Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

LA RELEVANCIA DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO MODERNO*

Prof. Dr. Hans KUDLICH**

Sumario

I. Introducción; II. Los aspectos extensamente controvertidos; 1. La función de sistematización del concepto de bien jurídico; 2. La función rectora de la interpretación del concepto de bien jurídico; III. La función legitimadora, limitada y crítico-sistemática de la punibilidad del concepto de bien jurídico; 1. Planteo del problema y objeciones contra un concepto crítico del sistema del bien jurídico; 2. La (supuesta) tradición liberal y las diferentes formas de aplicación del concepto de bien jurídico; 3. Limitaciones al concepto de bien jurídico en la doctrina dominante y la cuestión sobre los tipos penales sin bien jurídico legítimo; 4. El concepto de bien jurídico en el derecho penal vs. el principio jurídico de proporcionalidad del Estado de Derecho; a) Punto de partida: el examen de proporcionalidad como concepto alternativo en la dogmática constitucional; b) ¿Limitación a un examen (de dos partes) de la proporcionalidad también en el Derecho Penal?; c) Alegato a favor de una ponderación uniforme de la norma de comportamiento protegida penalmente; d) La singularidad parcial del dogma penal del bien jurídico frente al principio constitucional de proporcionalidad; 5. ¿El dogma penal del bien jurídico como asunción fundamental razonable y como "*space of reasons*"?; V. Conclusión.

I. Introducción

> "*El derecho sirve a la protección del bien jurídico. Los bienes jurídicos son bienes materiales e ideales que pueden ser protegidos con ayuda del derecho. Un conjunto de bienes adquiere relevancia cuando se sitúa bajo la protección del Derecho penal (bienes jurídicos protegidos penalmente)*".

* Ponencia presentada en el 36.° Congreso de Profesores de Derecho Penal en la ciudad de Augsburg, publicada en idioma alemán en la Revista para las Ciencias Jurídico-Penales Conjuntas, tomo n.° 127, cuaderno n.° 3, año 2015, pp. 635-653 (*Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*; [Nota del traductor: la cita de la revista, de aquí en adelante, al igual que las demás citas bibliográficas, será abreviada en su idioma originario, en este caso: "ZStW"]). La forma de la ponencia y especialmente también el "diseño" de la ponencia se mantuvo. Agradezco afectuosamente por la traducción al idioma castellano a Darío N. ROLÓN.

** Prof. de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Filosofía del Derecho (Friedrich-Alexander-Universität Erlangen).

DR © 2016. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Así figura en el manuscrito entregado en el semestre de invierno de 1990/1991 por el decano y profesor de derecho penal de Augsburg que hoy oficia de anfitrión, el profesor HERMANN. Se trata de un manuscrito con el que comencé a aprender derecho penal en los cursos de grado y que además ha despertado en mí la pasión por ese ámbito del derecho durante mi primer semestre aquí en Augsburg.

Luego de esa reseña bibliográfica, para mí no sólo es un gran honor —lo sería de todos modos—, sino también una alegría personal muy especial que se me permita hablarles hoy aquí a ustedes.

En sí mismo —a pesar de esa distinción positiva— una conferencia en el Congreso de Profesores de Derecho Penal (especialmente sobre un tema ya tan extensamente discutido)[1] no sólo es un honor y una alegría para mí, sino también una cierta carga. Una carga que ha comenzado a quitarme el sueño a comienzos de año, desde que recibí la confirmación —seguramente pensada con finalidad motivadora— de que "tu ponencia ya es segura".

Y cuando durante una noche de marzo sin calma, una y otra vez, aquí y allá daba vueltas y reflexionaba sobre conceptos inmanentes y trascendentes del sistema del bien jurídico,[2] sobre lesividad social y sobre la capacidad de rendimiento del principio de proporcionalidad, de repente apareció: allí estaba él en nuestra cama (afortunadamente él estaba situado del lado de la cama donde duerme mi esposa): el espectro del Congreso de los Profesores de Derecho Penal [3].

Estaba situado en nuestra cama y me miraba en forma sarcástica. Dependiendo de cómo le

[1] *Roxin*, AT, I, 4. ed. 2005, § 2 n.° m. 9 y ss. habla de una "jungla de cuestiones discutibles", sobre la discusión en detalle: *Frisch*, FS-Stree/Wessels, 1993, pp. 69, 71 y ss.; *Amelung*, Rechtsgüterschutz, 1972; *del mismo* en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Editores), Die Rechtsgutstheorie, 2003, pp. 155 y ss.; *Beckemper*, ZiS 2011, pp. 318 y ss.; *Gimbernat Ordeig,* GA 2011, pp. 284 y ss.; *Greco*, FS-Roxin II, 2011, pp. 199 y ss.; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, 2002, pp. 5 y ss.; *del mismo* en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Editores), Die Rechtsgutstheorie, 2003, pp. 119 y ss.; *del mismo* GA 2002, p. 21; *Jahn* GA 2007, p. 579; *Jakobs*, FS-Frisch, 2014, p. 81; *Lampe*, FS-Welzel, 1974, pp. 151 y ss.; *Koriath* GA 1999, p. 561; *Stratenwerth*, FS-Lenckner, 1998, p. 377; *Swoboda* ZStW 122 (2010), pp. 24 y ss.; *Vogel,* StV 1996, pp. 110 y ss.; *Wohlers* GA 2002, pp. 15 y ss.; *Hassemer/Neumann* en Nommos Kommentar, 4. ed. 2014, comentario previo al § 1 n.° m. 108 y ss.; *Zabel* ZStW 122 (2010), pp. 833 y ss.

[2] Sobre la distinción: Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973, p. 19 y ss.; del mismo, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Comentario 1), pp. 57, 59; Roxin prefiere el giro "crítico legislativo", Parte General I (Comentario 1), §2 n.° m. 12 (en nota al pie 26); ver también: Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter, 2002, p. 19; von Hirsch, GA, 2002, 2.

[3] Comparar con la pintura de *Johann Heinrich Füssli* "Der Nachtmahr", 1781, actualmente en el Detroit Institute of Arts. Agradezco al Dr. Klaus Gattermeier la importante inspiración para el espectro [*Nachtmahr*] como símbolo de desolación interna —aunque en un contexto muy diferente—.

DR © 2016. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

daba la luz parecía ponerme una u otra cara familiar que aparentaban decirme: "Lo del bien jurídico no tiene sentido".

"¿Y entonces?", pensaba él de manera arrogante, "¿reflexionas sobre el uso del dogma del bien jurídico en el Estado constitucional moderno de Derecho? Lo puedes dejar ahora mismo, pues de allí nada resulta. ¿Cómo te puedes meter con semejante tema y encima contra alguien tan inteligente como Engländer?[4] Cualquiera que esté en sus cinco sentidos sabe que eso es pura trivialidad retórica".

"Escucha", dije indignado. "Se puede leer en casi cada manual estándar que el derecho penal sirve para la protección de los bienes jurídicos y cuán importante es el concepto de bien jurídico para la legitimación del derecho penal".[5]

"¿Eh?", me cerró la boca. "Es conocido que en los manuales estándares que mencionas todo se presenta en forma simplificada. Probablemente allí se encuentren aún cosas tales como la fórmula de la *conditio sine qua non*. No, no, si se quiere estar en boga, se debe ser crítico del bien jurídico".[6]

"No quiero ni erigir el dogma del bien jurídico por la tradición" desvié, "ni tampoco estar en contra de lo que está de moda. Pero si un concepto en nuestra ciencia está tan difundido desde hace décadas, tiene para mí *prima facie* ya una cierta 'presunción de sentido'. Si bien sabemos de *Thomas Fischer* que el estudio del derecho no es realmente difícil,[7] sin embargo, ello no significa que todos los juristas sean tontos".

