

## Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico

Recensión a Roland Hefendehl (ed.): "La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?", editorial Marcial Pons, Madrid y Barcelona 2007, 478 páginas.

**Bernardo José Feijoo Sánchez**

Universidad Autónoma de Madrid

*Sumario*

**I. Introducción**

**II. Contenido del libro**

**III. Reflexiones finales**

## I. Introducción

El 23 de febrero de 2007 se presentó en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid en un acto académico dirigido por el Profesor *Enrique Gimbernat Ordeig* el libro *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Este libro no sólo es una traducción del libro colectivo editado en el año 2003 por *Hefendehl, v. Hirsch* y *Wohlers* con el mismo título, sino que presenta un valor añadido: una presentación realizada por *Enrique Gimbernat* que enmarca el debate científico sobre la cuestión en la realidad española y dos nuevas aportaciones de *Roxin* y *Hefendehl*. Se trata de un libro en el que participan muchas de las voces más destacadas de la doctrina alemana de la segunda mitad del siglo XX (*Roxin, Hassemer, Schünemann, Amelung, Frisch, Stratenwerth*).

No supone ninguna novedad la afirmación de que las reflexiones alrededor de la teoría del bien jurídico representan una piedra angular de la reflexión teórica sobre el Derecho Penal, especialmente en aquellos países en los que dicha reflexión se encuentra enormemente influenciada por la doctrina en lengua alemana. Este libro colectivo, que tiene como objeto de análisis una de las aportaciones más exitosas de la dogmática jurídico-penal germana, debería convertirse, por tanto, en un referente para recapitar sobre algunas cuestiones que –para bien y para mal– hace tiempo que parecen asentadas y que se han acabado convirtiendo en “lugares comunes”, especialmente en las primeras páginas de los manuales de la asignatura.

Mientras el papel del bien jurídico como criterio interpretativo de los diversos tipos penales o figuras delictivas de la parte especial no parece ser seriamente objeto de discusión, la teoría del bien jurídico se encuentra en el centro de tres grandes cuestiones de la teoría del Derecho Penal que no suscitan (ni suscitarán nunca) un consenso unánime:

1. La función del Derecho Penal: ¿Se puede definir básicamente como protección subsidiaria de bienes jurídicos?
2. El concepto material de delito: ¿Es el delito en esencia lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos?
3. La cuestión político-criminal de la legitimación de criminalizaciones concretas: ¿Es legítimo, por ejemplo, tipificar y, por tanto, castigar la tenencia de pornografía infantil, el maltrato de animales, la profanación de cadáveres o sepulturas, la negación o justificación de genocidios o comportamientos que encierran una peligrosidad abstracta para el medio ambiente?

El libro trata esencialmente sobre esta tercera cuestión. Como señala *Roxin* al principio de su contribución, “la cuestión de las cualidades materiales que debe

reunir una conducta para ser sometida a pena estatal siempre será un problema fundamental” (p. 443). Con independencia de que se comparta o no la idea de que la función esencial del Derecho Penal sea la protección de bienes jurídicos (aunque es evidente que los acaba protegiendo) o de que el delito sea en esencia una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos (aunque muchas veces lo sea)<sup>1</sup>, esta tercera cuestión relativa a criminalizaciones concretas se merece una respuesta doctrinal específica. Formulado en palabras de *Seelmann* al principio de su contribución a este libro, “¿Cabe hallar razones más allá del Derecho positivo para decidir qué conductas deben castigarse y cuáles no? Esta es la pregunta central que en el fondo se plantea la teoría del bien jurídico en el ámbito germano, siempre y cuando pretenda ser una teoría crítica y no simplemente sistematizadora. Pero indagar sobre qué debería ser castigado penalmente es también un objetivo del *harm principle* desarrollado en el ámbito anglosajón” (p. 373).

El tratamiento del tema en un libro colectivo viene motivado porque cada vez está menos claro en la literatura especializada que la referencia al bien jurídico sea la respuesta clave a esta cuestión. Se palpa en el ambiente que la teoría del bien jurídico, en cuanto instrumento suprapositivo de legitimación, se halla en crisis o, al menos, en serias dificultades. Cada vez hay más autores que ponen en duda que resulte sin más convincente la respuesta que, tradicionalmente, ha venido siendo ofertada mediante la (aparentemente sencilla) fórmula: si se protegen bienes jurídicos la criminalización es legítima, si no se protegen bienes jurídicos se trata de una tipificación ilegítima.

Existe una generación de penalistas, representada en este libro por maestros como *Roxin* o *Gimbernat*, que encontraron en la referencia al bien jurídico la argumentación básica para afrontar este tipo de cuestiones. Ante la pregunta “¿Es legítimo este tipo penal?” el bien jurídico era la guía para el procedimiento de declaración de legitimidad/ilegitimidad. Por ejemplo, *Roxin*, en una línea que ha quedado plasmada en la cuarta edición de su manual, expone de forma tópica en su contribución nueve supuestos o grupos de casos en los que entiende que la referencia a la protección de bienes jurídicos ofrece criterios críticos de valoración para demostrar la ilegitimidad de ciertas normas. Tanto *Gimbernat* (pp. 18 y s.) como *Roxin* (p. 450) han asumido, siguiendo esta línea discursiva, que a través de la teoría del bien jurídico se pueden deslindar los sentimientos ilegítimos (el rechazo de la homosexualidad) de los sentimientos legítimos que se merecen protección penal (la empatía con los animales y el rechazo de la crueldad con éstos en el caso de *Gimbernat* o los sentimientos de inseguridad –racionales o irracionales– que despiertan los comportamientos exhibicionistas en el caso de *Roxin*). En concreto, la

