de la Revista de Derecho