---

[4] Comparar con ZStW 127 (2015), p. 616.

[5] *Roxin,* AT, I, 4. ed. 2005, § 2 n.° m. 2 y ss.; *Jescheck/Weigend* AT, 5. ed. 1996, § 1 n.° m. 1; *Baumann/Weber/Mitsch* 10. ed. 1995, § 3 n.° m. 10 y ss.; *Wessels/Beulke/Satzger* AT, 44. ed. 2014 n.° m. 6; *Rengier* AT 6. ed. 2014 § 3 n.° m. 1; sobre la tarea del Derecho penal de proteger los bienes jurídicos (con numerosas diferencias en los detalles) SK/*Rudolphi,* comentario previo § 1 n.° m. 2; MK-StGB/*Joecks* n.° m. 30 y ss.; *Baumann/Weber/Mitsch,* AT § 3 n.° m. 10 y ss.; *Kindhäuser*, AT § 2 n.° m. 6; Lackner/Kühl comentario previo § 13 n.° m. 4; *Otto* AT § 1 n.° m. 21 y ss.; *Hefendehl* (2002), *del mismo* GA 2007, pp. 1 y ss.; *Swoboda* ZStW 122 (2010), pp. 24 y ss.; *M. Heinrich*, FS-Roxin II (2011), pp. 131 y ss.: diferenciando, aunque, en síntesis, aprobatorio del concepto de bien jurídico *Kühl*, en: Hilgendorf/Rengier (eds.), Heinz-FS, 2012, pp. 766 y ss.; *Dubber* ZStW 117 (2005), pp. 499 y ss.

[6] *Jakobs*, AT, 2. ed. 1993, n.° m. 2/16 y ss.; *Krüger*, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, 2000; *Stratenwerth* ZStW 105 (1993), pp. 679 y ss.; *Frisch*, FS-Stree/Wessels, 1993, pp. 71 y ss.; *v. Hirsch*, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (eds.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, pp. 22 y ss.; *Wohlers* GA 2002, pp. 13; *Pawlik* ZStW 121 (2009), p. 680; *Stuckenberg* GA 2011, p. 660; *Gärditz*, Strafbegründung und Demokratieprinzip, en: Der Staat 49 (2010), p. 331; *Appel*, Verfassung und Strafe (1998), pp. 385 y ss.

[7] http://www.zeit.de/campus/2014/06/thomas-fischer-jurastudium-vorurteile-auswendig-lernen.

DR © 2016. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

II. Los aspectos extensamente controvertidos

1. La función de sistematización del concepto de bien jurídico

"Pero tú sabes", continué, "no quiero discutir seriamente que la parte especial de nuestro Código Penal está estructurada de manera evidente, al menos en lo esencial, a partir de una amplia referencia al 'bien jurídico'".[8]

"¡No tiene sentido!", suspiró el espectro, y durante un momento lució como si por lo menos me considerara un idiota debido a esa respuesta. "En primer lugar, el sistema no siempre es correcto —fácilmente se podrían mencionar aquí varios ejemplos—. Y en segundo lugar, ante todo, eso sería, en todo caso, algo técnico —una ayuda clasificatoria no tiene nada que ver con la libertad y el derecho penal en un Estado constitucional—".

"Seguramente, eso no será el núcleo de mi ponencia", concedí. "Pero" —complementé— "tales 'ayudas clasificatorias' aportan claridad al sistema y, por ende, a un derecho penal de un Estado de Derecho".

El espectro sonrió, porque *él* supo que *yo* también supe que eso no era un argumento muy fuerte, aunque luego pensó en forma lacónica. "De acuerdo. Si alzas tan intensamente la 'juridicidad del Estado de Derecho', incluso el concepto de bien jurídico puede aportar algo. Pero ¿consideras eso como algo espectacular?".

2. La función rectora de la interpretación del concepto de bien jurídico

"No, probablemente, no. Pero tú no puedes cuestionar el argumento según el cual el bien jurídico puede ser útil para la interpretación de las disposiciones legales, y que esto también coadyuva a definir los límites que se le imponen a la coerción penal estatal".[9]

[8] *Jescheck/Weigend*, AT § 26 I 3b; *Roxin* AT I § 2 n.° m. 4; *el mismo* ZStW 116 (2004), p. 929; SSW/*Kudlich* comentario previo § 13 n.° m. 5; sobre la construcción de la parte especial *Dedes*, FS-Oehler, 1985, pp. 265 y ss.; LK/*Weigend*, 12. ed. 2012, § 1 n.° m. 52 y ss.

[9] *Maurach/Zipf*, AT/I § 13 n.° m. 14; *Gaede*, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Editores), Die Rechtsgutstheorie, 2003, pp. 183 y ss.; NK/*Freund*, comentario previo § 13 n.° m. 42; LK/*Walter*, comentario previo § 13 n.° m. 26; *Roxin* AT I, 4. ed. 2005, § 2 n.° m. 4; LK/*Weigend,* Introducción, n.° m. 7; SSW/*Kudlich*, comentario previo § 13 n.° m. 5; SK-StGB/*Rudolphi* § 1 n.° m. 33; *Eser/Hecker*, en: Schönke/Schröder § 1 n.° m. 48; Wessels/Beulke/Satzger, n.° m. 6;

DR © 2016. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

"¿Ah, sí?, entonces, ¿una delimitación mediante una interpretación que recurre al bien jurídico?", preguntó el espectro irónicamente. "Entonces eso funciona según el eslogan: 'una norma penal *X* protege el bien jurídico *A*. Por medio de la acción, deviene afectado el bien jurídico *A*. Entonces, se cumple la norma penal *X*'. ¡Menuda delimitación de la violencia penal estatal!".

"No", repliqué *yo* un poco molesto, "la referencia al bien jurídico no puede devenir en un super-argumento punitivo. No obstante, esto no significa automáticamente que el argumento no sea *per se* de ayuda. También es conocido desde hace mucho tiempo el peligro de semejante abuso al que se puede llegar mediante la interpretación teleológica,[10] sin que por ello se haya considerado a la interpretación teleológica como inaplicable o irrelevante en derecho penal, por el contrario.[11]

Y además no afirmé tampoco que con el bien jurídico pueda responderse siempre en forma adecuada a todas las cuestiones de interpretación. Con esto se exigiría demasiado de un único criterio en la interpretación.

Sin embargo, pienso que ejemplos como el énfasis en el cálculo económico para la determinación de daños formulada por el Tribunal Constitucional Alemán,[12] junto con la jurisprudencia posterior especial de ese ámbito jurídico sobre defraudación y estafa,[13] evidencian

Heinrich AT, 2. ed. (2010) n.° m. 3; SSW/*Satzger*, 2. ed. (2013) § 1 n.° m. 43.; comparar también: *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, p. 135: La "interpretación del tipo penal según su 'bien jurídico' es una obviedad"; *Stratenwerth*, FS-Lenckner, 1998, pp. 377 y 378: "Significado central (…) como directriz de la interpretación"; *Jescheck/Weigend*, AT § 26, I: "El bien jurídico es un fundamento reconocido (…) de la interpretación de los tipos penales".