---

<sup>1</sup> Con mayor profundidad sobre esta cuestión, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Retribución y prevención general*, Buenos Aires y Montevideo 2007, pp. 701 y ss. y *passim*; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, Madrid 2007, pp. 31 y ss.

tesis de *Gimbernat* es que “los sentimientos de la generalidad cuando son legítimos – y sólo son legítimos cuando no están en contradicción con un derecho que le asiste al autor de la conducta supuestamente “escandalosa” o “perturbadora”-, pueden constituir un interés digno de protección penal” (p. 19).

Estos tipos de discursos generan dudas a las personas que se ven obligadas a volver a ocuparse de estas cuestiones fundamentales. Lo que parece ser objeto de discusión en la doctrina en lengua alemana, y lo que motiva la publicación de un libro como éste, es si la teoría del bien jurídico representa una teoría político-criminal que –con los oportunos retoques- sigue siendo válida para afrontar la legitimidad de las decisiones concretas del legislador o si más bien es necesario un enfoque alternativo para controlar la racionalidad y adecuación de determinadas criminalizaciones en el marco de un sistema democrático de libertades. Los partidarios y detractores de la teoría del bien jurídico tienen en este libro un mismo objetivo político-criminal común, lo que se discute es si la teoría del bien jurídico resulta el instrumento adecuado.

Uno de los mayores aciertos del libro reside en su variedad de perspectivas a la hora de afrontar este tipo de cuestiones. Los promotores originales de la idea representan las tres grandes posiciones intelectuales que se vienen desarrollando en el debate sobre la teoría del bien jurídico: su defensa como elemento central en el debate político-criminal (*Hefendehl*), la crítica de su papel protagonista (*Wohlers*) y los que entienden que la teoría del bien jurídico resulta compatible con otras líneas de legitimación y con otros principios y que se le está demandando una prestación exclusiva de legitimación de las normas penales que no está en condiciones de satisfacer (*v. Hirsch*) por lo que lo importante no es tanto la teoría en sí misma sino fijar unos criterios mínimos en cuanto a la legitimación de la intervención del Derecho Penal.

## ***II. Contenido del libro***

La parte central del libro, que se corresponde con la edición alemana, consta de cinco apartados, más sendos comentarios finales de *Wohlers* “desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico” y de *Hefendehl* “desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico” así como los informes sobre las discusiones del encuentro que se realizó en *Moritzburg* y que representa el origen del presente libro.

Los dos primeros apartados van referidos a cómo la teoría del bien jurídico se relaciona o se puede complementar bien con otros principios críticos suprapositivos que pueden servir para legitimar/deslegitimar las normas penales como el “principio del daño” (“*harm principle*”) de origen anglosajón como principio del

Estado liberal<sup>2</sup> o bien con otros principios jurídicos, pero de carácter extrapenal, como los principios constitucionales.

El primer apartado tiene como título “La teoría del bien jurídico y el “principio del daño””, con contribuciones de *v. Hirsch, Kahlo y Seher*. Representa un papel central en este apartado la contribución de *Andrew v. Hirsch* sobre el “principio del daño” (*Feinberg*) y un análisis externo del papel de la teoría del bien jurídico en la doctrina alemana. El profesor de Cambridge concluye en sentido crítico que “el bien jurídico por sí solo no puede conformar una teoría adecuada de la criminalización. Y la cuestión acerca de si deben existir criterios legítimos de criminalización más allá de la noción del bien jurídico, cuáles habrán de ser y donde habría que situar sus límites, dista mucho de estar resuelta” (p. 52). Mientras, en representación de la doctrina germana, *Kahlo* considera que las reflexiones basadas en principios éticos, filosóficos o suprapositivos como el “principio del daño” no representan una alternativa válida a la teoría del bien jurídico (pp. 59 y ss.) –si bien la teoría personal de la imputación que caracteriza al Derecho Penal tiene su fundamento en principios prejurídicos-, *Seher*, en sentido contrario, resalta la aporía del concepto de bien jurídico “al demandar de él una capacidad exclusiva de legitimación de las normas penales que no está en situación de ofrecer” y propone introducir “ulteriores principios de cara a esa legitimación, en vez de limitar la discusión al interrogante habitual de si la norma en cuestión “protege un bien jurídico”” (p. 70).