[10] Comparar por ejemplo en el contexto del ejemplo siempre esforzado del carruaje como vehículo de fuerza (BGHSt 10, 375) NK/*Hassemer/Kargl* § 1 n.° m. 92, 109d; SK/*Rudolphi* n.° m. 31 (con referencia a Radbruch); *Herzberg,* JuS 2005, p. 1; MK-StGB/*Schmitz* § 1 n.° m. 81, p. 92; sobre el cierre teleológico en el derecho penal comparar también *Kudlich*, FS-Stöckel, 2010, pp. 93 y ss.

[11] BVerfGE 64, 396; BGHSt 1, 75; 6, 396; 10, 83; 24, 40; 43, 346; 4, 354; *Wessels/Beulke/Satzger*, n.° m. 57; *Rengier* PG § 5 n.° m. 14; Rogall en: KK-OWiG § 3 n.° m. 78; *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, pp. 401, 471y ss.; *Maurach/Zipf* AT § 9 n.° m. 21 y ss.; *Jescheck/Weigend* § 17 IV. 1.; LK/*Dannecker* § 1 n.° m. 247 y ss., p. 316; NK/*Hassemer/Kargl* § 1 n.° m. 109; *Sax*, Das strafrechtliche Analogieverbot, 1953, pp. 94 y ss., y pp. 142 y ss.; *Kaufmann*, Analogie und „Natur der Sache", 2. ed. 1982, pp. 52 y ss., y pp. 62 y ss.; *Krey*, Keine Strafe ohne Gesetz, 1983, pp. 50 y ss., y pp. 140 y ss.; *Schünemann*, Nulla poena sine lege, 1978, pp. 17 y ss.; crítico *Herzberg* NJW 1990, p. 2525.

[12] Comparar BVerfGE 126, p. 170=NJW 2010, p. 3209; además *Beckemper*, ZJS 2011, pp. 88 y ss.; *Krüger*, NStZ 2011, pp. 369 y ss.; *Kuhlen*, JR 2011, pp. 246 y ss.; *Radtke*, GmbHR 2010, pp. 1121 y ss.; *Saliger,* NJW 2010, pp. 3195 y ss.; *Safferling*, NStZ 2011, pp. 376 y ss.; *Steinberg/Dinter*, JR 2011, pp. 224 y ss.

[13] BGH NStZ 2012, p. 629 (neumáticos plagiados); NStZ 2013, p. 37 (acreedor de un concurso KfZ); NStZ 2012, p. 698 (Kick-Back); NStZ 2013, p. 234 (apuestas deportivas); NStZ 2014, p. 640 (servicio de asistencia); NStZ 2014, p. 457

DR © 2016. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que la referencia al bien jurídico protegido —aquí también al 'patrimonio'— puede ser adecuada para la delimitación del comportamiento punible, incluso cuando el bien jurídico en la interpretación no es obviamente un medio sanador de todos los males, ni se puede disponer de elementos de definición autosuficientes para el tratamiento correcto de una cuestión interpretativa. No obstante, ello rige para todos los criterios de interpretación, sin que por eso debamos cuestionar en general su razonabilidad".

El espectro me miró brevemente en silencio y se levantó. Creí que estaba todo bien, y caí en un profundo y poco abstraído sueño.

III. La función legitimadora, limitada y crítico-sistemática de la punibilidad del concepto de bien jurídico

Pero me alegré demasiado rápido. Era abril y tuve la sensación de que no había trabajado en forma suficiente el tema que me había propuesto. El espectro lo veía en forma similar, pues cuando me senté de nuevo durante uno de los días de Pascuas en mi cuarto de estudio, luego de un breve paseo al aire fresco, justo cuando mis ojos querían caerse debido a muchas noches sin dormir, volvió a sentarse sobre mi escritorio.

1. Planteo del problema y objeciones contra un concepto crítico del sistema del bien jurídico

"Escucha", le dije muy tranquilo. "Lo que tú me has contado hace un par de semanas es lindo y está bien. Pero, tú mismo sabes que ése no es el quid de la cuestión".

[Justo quise decir "tú engreído, lo que dices con el quid de la cuestión lo dices ahora sólo porque recién llegas de un paseo de Pascuas",[14] pero él no me permitió continuar con la palabra, sino que continuó].

"Pero la pregunta realmente interesante es si puede decirse de tales bienes jurídicos del

(negocios de riesgo); NStZ 2014, p. 578 (viaje gratuito); NStZ 2014, p. 517 (venta inmobiliaria); NStZ 2013, p. 404 (estafa de insolvencia); sobre la jurisprudencia posterior de los tribunales superiores también *Kudlich* ZWH 2011, pp. 1 y ss.

[14] Comparar *Goethe*, Faust der Tragödie erster Teil, V 903 y ss. (Paseo de Pascuas), esp. V 1147 y ss. (Aparición del perro caniche) y V 1178 y ss. (Habitación de estudios).

DR © 2016. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

derecho penal que son un presupuesto de legitimación para la promulgación de normas penales. Y esto fracasa en todos los niveles: primero, nadie sabe exactamente cómo se deben ver tales bienes jurídicos;[15] segundo, existen normas penales para las cuales no pueden ser mencionados con seriedad tales bienes jurídicos;[16] y tercero, para ello no es necesaria una doctrina del bien jurídico, aquí son suficientes ponderaciones generales de proporcionalidad de derecho constitucional. —¿Por qué piensan ustedes, penalistas, que este es un problema específico de ustedes?—".

"Pues…", quise comenzar, pero el espectro cerró mi boca.

"¡Detente!, ¡aún no he terminado!". Y con ese trasfondo concluyó triunfante, "a nadie puede sorprender tampoco que el gran relato de la tradición liberal del bien jurídico no sea nada más que una leyenda".[17]

2. La (supuesta) tradición liberal y las diferentes formas de aplicación del concepto de bien jurídico

Por suerte, él propuso esa discusión. Además, podía decir algo simple. "Sí, también lo he leído. Aquí las fuentes evidentemente se interpretan en forma diferente. Pero creo que ese sentido, en todo caso, actualmente no importa más. Si —y esto debería ser indiscutible— al menos alrededor de los últimos cincuenta años, y probablemente mucho antes, se asocia la idea de la limitación de las normas penales legítimas mediante el concepto de bien jurídico y se vincula esa idea con la

[15] Panorama sobre las diferentes opiniones relativas a las definiciones en Sch/Sch/*Eisele*, comentario previo § 13 n.° m. 9, 10; allí también sobre la crítica a la indeterminación del concepto de bien jurídico, aquí también LK/*Walter,* comentario previo § 13 n.° m. 9; Jakobs, Rechtsgüterschutz, 2012, p. 37; *Frisch*, FS-Stree/Wessels, 1993, pp. 71 y ss.; *Koriath* GA 1999, p. 561; la tendencia "desmaterializadora" (comparar *Krüger*, 2000) o la "disolución" del concepto de bien jurídico (NK/*Hassemer/Neumann*, comentario previo § 1 n.° m. 123) se "encuentra" en parte con una doctrina personal del bien jurídico, comparar además: NK/*Hassemer/Neumann,* comentario previo 126, 127 antes del § 1; *Marx*, Definition des Begriffs Rechtsgut, p. 80 hasta p. 83; MK-StGB/*Joecks* Introducción, n.° m. 32; *Hassemer* NStZ 1989, p. 553 y especialmente p. 557; *el mismo*, ZRP 1992, p. 378 y especialmente p. 383; *el mismo*, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Eds.), Die Rechtsgutstheorie, p. 57; *Köhler* ZStW 104 (1992), p. 3; *el mismo*, MDR 1992, p. 739; *el mismo*, NJW 1993, p. 762 y especialmente pp. 763 y 764; *Hohmann* GA 1992, p. 76 y especialmente pp. 77 hasta 79; *Paeffgen*, FS-BGH, 2000, p. 695.

[16] Sobre la "perversión" del tópico del bien jurídico hacia un modelo de legitimación afirmativo para un Derecho Penal ilimitado por medio de la simple mención de los bienes jurídicos: NK/*Hassemer/Neumann,* comentario previo § 1 n.° m. 147 bajo referencia a *Hassemer*, Gründe und Grenzen des Strafrechts, en: Jahrbuch für Juristische Zeitgeschichte, tomo 2 (2000/01), p. 478; comparar también: *Volk*, FS-Hassemer, 2010, pp. 916 y ss.

[17] Cf. *Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 91 y ss.; *el mismo,* Begriff des Rechtsguts, pp. 173 y ss.; *Krüger*, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, 2000.

DR © 2016. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tradición liberal desde el iluminismo, no cumple ningún rol decisivo la cuestión de si el *concepto* ha sido aplicado durante los últimos doscientos cincuenta años siempre en forma uniforme. Lo que entendemos actualmente como concepto crítico-sistemático de bien jurídico es, en todo caso, en principio, liberal, y se encuentra presente en las respectivas tradiciones".[18]

El espectro levantó las cejas: "¿no es ésa una aplicación arbitraria del concepto?".

"Pero", insistió el espectro, "¿cómo puedes creer en el poder liberal efectivo de un concepto que, por ejemplo, a pesar de que ya era conocido, no pudo oponerse, según consta, a la degeneración del derecho penal contraria a los derechos humanos en tiempos del nacionalsocialismo[19]?".

Pero eso también era un punto sencillo para mí: "Si se argumenta de ese modo, también tendría que dudar de la función potencialmente coercitiva de los tribunales independientes, o de las constituciones que consagran derechos humanos. Éstos también existían antes de 1933, y tampoco han impedido el injusto nacionalsocialista.[20] Existen pocos conceptos que no pueden ser pervertidos, o quedar sin sentido, bajo la conservación de la máscara del nombre. Esto rige también para el concepto de bien jurídico. Si tú por tu parte elevas la 'potencia crítica' tan alto", dije haciendo señas con los ojos, "el concepto de bien jurídico no aporta nada a ello".

El espectro no se dio por vencido tan fácilmente: "Pero tal vez esa disponibilidad para fines deseados en el concepto del bien jurídico radica en que nadie sabe qué es. ¿Cómo defines tú 'bien jurídico'? ¿Cuándo es legítimo un 'bien jurídico de derecho penal'? ¿Y quién lo determina?".

"Pues", comencé e intenté disimular gradualmente mi inseguridad, "es claro que la incertidumbre sobre el concepto del bien jurídico se fundamenta en que el concepto puede ser empleado en forma diversa. Incluso si dejamos de lado la indiscutible e inadmisible confusión

[18] NK/*Hassemer/Neumann*, comentario previo § 1 n.° m. 115; *H. Jäger*, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten (1957), pp. 122 y ss.; *Marx*, Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut" (1972), pp. 70 y ss.; *Rudolphi*, FS-Honig, 1970, pp. 167; *Otto* en: Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik (1971), pp. 1, 14 y ss.

[19] Comparar sobre esa problemática detalladamente *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, pp. 216 y ss.

[20] Resumidamente *Holste* JA 2009, p. 359; *Vogel* ZStrW 115, p. 638; *Höpfel*, ZStW 115 (2003), p. 906; *Weinkauff*, Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus, tomo I, 1968, p. 19 y especialmente pp. 152 y ss.; *Werle*, Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, 1989, pp. 725 y ss.; sobre la "colectivización" de las concepciones personales en el nacionalsocialismo comparar también *Lüderssen*, Kriminologie, 1984, n.° m. 104, 110 con otras referencias.

DR © 2016. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

entre 'bien jurídico' y 'objeto de la acción',[21] los bienes jurídicos quedan, por un lado, como bienes de protección que resultan de las reglas penales existentes y, por el otro, como bienes jurídicos que son concebibles típico-idealmente también como 'pre-penales', es decir, en principio, el concepto inmanente del sistema y el concepto trascendente del sistema.[22] En el caso ideal, ambos concuerdan en que los bienes jurídicos inmanentes del sistema emergen a la superficie, si también están legitimados por los bienes jurídicos trascendentes del sistema, aunque no siempre emergen, lo que conduce ya a las primeras confusiones conceptuales".

"¿Por qué?, ¿eso no importa?", quiso saber.

"Porque nuestro mundo no siempre se corresponde con el caso ideal y porque también se puede explicar constructivamente la protección del bien jurídico de modo diferente: sea por la identificación del bien jurídico, sea por el modo del ataque.[23] Expresado de otro modo: la protección contra un ataque directo hacia un bien jurídico muy abstracto, o contra un ataque directo a un bien jurídico concebido de manera concreta, posiblemente puede ser construida por el legislador".

3. Limitaciones al concepto de bien jurídico en la doctrina dominante y la cuestión sobre los tipos penales sin bien jurídico legítimo

"De acuerdo, de acuerdo", se apresuró el espectro con impaciencia, "pero con esto aún no se aclaró cuándo existe un bien jurídico penal legítimo trascendente del sistema, con total independencia de si debe ser concreto o abstracto".

Noté lentamente que debí reconocer el matiz: "Obviamente esto no es sencillo", y me aproximé cuidadosamente a la cuestión. "A primera vista un bien jurídico trascendente del sistema es una construcción de derecho natural.[24] Si, y debido a que, no creemos en un derecho natural dado por Dios o fundado en el propio derecho natural, se nos hace más difícil. Para no limitarnos

[21] *Baumann/Weber/Mitsch* AT § 3 n.° m. 18; *Stratenwerth/Kuhlen* AT/I § 8 n.° m. 12; *Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 198 y ss.; *Jescheck/Weigend* AT § 26 I; *Maurach/Zipf* AT/I § 19 n.° m. 14 y ss.
[22] Cf. NK/*Hassemer/Neumann*, comentario previo § 1 n.° m. 113, por lo demás cf. ya nota 2.
[23] Para graficar la "forma de ataque" comparar *Staechelin*, en Lüderssen (ed.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, tomo I, 1998, pp. 239 y ss.
[24] *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, 4. ed. 2000, § 2 n.° m. 6; *Swoboda* habla de una doctrina "naturalista" del bien jurídico, ZStW 122 (2010), pp. 24 y ss.

DR © 2016. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

únicamente a un '*I know it when i see it*',[25] podría ser suficiente para mí afirmar tal como lo hace Roxin: se trata de tales 'particularidades y finalidades (…) que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema basado en tales representaciones finales'".[26]

El espectro me miró expresando cinismo y piedad al mismo tiempo: "Ah, ésta es una definición original del bien jurídico que realmente *nadie* ha escuchado o leído en una conferencia".[27]

Repliqué despechadamente: "No te sorprenderá que al mismo tiempo haya añadido que lo inmoral o amoral no puede ser suficiente *per se* para la delimitación,[28] a pesar de que no dudaría de que una comunidad funciona mejor cuando todos los ciudadanos se comportan entre sí de forma honrada, justa y considerada".