El segundo apartado tiene como título “Teoría del bien jurídico y Derecho Constitucional” y consta de cinco contribuciones de *Hassemer, Sternberg-Lieben, Lagodny, Böse y Bunzel*. La cuestión pasa a ser si los principios constitucionales (proporcionalidad, prohibición de exceso) apoyan o diluyen el papel que tradicionalmente ha desempeñado la teoría del bien jurídico. ¿Qué aporta la teoría del bien jurídico más allá de la exigencia constitucional de que la ley debe perseguir una finalidad legítima (un interés público relevante o interés común esencial), ser idónea, necesaria y proporcional o adecuada al logro de la finalidad? A la hora de responder a esta cuestión encontramos opiniones para todos los gustos, que demuestran que nos encontramos en un terreno en el que la doctrina encuentra más dudas e interrogantes que respuestas. Por ejemplo, -a pesar de partir de una concepción común como es la “teoría personal del bien jurídico”- mientras *Hassemer* considera que existe una unidad entre la teoría del bien jurídico y las exigencias constitucionales en la medida en la que “una prohibición de una conducta bajo amenaza penal que no pudiera remitirse a un bien jurídico sería terror de Estado. Sería nada menos que una intromisión en la libertad humana de actuación respecto a la cual el Estado injerente no puede decir con qué fin la lleva a cabo. Dicho “fin” es el lugar que tradicionalmente ocupa el concepto de bien jurídico” (p. 103), *Sternberg-Lieben*, por su parte, considera que, dado el amplio margen de decisión que tiene el

<sup>2</sup> Críticas a este principio en FEIJOO, *Retribución*, 2007, p. 774, con ulteriores referencias.

legislador en el sistema constitucional (el Tribunal Constitucional no tiene la función de controlar si el parlamento ha encontrado la solución más apropiada, racional y justa), la teoría del bien jurídico no ofrece más que un patrón argumentativo adicional para la discusión político-pragmática (p. 124) de cara al establecimiento de un ordenamiento jurídico-penal racionalmente construido, pero que carece de eficacia jurídica. Por ello concluye que “la restricción significativa de la decisión del legislador penal, hasta ahora más o menos libre, no podrá conseguirse de modo adecuado de la mano de un ulterior retoque del concepto (personal) de bien jurídico, sino por medio del cuidadoso desarrollo de parámetros para el control constitucional de las valoraciones del legislador, en principio libres” (p. 127). Los trabajos de *Lagodny*, *Böse* y *Bunzel* van en la línea marcada por *Sternberg-Lieben*, dejando este conjunto de trabajos en entredicho la capacidad del concepto de bien jurídico para limitar la actividad del legislador más allá de lo que ya se encuentra implícito en los controles de constitucionalidad.

La tercera parte del trabajo tiene el título gráfico y elocuente de la “Resurrección de la teoría del bien jurídico”, y consta de cuatro trabajos de *Hefendehl*, *Schünemann*, *Amelung* y *Gaede*. Llama la atención el dominio de discípulos directos e indirectos de Roxin en un tema que resulta esencial para la teoría del Derecho Penal elaborada por el maestro de la escuela y plasmado en su magnífico manual de referencia en todo el mundo. Cabe destacar que en este apartado *Schünemann* y *Hefendehl* se erigen, siguiendo la estela de *Roxin*, en adalides de las prestaciones político-criminales del concepto de bien jurídico.

*Hefendehl* no entabla en realidad un debate con los críticos de la teoría del bien jurídico, sino un debate interno entre partidarios de diversas teorías del bien jurídico. En la línea de su trabajo de habilitación sobre los bienes jurídicos colectivos del año 2002 lleva a cabo frente a los partidarios de una teoría monista-personal del bien jurídico una defensa de los bienes jurídicos colectivos (pp. 182 y ss.). Sin embargo, se trata de un combate dogmático en el que parte con ventaja, ya que hace tiempo que se encuentran en retroceso las posiciones más radicales de los partidarios de la “teoría personal del bien jurídico” que tiene su origen en *Hassemer*<sup>3</sup>. A pesar de que *Hefendehl* define lo que convierte en colectivo a un bien jurídico, su no-exclusión en el uso, su no-rivalidad en el consumo y su no-distributividad –es conceptual, real o jurídicamente imposible dividir el bien en partes y asignárselas a individuos como porciones- (pp. 188 s), sigue sin poder definir qué es un bien jurídico más allá de la definición tradicional de *Roxin* como “realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos

<sup>3</sup> A pesar de la afirmación del texto *vid.* el libro colectivo editado por Ulfrid NEUMANN y Cornelius PRITTWITZ, “‘Personale Rechtsgutslehre’ und ‘Opferorientierung im Strafrecht’”, Frankfurt 2007, especialmente la representativa contribución de NEUMANN en pp. 85 y ss. (hay una traducción al español de este trabajo realizada por Carmen Eloisa Ruiz en *CPC* (93), 2007, pp. 5 y ss.).

humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin” (p. 448).