"Ah.., la trampa 'del caso moral'", se alegró el espectro. "No pasó mucho tiempo desde que tu colega, el profesor PAWLIK, señaló la falta de sentido de esa diferenciación. Primero, las prohibiciones penales comprenden casi siempre una acción que se considera inmoral, de modo que allí no hay ninguna contradicción. Segundo, evidencia que, por ejemplo, en el ámbito jurídico relativo a los derechos sexuales, interesa el potencial aparentemente crítico del concepto del bien jurídico recién cuando se han quebrantado las representaciones morales".[29]

"No, no, no", detuve su afán, "aquí tú me interpretas mal: obviamente que la mayoría de los comportamientos bajo pena se valoran como inmorales. Pero esto no significa que, a la inversa, todo lo inmoral sea punible. Un déficit ético-social es un presupuesto habitual, tal vez incluso necesario, aunque, seguramente, no sea suficiente para la punibilidad. Bueno…, y la cuestión de la moral sexual quebrantada —creo que eso no es del todo acertado—. En parte, seguramente se

[25] Cf. el conocido dictum del juez *Potter Stewart* en el caso *Jacobellis v. Ohio* ante la US Supreme Court (1964) sobre la descripción del concepto de pornografía.
[26] *Roxin* AT I, § 2 n.° m. 7.
[27] Otra objeción se basa en un concepto de bien jurídico difícilmente subsumible debido a la concentración que, dado el caso, cae a simple vista, detrás del dogma del bien jurídico. Entre tanto: si en el caso individual son tan fáciles de "pasar por alto", es dudoso que se las considerase, si no se viera más en un bien jurídico penal legítimo ningún tópico generalmente significativo; próxima a esa cuestión se encuentra la asunción según la cual se desvía la atención hacia aspectos individuales en el examen de la cuestión sobre si se protege un bien jurídico idóneo con la disposición.
[28] Cf. por todos *Kühl*, capítulo quinto del libro sobre Derecho Penal y Moral, pp. 157 y 164.
[29] Cf. *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, p. 135.

DR © 2016. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

han dado históricamente tipos penales al respecto, porque las formas de comportamiento penalizadas en las sociedades antiguas eran más peligrosas para la estabilidad social de entonces que para la estabilidad social actual, que no gira en torno a un orden previo central sostenido divinamente. Eso era más que 'inmoral'. Y, por el contrario, creo que, a pesar de la liberalización de la moral sexual, al igual que antes, ciertas cosas son percibidas en la valoración social general como más problemáticas que algunas otras formas de comportamiento reprimidas penalmente, aunque, en todo caso, reprimidas con multa y, a pesar de ello, el derecho allí no interviene.

Con seguridad, sin embargo, lo correcto es: lo que un sistema estatal percibe como necesario está sometido a los márgenes de los cambios muy seguros en la representación social; en ese sentido, hasta cierto grado es dinámica la valoración de qué es un bien jurídico y qué no lo es, y el concepto no procede, por ende, estrictamente del derecho natural. Incluso se podría considerar —por ejemplo, según previsiones internacionales— que existen 'cuasi *mandatos*' de protección sobre lo que debe elevarse como bien, incluso si ello pudiera ser dudoso mediante una valoración puramente nacional, como, por ejemplo, la 'integridad de la administración internacional' en el proyecto actual [de reforma] del §335a, StGB.[30] Sin embargo, allí se debe discutir nuevamente qué límites hay para la admisibilidad de tales mandatos de protección probablemente similares a…".

"Está bien, no tengo toda la noche", me increpó el espectro agresivamente. "Debo ir después a Frankfurt y preguntarle a tu colega, el profesor Jahn, si cree realmente en un 'juicio justo'.[31] Has hablado ahora en forma muy inteligente, hagámoslo más concreto: el §130 III, StGB —mentira sobre Auschwitz—. ¿Hay un bien jurídico legítimo?,[32] ¿o evitas ese ejemplo en tu conferencia?".

"Qué significa 'evitar'?" comencé vacilante. "Ya tengo una opinión, aunque ésa es una pregunta realmente compleja, y, después de todo, tú no tienes toda la noche…".

"¿Y muy tosca?", dijo el espectro sin dejar pasar la cuestión.

[30] Y ésta sería una fórmula manejable para la fundamentación tautológica en BR-Drs.25/15. p. 28: "La nueva disposición propuesta en el §335a, StGB ('Servicios extranjeros e internacionales') sirve a la finalidad de incorporar en el ámbito de aplicación de los §§331, StGB y ss., además a determinados servicios y jueces extranjeros y funcionarios internacionales y tribunales".
[31] Cf. ZStW 127 (2015), p. 549.
[32] Cf. la discusión sobre la base de las referencias que están en *Fischer*, § 130 n.° m. 24 y SSW/*Lohse*, § 130 n.° m. 2; en detalle *Stegbauer* NStZ 2000, p. 281y especialmente pp. 282 y ss.

DR © 2016. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

"Muy tosca", repliqué, "creo que ni la singularidad del terror del nacionalsocialismo, ni tampoco la posición especial de Alemania pueden justificar el castigo de la expresión de afirmaciones fáctico-históricas incorrectas como tales. No existe el bien jurídico 'derecho a una representación correcta de la historia', ni tampoco ningún bien jurídico —que vaya más allá de los delitos de protección del honor— 'derecho al reconocimiento de la prehistoria personal o colectiva'. También que resulte 'envenenado el clima político' sería para mí demasiado vago".

"Entonces, ¿un tipo penal ilegítimo?", interrogó curioso el espectro.

"Pues, a lo mejor, así se lo entiende de vez en cuando. También obviamente puede tomarse más seriamente el texto y realmente exigirse una aptitud para poner en peligro la 'paz pública'. Para ello, evidentemente no es suficiente recalentar un clima psíquico, o provocar una decepción pasajera y puntual.[33] Pero la libertad frente a agresiones reiteradas y significativas, o en zonas suburbanas peligrosas ya me parece ser un bien digno de protección. La sola negación de los hechos de violencia del nacionalsocialismo regularmente no es seriamente adecuada para fundamentar el peligro de tales regímenes —y mucho menos la imagen de un crucifijo como trampa ratonera[34]—".

"¿Hablas ahora de la legitimidad o de nuevo de la interpretación?", insistió el espectro.

"En realidad, de ambos. Un bien jurídico legítimo tiene lugar, cuando no se apoya ni en verdades históricas, o en usos y costumbres religiosos, ni en un simple 'clima de malestar', sino en una 'paz pública' interpretada restrictivamente. Esto obviamente también debe ser observado en la interpretación".

[33] Cf. sobre las definiciones pertinentes de la "propensión a la afectación de la paz pública", por ejemplo BGHSt 29, 26; 34, 329 (331); 46, 212 (219); referencias en *Fischer*, §130 n.° m. 32 en relación con n.° m.13a; SSW/*Lohse*, §130 n.° m.37 en relación con n.° m.9. Crítico sobre la fórmula de la afectación de la paz pública (en el contexto del párrafo 4 que no admite ninguna propensión) *Fischer*, Puppe-FS 2011, pp. 1119 y ss.