En este trabajo *Hefendehl* expone de forma resumida sus dos tesis principales con respecto a los bienes jurídicos colectivos, tesis que han sido categóricamente criticadas y que demuestran que la teoría del bien jurídico puede acabar legitimando normas de más que dudosa legitimidad. Por un lado, la configuración como bien jurídico legítimo de la “confianza socialmente relevante” (p. 190) como elemento constitutivo de determinadas instituciones (confianza en el correcto funcionamiento de la Administración o confianza en la seguridad de la moneda). Por otro lado, las estructuras típicas por acumulación como características de los tipos que protegen bienes jurídicos colectivos (pp. 194 y ss.), especialmente cuando se trata de proteger, precisamente, la confianza o contingentes consumibles y agotables relevantes para la sociedad como el medio ambiente<sup>4</sup>. A ello se suma una tercera tesis que rompe con la coherencia de su construcción: con el objeto de preservar la teoría del bien jurídico defiende que en casos excepcionales “un tipo penal puede no proteger un bien jurídico sin devenir por ello constitucional o político-criminalmente ilegítimo” (p. 191), como sucedería con “la penalización de la infracción de representaciones de valor o de conducta homogéneas enraizadas en la sociedad carente de efectos dañosos” (sobre ello vuelve en pp. 466 y s.). La respuesta en un momento posterior del libro a las críticas que ha recibido la confianza como bien jurídico o como elemento integrante de determinados bienes jurídicos (pp. 470 y ss.) no logra superar la seriedad de las objeciones que se le han formulado<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> En sentido crítico con las estructuras típicas de acumulación, *vid.* por todos, FEIJOO, *Retribución*, 2007, pp. 816 y ss., con ulteriores referencias; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Sobre la “administrativización” del Derecho penal en la “sociedad del riesgo”. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI”, en DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, Julio, *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI*, Madrid 2006, pp. 157 y ss., también con ulteriores referencias.

<sup>5</sup> Sobre las mismas, FEIJOO, *Retribución*, 2007, p. 805, con ulteriores referencias; KARGL, Walter, *ZStW* (116), 2004, pp. 770 y ss.; KARGL, Walter, “Vertrauen als Rechtsgutsbestandteil”, en NEUMANN/PRITTWITZ, “*Personale Rechtsgutslehre*”, 2007, pp. 60 y ss.

Las referencias a la confianza (en sentido psicológico o sociopsicológico) de la población en diversas instituciones no puede servir para legitimar una tipificación jurídico-penal si no se trata de una conducta que afecte al funcionamiento efectivo o a la capacidad de funcionamiento correcto de dicha institución y, en este sentido, encierre una cierta lesividad social con una gravedad suficiente que justifique intervenir con penas. Las necesidades sociales como la confianza o la buena imagen de determinadas instituciones deben ser atendidas por el Derecho disciplinario y por el Derecho administrativo sancionador (por ejemplo, la buena imagen del selectivo Ibex 35 debe ser competencia de la potestad sancionatoria de la Comisión nacional del mercado de valores). No se puede imponer una pena para preservar la confianza a una conducta que materialmente resulta inocua y carece de efectos reales más allá de los psicológicos. Además hay que señalar con respecto a este tipo de legitimaciones que las referencias a la confianza de la población en las instituciones como legitimación de tipos penales concretos adolece de una falta de estudios que precisen con más claridad qué se entiende por confianza y cuál es su contenido. Sin este tipo de precisiones conceptuales no es posible delimitar las posibilidades legítimas de intervención



Una posición distinta es mantenida por *Amelung*, que no comparte el optimismo de *Schünemann* y *Hefendehl*, pero que a pesar de ello se revaloriza como el gran teórico del concepto de bien jurídico desde los años setenta<sup>6</sup>. Este autor sienta de forma brillante los términos esenciales del debate. La teoría del bien jurídico como teoría dogmática inmanente al sistema no está en crisis, lo que se encuentra en crisis es una concepción político-criminal, crítica y trascendente al sistema jurídico en la medida en la que se le han asignado unas expectativas que no está en condiciones de cumplir. En mi opinión, resulta enormemente sugerente su punto de partida de que “la ganancia que obtiene el sistema jurídico con la adopción del concepto de bien jurídico consiste en que puede abrirse a informaciones de su entorno sin perder su autonomía y su especial manera de funcionar por obra de las influencia externas” (p. 232), demostrando que las teorías con puntos de partida sistémicos no tienen que ser necesariamente incompatibles con la teoría del bien jurídico. *Amelung* defiende un concepto dogmático o inmanente al sistema de bien jurídico argumentando como “el carácter “vacío” de este concepto, la absoluta indeterminación del juicio de valor que crea el bien, es al mismo tiempo la razón de su riqueza. El concepto de bien jurídico en sí mismo no dice nada sobre el contenido que hayan de tener los juicios de valor para poder convertir algo en un bien jurídico, y por ello está abierto a casi cualesquiera valoraciones, transfiriéndolas al sistema dogmático jurídico-penal por medio de sus numerosas funciones en el mismo, sin que éste se vea categorialmente sacudido por cada nueva norma y tenga por ello que ser reconstruido. Gracias a esta característica, el dogma del bien jurídico se convierte en punto de conexión de la política con la dogmática, y el concepto de bien jurídico en un concepto complementario de la positividad del Derecho que traslada el dinamismo de lo político a la estabilidad del sistema jurídico”. Más allá de este terreno firme *Amelung*