[34] Sobre ese ejemplo como caso posible de aplicación del §166, StGB, cf. LG Bochum NJW 1989, p. 727; además también Beck-OK/*Valerius* § 166 n.° m. 9 con otros ejemplos de la jurisprudencia. En general sobre la discusión sobre el bien jurídico legítimo del §166, StGB cf. *Fischer* GA 1989, p. 445; *Stumpf* GA 2004, p. 104; *Hörnle* JZ 2015, p. 293; *Rox*, Schutz religiöser Gefühle im freiheitlichen Verfassungsstaat? (2012); sobre las raíces tradicionales de la prohibición de incriminación divina *Pawlik*, FS-Küper (2007), pp. 411 y ss.

DR © 2016. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

4. El concepto de bien jurídico en el derecho penal vs. el principio jurídico de proporcionalidad del Estado de Derecho

a) Punto de partida: el examen de proporcionalidad como concepto alternativo en la dogmática constitucional

"Se subordina, es correcto", concedió el espectro con picardía. "Sobre todo cuando se trata de la cuestión de proteger un interés suficientemente importante —como, por ejemplo, 'tu concepción' de la paz pública— por medio de una norma penal; se trata, finalmente, de ponderaciones de proporcionalidad como las que formulan también los constitucionalistas, como especialistas en el tratamiento de injerencias en los derechos fundamentales. Y aquí rige pues lo siguiente: la jurisdicción constitucional, junto con la teoría del Estado que le pertenece, autoriza injerencias en situaciones constitucionalmente protegidas,[35] siempre que sirvan para la persecución de una finalidad legítima —bajo el presupuesto de que sean adecuadas, necesarias, proporcionadas—. Tales 'finalidades legítimas' desde el comienzo no pueden ser ilegítimas o constitucionalmente inválidas.[36] De 'valores elementales de la vida en comunidad',[37] ni hablar".[38]

"Sí, todo eso ya lo sé", respondí enervado. "¿Pero puede ser eso suficiente para legitimar la punibilidad?".

b) ¿Limitación a un examen (de dos partes) de la proporcionalidad también en el derecho penal?

"En tu cofradía también hay un par de personas inteligentes que también ya han reflexionado sobre esto", enseñó el espectro, "si quieres presentar una ponencia en Augsburg, lo deberías saber".

[35] Elemental en la literatura *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1999; en detalle también *Remmert*, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Grundlagen des Übermaßverbots, 1995 como también *Clérico*, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001; de la jurisprudencia del BVerfG en lugar de muchos se puede ver sólo BVerfGE 19, 342, 348 y ss.; 23, 127, 133; 55, 159, 165; 65, 1, 44; 80, 109, 120.

[36] Cf. con las respectivas referencias de la jurisprudencia del BVerfG *Bleckmann*, § 12 n.° m. 114; *Gentz*, NJW 1968, p. 1600, y p. 1602; *Manssen*, n.° m. 147.

[37] Sobre la representación de los bienes jurídicos penales como valores elementales de la comunidad, cf. sólo *Wessels/Beulke/Satzger*, n.° m.7 ("significado relevante para la sociedad").

[38] Sobre la cuestión inversa de un deber de criminalización como consecuencia de una prohibición de una medida menor, Cf. sólo *Müller-Dietz*, en: Jescheck/Lüttge (eds.), Dreher-FS, 1977, pp. 97 y ss.

DR © 2016. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

"Está claro", pensé, un poco de mal modo, "*Ivo APPEL* —aunque, primero, él no está más en Ausgburg y, segundo, él se ha cambiado al lado oscuro del poder y es actualmente especialista en teoría del Estado—[39]".

"Parecen salirte los argumentos técnicos", afirmó el espectro satisfecho, e ilustró impasible luego: "Él, aunque también otros, han aclarado cómo se puede examinar la cuestión en derecho penal: tú diferencias exactamente entre norma de comportamiento y norma de sanción y, en la última, entre la pretensión de un reproche penal en sí y la imposición de un mal.[40]

La norma de comportamiento se pondera en los respectivos derechos fundamentales que corresponden según su tema y, en caso necesario, en la libertad general de acción, según el art. 2 I GG;[41] la sanción primaria en la forma de un reproche ético social específicamente penal en el derecho general a la personalidad según el art. 2 I, 1 i GG; y la sanción secundaria como pena privativa de libertad de la persona según el art. 2 II GG, o como multa en la libertad de acción económica según el art. 2 I GG".[42]

c) Alegato a favor de una ponderación uniforme de la norma de comportamiento protegida penalmente.

[39] Además, fuertemente influenciado desde el punto de vista constitucional, aunque también en lo esencial desde el punto de vista de la teoría del Derecho penal por *Tiedemann,* como surgió de la tesis doctoral de *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998.

[40] Cf. *Appel*, Verfassung und Strafe, pp. 559 y ss. (allí también pp. 167 y ss., referencias sobre la jurisprudencia del BVerfG); *Lagodny*, Das Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, pp. 6, 72 y ss. (que habla de mandatos de comportamiento y de sanción, porque no quiere argumentar "desde el punto de vista de la teoría de las normas"; una diferencia con los autores que hablan en la tradición de Binding de normas de comportamiento y de sanción no está vinculada con esto, debido a esa variación); *Paulduro,* Die Verfassungsmäßigkeit von Strafrechtsnormen, insb. der Normen des Strafgesetzbuches, 1992, p. 112 así también en la presentación, pp. 178 y ss. o, pp. 181 y ss. y pp. 195 y ss., o pp. 198 y ss., así como *Staechelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998, pp. 111 y ss.

[41] Cf. *Appel*, Verfassung und Strafe, pp. 574 y ss.; *Lagodny*, Das Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, pp. 96 y ss., así como *Staechelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, pp. 112 y ss.

[42] Así *Appel*, Verfassung und Strafe, pp. 590 y ss. y *Lagodny*, Das Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, pp. 133 y ss.; *Staechelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, p. 114, por el contrario, ve infringida en el caso de las penas de multa la garantía de la propiedad del art. 14 GG; si se fundamenta en la jurisprudencia del BVerfG sobre derecho tributario, los deberes de pago en la multa no pueden afectar el patrimonio en general, sino, por regla, sólo el patrimonio no protegido por el art. 14 GG (comparar sobre la problemática también *Lagodny*, en el sitio ya mencionado, que alude también al sistema de días de multa, que se opone fundamentalmente a una relevancia sub especie del art. 14 GG); cf. también *Böse*, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Eds.), Die Rechtsgutstheorie, pp. 89, y 95, que en ese contexto alude a las medidas penales extraordinarias, que pueden afectar mucho más fuertemente al individuo que una pena y que no se pueden generalizar de allí en virtud del principio penal de *ultima ratio*.