---

de las normas penales. Sobre todo si se tiene en cuenta que la referencia a lo que puede ser necesario para mantener la confianza sirve más como criterio expansivo que como criterio restrictivo del Derecho Penal. La confianza es la consecuencia de una adecuación entre lo que prescriben las normas y la realidad social, por tanto es un efecto general del adecuado funcionamiento de las normas, pero no lo que éstas tutelan en concreto con cada figura delictiva. La respuesta de *Hefendehl* a los críticos de que «la confianza en la vigencia del ordenamiento jurídico como marchamo de la prevención general positiva y con ello de un fin de la pena ha de diferenciarse estrictamente de la confianza como un componente del bien jurídico» no puede convencer frente a las serias críticas que ha sufrido la tesis de este autor de construir bienes jurídicos con referencia como elemento configurador a la confianza (en el orden económico, el mercado de valores, el tráfico jurídico, etc.). Ello es evidente si nos salimos del ámbito de los delitos contra bienes jurídicos colectivos: ¿Qué ganamos redefiniendo el homicidio como un delito que protege la confianza en la vida de los ciudadanos, las detenciones ilegales como un delito que protege la confianza de los ciudadanos en su libertad o el hurto como un delito que protege la confianza en la propiedad? Si bien *Hefendehl* quiere dejar claro que sólo está pensando en bienes jurídicos colectivos referidos a instituciones para las que la confianza represente un elemento básico, el símil con los bienes jurídicos individuales deja en evidencia los problemas de fondo de la construcción.

<sup>6</sup> Con respecto a su teoría funcional del bien jurídico FEIJOO, *Retribución*, 2007, pp. 780 y ss.

considera que el debate político-criminal “se ha metido en un callejón sin salida con la constante postulación de una nunca articulada teoría del bien jurídico” (p. 240).

Sus conclusiones clarifican el debate: “El concepto de bien jurídico, entendido como objeto de protección de la norma de conducta que puede inferirse del Derecho positivo, es un instrumento polivalente de la argumentación jurídico-penal. El postulado de que las normas de conducta penalmente protegidas siempre deben proteger un objeto “detrás de ellas”, postulado que se apoya en la idea de protección de bienes jurídicos, exige que tales normas tengan una utilidad que vaya más allá del mantenimiento de su vigencia fáctica. En qué ha de consistir tal utilidad es una cuestión que, dentro de los límites constitucionales, se deja al juicio de valor del legislador. En esta caracterización, la teoría de la protección de bienes jurídicos es un dogma que, por un lado, niega la legitimación a las normas penales inútiles pero, por el otro, es tan flexible que toma en consideración la facultad del legislador de decidir qué ha de considerarse útil y digno de protección. Junto a esta teoría cabe una teoría sociológica sobre la lesividad social que no concibe el daño social como el deterioro de objetos, sino que retoma la vieja idea de que el delito ataca las condiciones de organización de la convivencia humana. Por ello se apoya en la idea de la sanción penal como instrumento para la protección de la vigencia fáctica de las normas de conducta...La sensación de crisis del partidario de la función “crítica” del concepto de bien jurídico se deriva en su mayor parte del incumplimiento de expectativas que desde un primer momento no estaban justificadas (p. 264)”.

La cuarta parte del trabajo está dedicada a “Teoría del bien jurídico e imputación” y consta de un trabajo conjunto de *von Hirsch y Wohlers*, además de otros tres trabajos de *Frisch, Wittig y Schulenburg*. Las cuestiones centrales del debate se encuentran recogidas en los trabajos de *von Hirsch y Wohlers* y de *Frisch*. Los primeros ponen de manifiesto los problemas de la teoría del bien jurídico como teoría político-criminal: “hasta ahora la teoría del bien jurídico crítica al sistema no ha podido cumplir el objetivo que se había fijado a sí misma de “poner en manos del legislador penal un criterio plausible y utilizable para sus decisiones y desarrollar, al mismo tiempo, un baremo para el examen externo de la justicia de dichas decisiones”. Una de las posibles razones podría residir en que prácticamente cualquier tipo penal se puede relacionar con un bien jurídico legítimo, si se está dispuesto a considerar suficiente la presencia de nexos de imputación indirectos” (p. 285). El punto de partida –en mi opinión correcto de estos autores– es que “el hecho de que para la legitimidad de un tipo penal es importante en qué medida y frente a qué modalidades de ataque –es decir, “cómo”– se debe brindar protección penal a determinados bienes jurídicos no es un problema técnico, derivado, de segunda categoría frente a la problemática del bien jurídico, sino una cuestión de importancia autónoma en relación con la valoración de la legitimidad de las normas penales: la legitimidad de un tipo penal no se puede fundamentar sólo con una remisión a un bien jurídico en sí merecedor

de protección penal. A continuación, queremos dedicarnos a la cuestión de bajo qué presupuestos puede justificarse una imputación cuando no concurre el menoscabo de un bien jurídico en sí legítimo o sólo se causa indirectamente “*remote harm*”)” (p. 287). Partiendo de la idea de que los problemas de legitimidad se plantean de forma acuciante en el ámbito de los delitos de peligro abstracto (o aquellos en los que la protección comienza en un momento muy alejado del posible menoscabo del bien), distinguen tres tipos delictivos que plantean diferentes problemas de legitimidad, en la línea planteada por *Wohlens* en su monografía del año 2000 sobre estructuras típicas: delitos preparatorios, delitos cumulativos y delitos de peligrosidad concreta (pp. 288 y ss.).