DR © 2016. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

"Estoy a favor de un proceder sistemático y de partes reducidas", respondí, "pero temo que aquí se oculta más de lo que se aclara. Aunque, a primera vista, los fines últimos de las normas de comportamiento penalmente protegidas no se diferencian de otros.[43] Sin embargo, la norma penal también se tiene que observar en su *conjunto* —o sea, *como norma de comportamiento protegida penalmente*—, como una unidad:[44] entonces, cuando primero se examina muy generosamente en la norma de comportamiento si un determinado comportamiento es más razonable y mejor para la comunidad que otro, y aisladamente se examina la norma de sanción con ayuda de las garantías poco delimitadas del campo del art. 2 I GG,[45] se pierde fácilmente de vista que también se hace una diferencia para el derecho fundamental afectado, cuya consecuencia trae aparejada la infracción de una norma de comportamiento. Y justo el punto de vista de la adecuación de una norma de comportamiento relacionada con una amenaza penal de sanción tiene en consideración la exigencia de un bien jurídico penal. En el concepto se encuentra el examen sintético de —y para la formulación ahora busco adicionalmente en la tesis doctoral de *Staechelin*, que ahora ya no es sospechosa de ocuparse acríticamente del dogma del bien jurídico—'[si] el comportamiento que protege el bien jurídico debe poder ser motivado con ayuda del derecho penal' o '[si] el interés a proteger por la norma de comportamiento es proporcional a la seriedad y a la violencia del derecho penal'".[46]

El espectro no pareció estar convencido —pero parecía que al menos había despertado su curiosidad—: "¿Quiere decir entonces que la doctrina penal del bien jurídico no es otra cosa que un examen especial estricto de la proporcionalidad?".[47]

[43] *Appel*, Verfassung und Strafe, p. 569, quien dice: "considerada en sí misma como penalmente neutral".
[44] Cf. convincentemente (en otro contexto) *Staechelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, pp. 163 y ss., así como en lo sucesivo ya *Kudlich*, JZ 2003, pp. 127, 128 y ss.
[45] Cf. también de nuevo *Lagodny*, Das Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, pp. 145 y ss., y p. 157 y *el mismo* en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (eds.), Die Rechtsgutstheorie, pp. 83 y ss., según el cual la doctrina de los bienes jurídicos no debe jugar ningún rol para el examen de la norma de comportamiento; dado que, sin embargo, la ubicación de la finalidad de la norma de comportamiento y de sanción es la misma o la finalidad legítima de un aseguramiento de sanciones jurídicas de las normas de comportamiento ya resulta de la finalidad de la pena (cf. loc. cit., pp. 424 y ss.; en ese sentido, aprobatorio *Appel*, Verfassung und Strafe, pp. 577 y ss.), debe mantenerse como prácticamente irrelevante la doctrina de los bienes jurídicos para el derecho constitucional en su totalidad.
[46] *Staechelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, pp. 163 y ss.
[47] Cf. sobre esa discusión especialmente en las consecuencias de la sentencia sobre el incesto del BVerfG (E 120, 224) *Greco*, ZIS 2008, pp. 234 y ss.; *Kühl*, en: Hilgendorf/Rengier (eds.), Heinz-FS 2012, pp. 766, 767 y ss.; *Roxin*, StV 2009, pp. 544, 545 y ss.; *Stuckenberg*, GA 2011, pp. 653 y ss.

DR © 2016. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

d) La singularidad parcial del dogma penal del bien jurídico frente al principio constitucional de proporcionalidad

"Sí y no", respondí algo vicariante: "Pienso que debemos distinguir tres niveles: desde el punto de vista histórico-dogmático, ante todo, ambos conceptos existen en forma paralela, porque se han desarrollado independientemente en los discursos, en gran medida defendidos entre sí desde hace cerca de veinte años.[48] *En sus efectos*, un examen de proporcionalidad que considera las particularidades del derecho penal descripto de algún modo como 'estricto' llega seguramente a los mismos resultados que la doctrina del bien jurídico. En tanto que no es el caso si *la implementación fáctica en la dogmática de los derechos fundamentales* aún no ha sido realizada en forma completa, por lo que, según mi parecer, el dogma del bien jurídico allí tiene una justificación completamente independiente".[49]

"Pero, una 'justificación independiente', ¿de qué?", insistió.

"Pues al menos como exigencia de la teoría de la pena y como exigencia jurídico-política", avancé lentamente. "Pero realmente me parece poco comprometida. La exigencia suficiente de un bien jurídico penal, en principio, no sólo es un criterio para evaluar si las leyes penales son adecuadas o inadecuadas al fin, sino que además es un presupuesto para una legislación penal

[48] A diferencia de lo que sucede con el derecho procesal penal, que *Sax* (comparar *del mismo*, en: Bettermann/Nipperdey/Scheuner [eds.], Die Grundrechte, tomo III/2, pp. 909, 910 y 967, según la cual también ya el ordenamiento del StPO estaba difundido como "Ley Explicatoria de la Ley Fundamental") lo designó ya en 1959 como como un emprendimiento similar al de un "derecho constitucional aplicado" (incluido por ejemplo en BVerfGE 32, 373, 383; similar al giro idiomático de los procesos penales como "sismógrafo de la constitución estatal", comparar KK-StPO/*Fischer*, 7. ed. 2013, Introducción n.° m. 103; *Roxin/Schünemann,* Strafverfahren, 28. ed. 2014, § 2 n.° m. 1), los aspectos constitucionales del derecho penal material —al menos con respecto a los derechos fundamentales materiales (no procesales)— recién desde la mitad de la década del noventa se ubican *en el centro* (sobre los campos problemáticos específicos cf. ya antes *Kohlmann,* Der Begriff des Steuergeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften, 1969, o *Stree*, Deliktsfolgen und Grundgesetz, 1960; ejemplar sobre la discusión constitucional en la punibilidad de los delitos impropios de omisión, por todos, sólo *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, pp. 46 y ss.; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, pp. 313 y ss., o *Welp*, Vorausgegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, pp. 140 y ss.) de los intereses científicos (cf. por ejemplo *Appel*, Verfassung und Strafe; *Lagodny*, Das Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte; *Paulduro*, Die Verfassungsmäßigkeit von Strafrechtsnormen, insb. der Normen des Strafgesetzbuches, así como *Staechelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat; como pionero de la discusión también la breve monografía de *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991; recientemente *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014).

[49] Cf. también *Kühl* en: Hilgendorf/Rengier (eds.), Heinz-FS, 2012, pp. 766, 767, y 775 (que habla de una sobrevaloración del principio de proporcionalidad por un lado, y por el otro, de que sería "razonable orientarse a un concepto jurídico elaborado").

DR © 2016. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

legítima".

"¿Qué debe significar 'en principio'?", quiso saber el espectro. "¿Son entonces ineficaces las leyes penales sin un bien jurídico suficientemente legítimo?".

"Pienso que sí —y si se quiere admitir formalmente la ineficacia de una ley sólo a causa de su inconstitucionalidad, se debe decir que el dogma del bien jurídico preexiste, por así decirlo, al derecho constitucional, y que en el caso de las normas penales se debe realizar el examen de proporcionalidad. Esto es un postulado de la teoría del derecho penal que tiene que aceptarse como asunción fundamental[50]—".

5. ¿El dogma penal del bien jurídico como asunción fundamental razonable y como "*space of reasons*"?

El espectro se mostró ahora dubitativo: "¿Cómo puede una asunción fundamental de derecho penal preexistir al derecho constitucional? ¡Esto tiene que ser al revés según la jerarquía jurídico-estatal de las normas!".

"Esto no es de ninguna manera extraordinario", contraargumenté. "Actualmente, por ejemplo, se puede leer en todas partes que la autonomía privada se encuentra anclada en el art. 2 I GG.[51] Sin embargo, obviamente la idea de la autonomía privada y de sus expresiones son mucho más viejas que el principio legal. El postulado de la autonomía privada no rige *porque* existe el art. 2 I GG, sólo encuentra allí su ubicación constitucional. Y de una forma similar me represento el dogma del bien jurídico penal y el principio de proporcionalidad".