En otro de los trabajos más relevantes de este libro *Frisch* expone con detalle las razones por las que entiende -junto con muchos otros autores- que el potencial crítico atribuido al bien jurídico para lograr una delimitación adecuada del Derecho Penal ha sido sobrevalorada por algunos autores (especialmente en ciertos momentos históricos), parece dudoso y requiere, por lo menos, una importante relativización (pp. 310 y ss.):

La vaguedad del concepto, su inapreciable contenido material y su escasa función limitadora que hace que, por ejemplo, carezca realmente de capacidad para extraer del ámbito del Derecho Penal las lesiones de meras representaciones morales reconocidas por la colectividad

Tanto el penalista como el legislador carecen de competencia legítima para tomar la decisión sobre si determinadas realidades son o no bienes jurídicos. Según *Frisch*, “en la sociedades modernas la cuestión del bien jurídico está decidida desde hace tiempo y prácticamente en la totalidad de los ámbitos vitales significativos con carácter previo al Derecho penal” (p. 316). Ello significa para este autor que en el ámbito del Derecho Penal “las consideraciones sobre la incriminación en tal ámbito estructurado y valorado jurídicamente con carácter previo al Derecho penal deben concentrarse casi por completo en problemas de coordinación, como, por ejemplo, en si lo que extrapenalmente se valora como bien jurídico requiere protección jurídico-penal, en que medida ésta es necesaria y adecuada, etc.” (p. 319).

La cuestión del bien jurídico posee limitada relevancia. Según *Frisch* “la extendida concentración en el bien jurídico como piedra de toque de la legitimación penal ha provocado que mayoritariamente se abandonen otras cuestiones centrales de la legitimación del Derecho penal o que sólo sean marginalmente tratadas, creyendo así responder al problema de la legitimación de la pena estatal con la discusión sobre el bien jurídico” (pp. 319 y s.).

*Frisch* considera que el debate jurídico-penal de los últimos años demuestra que la cuestión de la intervención legítima del Derecho Penal no se debe concentrar en la teoría del bien jurídico, sino que existen otros puntos neurálgicos como la

legitimación de la pena y la estructura o clases de los delitos o los vínculos entre los límites de la pena estatal y la imputación.

*Frisch* insiste como alternativa en la propuesta que viene esbozando en diversos trabajos desde hace quince años: “el problema central de la adecuación de la imposición de pena, especialmente el de la importancia suficiente de los hechos y de las conductas desaprobadas para una reacción penal, sigue intacto y sin ser abordado en lo sustancial. En la actualidad falta algo que se asimile a una teoría y abordaje integral de aquellas cuestiones de legitimación que se plantean en relación con la posibilidad de identificar determinadas realidades como bienes jurídicos (mejor dicho: como posibles objetos de Derecho coactivo) y de determinadas conductas que los lesionan o amenazan en tanto injusto” (p. 332).

El quinto apartado está dedicado a los “Modelos alternativos de legitimación del Derecho Penal”. En el mismo se encuentran tres ponencias de *Stratenwerth*, *Seelmann* y *Hörnle*, planteando en realidad sólo los dos primeros modelos alternativos de legitimación.

*Stratenwerth* plantea de forma resumida su propuesta de que la categoría de “delitos de conducta que protegen convicciones homogéneas arraigadas” -que *Hefendehl* propone como una excepción a la teoría de la protección de bienes jurídicos- en realidad es el modelo de partida de todos los procesos de criminalización<sup>7</sup>. *Stratenwerth*, enormemente coherente, entiende que todos los tipos penales son delitos de comportamiento por lo que la razón de las criminalizaciones concretas no reside en la lesión de determinados bienes jurídicos, sino en la desatención o el menosprecio de normas de conducta fundamentales para el consenso normativo básico de la sociedad. También *Seelmann* plantea de forma resumida su idea de origen hegeliano del delito como lesión de la relación de reconocimiento que implica el cuestionamiento del otro como sujeto de Derecho. La investigación de *Tatiana Hörnle*, sobre la protección de sentimientos, que resume su trabajo monográfico “Grob anstössiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus” del año 2004, deja en evidencia que detrás de la referencia a la protección de bienes jurídicos como el orden público se encuentra la protección de sentimientos cuantitativamente extendidos y cualitativamente arraigados en la población. La investigación de *Hörnle* instiga a la reflexión sobre la necesidad de

---

<sup>7</sup> Anteriormente STRATENWERTH, Günter, “Zum Begriff des Rechtsgutes”, en ESER/SCHITTENHELM/SCHUMANN (comps.), *Th. Lenckner-FS*, Munich 1989, pp. 389 y ss. y en STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 5ª ed., Colonia y otras 2004, 7/8. ROXIN, en la cuarta edición de su manual, en una línea similar a *Hefendehl*, se opone a la posición de STRATENWERTH (2/117 y ss.), aunque también se plantea la posibilidad de exceder el alcance de la regulación penal más allá de la protección de bienes jurídicos, siendo partidario de esta posibilidad en algunos casos concretos (2/51 y ss.).

llevar a cabo una nueva mirada sobre los tipos penales que tienen que ver con sentimientos, no pudiendo esconderse este tipo de cuestiones “por más tiempo detrás de la construcción de bienes de seguridad como la paz pública” (p. 399), vinculándose, por tanto, las reflexiones de esta autora con la propuesta de *Stratenwerth* (vid. *Wohlers*, p. 406).

### III. Reflexiones finales

Después de la lectura de esta obra, parece que la mejor respuesta al interrogante sobre si la teoría germana del bien jurídico representa un fundamento de legitimación del Derecho Penal o un simple juego de abalorios dogmático debería ser un “ni lo uno ni lo otro”. Si bien el concepto de bien jurídico desempeña algún papel dogmático, el fundamento de legitimación del Derecho Penal tiene que ver más bien con otras cuestiones. Llama la atención que *Hefendehl*, que se erige en adalid de la teoría del bien jurídico, concluya que “no existe el fundamento de legitimación del Derecho penal, pero igual de seguro es que la reflexión en torno al bien jurídico tampoco es un juego de abalorios dogmático” (p. 408). La conclusión más extendida entre los autores que participan en este libro plasmado en los debates es que –en expresiones de *Wohlers*– “las teorías del bien jurídico no están capacitadas por sí solas para aportar soluciones y de que, por tanto, es preciso apelar a otros criterios, los cuales, por lo que parece, sólo pueden ser inferidos de la Constitución o fundamentados filosóficamente” (p. 424) y “que la teoría del bien jurídico precisa de un complemento, dado que de hecho se plantean problemas que la teoría del bien jurídico no está por sí sola en disposición de fundamentar o de solventar de modo convincente” (p. 432)<sup>8</sup>. Si ello supone el fin o la superación de la teoría del bien jurídico como teoría político-criminal, el principio de su modernización (*Hefendehl, Schünemann*) o la necesidad de integrarla en un macroconcepto político-criminal de carácter más amplio es un debate que todavía no se encuentra definitivamente encauzado.

Lo que deja en evidencia este libro imprescindible no sólo son las virtudes de la dogmática alemana, que no tiene problema en debatir sobre sus propios fundamentos teóricos a pesar de su influencia y de su liderazgo (vid. los informes sobre las discusiones en pp. 417 y ss.), sino también que algo se está moviendo en las reflexiones teóricas profundas sobre el Derecho Penal y que cada vez se hace más urgente repensar unos fundamentos teóricos que provienen originalmente de la segunda mitad del siglo XIX. Excepcionalmente, sólo algún manual como el de *Roxin*, lo cual le honra, está dando fe de dichos cambios. Quizás sea una nueva

---

<sup>8</sup> La continuación de este debate en v. HIRSCH, Andrew/SEELMANN, Kurt/WOHLERS, Wolfgang (eds.), *Mediating Principles-Strafbegrenzungskriterien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden 2006.

generación de penalistas la que debe plasmar en una nueva sistemática qué convicciones político-criminales deben seguir siendo mantenidas porque resultan irrenunciables en el marco de un Estado democrático de Derecho y cuáles precisan una revisión.

El libro, mediante aportaciones como las de *Wohlers*, *Frisch* o *Stratenwerth*, refleja los problemas que se le vienen planteando a la teoría del bien jurídico<sup>9</sup>:

Tiene un carácter expansivo (se trata de un discurso que, por ejemplo, encierra una inercia a la anticipación de la protección de bienes jurídicos). Por sólo citar un ejemplo concreto, en la STC 235/2007 que declara inconstitucional y nula la tipificación de la negación del genocidio por resultar contraria al derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones (art. 20.1 a) CE) y a la libertad científica (art. 20.1 b) CE) se puede apreciar que tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal se opusieron toda vez que las conductas que se intentaban prevenir eran peligrosas para el bien jurídico protegido en la medida en la que la negación o justificación del genocidio encierra un peligro potencial para bienes jurídicos de la máxima importancia.

Habiendo sido un criterio históricamente necesario, en el actual marco constitucional no aporta criterio relevante alguno que no se encuentre implícito en los controles constitucionales (en palabras de *Wohlers* en p. 403, “el potencial crítico-sistemático de la teoría del bien jurídico no viene predeterminado a través del concepto de bien jurídico, sino que depende de los baremos que se tienen que incorporar externamente a dicha teoría”). Por ejemplo, con respecto a la despenalización de la homosexualidad entre adultos, *Gimbernat*, frente a los que defendemos la irrelevancia de la teoría del bien jurídico en dicho proceso de despenalización, defiende la importancia de la teoría del bien jurídico. ¿Se puede afirmar que si la doctrina española a través de autores básicos para la evolución de la dogmática española moderna como *Enrique Gimbernat* no hubiera importado la teoría germana del bien jurídico una sociedad como la española, que ha acabado reconociendo el matrimonio entre personas del mismo sexo, no habría despenalizado este tipo de comportamientos? En muchos países democráticos en los que no se puede afirmar que sea dominante la teoría del bien jurídico de origen alemán tampoco se encuentran tipificados este tipo de comportamientos. En realidad, en todos los países de nuestro entorno jurídico y cultural no existe un delito de relaciones sexuales entre personas adultas del mismo sexo en virtud de consideraciones derivadas del libre desarrollo de la personalidad como principio básico del sistema constitucional y del derecho a no ser discriminado por la condición o circunstancias personales (arts. 10.1, 14 y 16 CE) (*Gimbernat*, p. 15). Y ello con independencia de que la mayoría de la población vea con malos o buenos ojos este tipo de comportamientos. De acuerdo con las bases del sistema jurídico son

<sup>9</sup> En profundidad, FEIJOO, *Retribución*, 2007, pp. 777 y ss.

un ejercicio libre de derechos fundamentales. Por las mismas razones el Tribunal Constitucional acaba de declarar anti-constitucional mediante la STC 235/2007 parte del art. 607.2 CP sin tener que recurrir a la inexistencia de un bien jurídico y aunque a la mayoría de los integrantes de la sociedad española nos cause una profunda repulsa o repugnancia la negación del holocausto o de ciertos genocidios (¿Sentimientos legítimos que podrían ser definidos como bienes jurídicos?).