[50] Obviamente, tales "presupuestos" deben estar fundados y legitimados (y quedan sin embargo finalmente siempre postulados jurídico-políticos sobre los que se puede discutir). Naturalmente, el requerimiento de un bien jurídico penal legítimo en la tradición ya muy conocida de un derecho penal liberal y racional que debe ser la última ratio de la protección de los bienes jurídicos es cualquier otra cosa que contra-intuitivo. Que se deba recurrir a la exigencia fundamental, dándole prioridad a una sistemática de legitimación jurídica constitucional, no se presenta —más allá de los aspectos principales aludidos— de ninguna manera como evidente. Por lo tanto, bajo la vigencia de una constitución que coloca en el centro de sus reglas a la protección de los derechos fundamentales materiales contra la violencia estatal, y que quiere describir la violencia penal estatal evidente también en otros lugares, sería no obstante sorprendente que los mecanismos de aseguramiento reconocidos con respecto a los requerimientos de una finalidad penal legítima debieran ser licuados con un *argumento ex constitutione*.

[51] Cf. entre muchos otros Maunz/Dürig/*Di Fabio*, GG, 73. Ergänzungslieferung 2014, Art. 2 n.° m. 19, pp. 76 y ss. (también con otras referencias de la jurisprudencia del BVerfG); Sachs/*Murswiek*, GG, 7.ª ed. 2014, Art. 2 n.° m. 55; Jarass/Pieroth/*Jarass*, GG, 13.ª ed. 2014, Art. 2 n.° m. 12, p. 22; cf. también Dreier/*Dreier*, GG, 2.ª ed. 2004, Art. 2 n.° m. 38 (con especial énfasis en la libertad de acción económica, pero también relacionada con la autonomía privada).

DR © 2016. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

"Sí, ya", se quejó el espectro. "Pero eso es algo diferente: ¿Cómo puede ser algo una asunción fundamental si su justificación y sobre todo sus límites están discutidos en particular?".

La duda me afectó poco: "Hacemos eso continuamente en derecho. Toma, por ejemplo, la dogmática de la doctrina de la autoría:[52] en ninguna parte está prescripto normativamente que rige. No resulta indiscutida. Es un postulado dogmático penal, con el cual muchos pueden vivir, porque existen buenas razones para ello. Y es difusa en sus contornos, porque de ella nadie puede *deducir* en un caso determinado el concepto de 'autoría', ni las definiciones que resultan de ella, tampoco si en un determinado caso existe un supuesto de autoría, o sólo uno de participación. Sin embargo, como asunción fundamental suministra argumentos de los cuales nos tenemos que ocupar y a partir de los cuales debemos juzgar el caso. Y algo similar se da en el supuesto del concepto del bien jurídico: como criterio no es indiscutible, pero muchos pueden vivir bien con él. Y para aquellos que lo aceptan, despliega un '*space of reasons*', dentro del cual debemos discutir sobre la legitimidad de las normas penales.

Y tal vez incluso 'dos promotores' generales del bien jurídico llegan en virtud de una cuestión muy concreta —como, por ejemplo, la 'legitimidad de una prohibición penal del auto-doping'— a resultados diferentes. Pero ya la circunstancia de que en ese caso se discute una justificación sobre la existencia de un bien jurídico suficiente, muestra que es un caso problemático para una regla penal".

El espectro me miró desilusionado. Quedó taciturno: "¿Y eso es suficiente para ti?"

"Sí, sólo en casos raros tenemos algo más que eso en derecho".

"¿Cómo piensas eso?"

"Incluso en el nivel más concreto y aparentemente comprensible de la aplicación de la ley debemos vivir con figuras dogmáticas difusas y también con lo difuso del texto legal redactado en lenguaje natural,[53] a partir del cual debemos realizar una subsunción sin más en pocos pasos. Esto

[52] Fundamentalmente extendido en *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, (actual) 9.ª ed. 2015 (1.ª ed. 1963); hoy en la literatura muy extendido, cf. sólo las exposiciones en *Kühl*, AT, 7.ª ed. 2012, § 20 n.° m. 25 y ss.; Maurach/Gössel/Zipf/*Renzikowski*, AT II, 8.ª ed. 2014, § 47 n.° m. 85 y ss.

[53] Cf. *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, pp. 127 y ss.; *los mismos*, Gesetzesbindung: Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis, 2008, pp. 80 y ss.

DR © 2016. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sucede a menudo en forma sencilla, y en los casos limítrofes debemos discutir a partir de la argumentación y saber, al fin y al cabo, que alcanzamos un resultado que probablemente también podría haber sido otro.[54] ¿Cómo debería ser eso de otro modo y más sencillo en un nivel de abstracción más elevado? Al igual que en la interpretación, podremos identificar casos muy simples en los cuales existe un bien jurídico penal idóneo, otros en los cuales evidentemente falta (y sobre el que prácticamente sin embargo poco se discute, al igual que sobre las subsunciones manifiestamente inadecuadas) y también aquellos en los que se puede y se debe discutir.

Pero considero que esa necesidad de discusión y los argumentos importantes que surgen de ella son consecuencias muy importantes del dogma del bien jurídico".

El espectro me miró seriamente: "Sin embargo, eso es —expresémoslo así— un entendimiento bastante defensivo del bien jurídico. Entonces, finalmente se encuentra todo en discusión: su aceptación, sus presupuestos y sus consecuencias".

"Sí", confesé. "Que así sea. Pero pienso que eso se da frecuentemente cuando no podemos medir con los métodos de las ciencias naturales. No es algo que me asuste".

V. Conclusión

"¿Y cuál será el núcleo de tu ponencia?", quiso saber finalmente el espectro.

"Contaré que el concepto de bien jurídico adquiere un significado prácticamente no discutido en la sistematización e interpretación de las prohibiciones penales, lo que, sin embargo, no estará en el centro de la cuestión. Y, como se sostiene extensamente en la literatura, que acepto un concepto de bien jurídico también con una función sistémica trascendente y, por lo tanto, con una potencia crítica, sin que, por ello, el concepto proceda realmente del derecho natural. Se trata, antes bien, de una asunción fundamental puesta en una tradición liberal, sobre cuya justificación, límites y consecuencias se puede discutir en el caso individual, lo que no se diferencia de otras asunciones jurídicas fundamentales.

Y que el bien jurídico es, en todo caso, un concepto de la teoría del derecho penal y es un

[54] Sobre la idea de la vigencia argumentativa de una tesis también sin una aceptación multilateral, cf. *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, (comentario 53) pp. 244 y ss.

DR © 2016. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

concepto jurídico-político, pero también un criterio de legitimidad para la legislación penal que se tiene que realizar dogmáticamente, debido a que el examen jurídico-constitucional de las normas penales debe armonizar el requerimiento de una finalidad legal legítima con la doctrina penal del bien jurídico".

Sí, exactamente eso les quisiera transmitir en los próximos treinta minutos…. No puedo exponer más debido a la hora, pero posiblemente podrán leerlo en la ZStW.[55]

[55] Confirmo esa prognosis con la publicación en ZStW (2015), tomo n.º127, cuaderno n.º3, pp. 635-653.

DR © 2016. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/