Resulta absolutamente insuficiente para desarrollar una teoría global del hecho punible, teniendo que ser complementada con otros criterios adicionales. La doctrina alemana se está dando cuenta de que la importancia que se le ha otorgado desde la perspectiva político-criminal a la labor crítica de la teoría del bien jurídico ha cegado la toma en consideración de otros criterios de gran relevancia para discutir la legitimidad de normas penales concretas.

La contestación de *Hefendehl* y *Schünemann* a los críticos de que no existe alternativa para desarrollar un sistema penal digno de un sistema democrático de libertades y que este tipo de objeciones demuestran que “el auténtico desarrollo de la teoría del bien jurídico está aún por venir” (p. 414) resulta claramente insuficiente y representa más un *desideratum* que un argumento científico que permita superar las insuficiencias que la teoría ha venido mostrando hasta la actualidad.

Este libro demuestra que en estos momentos existen –simplificando en exceso– dos alternativas para desarrollar una teoría político-criminal relativa a criminalizaciones o tipificaciones concretas. La primera sería una teoría reformulada del bien jurídico. La segunda sería entender, como modelo alternativo, que desde la perspectiva político-criminal lo decisivo no es lo que pretende proteger la norma penal, sino lo que ésta castiga<sup>10</sup>. Esta segunda posibilidad puede partir, por ejemplo, de la constatación de que la Ciencia del Derecho Penal, cuando adopta la perspectiva político-criminal relativa a criminalizaciones concretas, no puede científicamente más que aportar criterios sobre cómo intervenir racionalmente con un instrumento como la pena, pero, más allá de los límites constitucionales, carece no sólo de la posibilidad sino también de la legitimidad de fijar qué puede ser digno de protección para una determinada sociedad. Por ello la cuestión esencial para el desarrollo de una teoría de la Política Criminal para el siglo XXI no es “si se protegen bienes jurídicos, sino cómo se protegen y cómo delimitar la permisión de conductas”, es decir, “cuál es la técnica específica de protección de bienes jurídicos que se desempeña mediante la pena”, por lo que más que el objeto de tutela la doctrina jurídico-penal debe aportar criterios sobre la forma en la que legítimamente el Derecho Penal puede prestar protección<sup>11</sup>. En la presentación del libro *Gimbernat* deja clara su idea de que lo decisivo en el ámbito político-criminal es que un interés legítimo (un derecho subjetivo o un sentimiento social entre otras realidades

<sup>10</sup> FEIJOO, *Retribución*, 2007, pp. 848 y ss.

<sup>11</sup> FEIJOO, *Retribución*, 2007, pp. 806 y ss.

posibles) sea valorado positivamente por el ordenamiento jurídico. Dejando de lado que después de más de cien años la doctrina no ha podido fijar unos criterios mínimos para determinar cuando esa valoración es legítima, habría que decir que en el Derecho Penal lo decisivo no es cuándo el Estado puede proteger algo, sino más bien cuándo puede castigar cercenando los derechos de un ciudadano concreto que tiene que soportar una intromisión brutal por parte del Estado. Por tanto, lo decisivo no es cuándo al Derecho Penal le parece algo bien, sino lo contrario: el desvalor, cuándo algo le parece mal; es decir, cuáles son los criterios por los que una conducta es considerada tan negativa para la pervivencia social que debe ser castigada. Esto es evidente si, como afirma *Gimbernat*, el Derecho administrativo también protege bienes jurídicos (pp. 17 y s.).

El segundo modelo propuesto no tiene que barrer necesariamente las aportaciones político-criminales realizadas hasta el presente. En este modelo se pueden integrar los aspectos más relevantes de la teoría del bien jurídico. Por ejemplo, preservar la idea básica de que en el marco de un Estado moderno una norma penal que no proteja nada digno de protección (más evidente si lo que protege es indigno de protección) es ilegítima y de que las normas tienen que proteger aquello que sea entendido como valioso para la generalidad representa un punto de partida irrenunciable. El “ímpetu político-criminal” para conseguir un ordenamiento jurídico-penal más justo, racional, legítimo y útil para todos los ciudadanos sigue siendo el mismo. Ello es lo que en realidad siempre ha estado presente en la posición de los defensores de la teoría del bien jurídico como *Gimbernat*, *Roxin*, *Schünemann* o *Hefendehl*.

Baste lo dicho hasta aquí para incitar a la lectura de este libro imprescindible –todo un clásico– para reflexionar sobre la teoría del bien jurídico y sus prestaciones, lo que en el fondo es lo mismo que decir para reflexionar sobre el estado actual de la teoría general sobre el Derecho Penal, cuya rigurosa traducción hay que agradecer al grupo de investigadores capitaneado por *Enrique Gimbernat* y a todos los que han colaborado con ellos en esta ingrata pero necesaria labor.