

La teoría del bien jurídico

¿Fundamento de legitimación
del Derecho penal
o juego de abalorios dogmático?

Roland Hefendehl
Andrew von Hirsch
Wolfgang Wohlers (eds.)

Derecho penal & Criminología



Colección

Derecho penal y Criminología

Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno
Ramon Ragués i Vallès
Luis Greco
(dirs.)

LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO
¿Fundamento de legitimación del Derecho penal
o juego de abalorios dogmático?

ROLAND HEFENDEHL
ANDREW VON HIRSCH
WOLFGANG WOHLERS
(EDS.)

LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

**¿Fundamento de legitimación del Derecho penal
o juego de abalorios dogmático?**

Edición española a cargo de
Rafael Alcácer Guirao, María Martín Lorenzo
e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno

Presentación de
Enrique Gimbernat Ordeig

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2016

Primera edición en la colección Derecho penal y Criminología

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

- © Título original: *Die Rechtsgutstheorie*. Badem-Badem: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003.
- © Roland Hefendehl, Andrew von Hirsch y Wolfgang Wohlers (eds.).
- © De los traductores.
- © MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
ISBN: 978-84-1381-600-5
Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico
Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

ÍNDICE

	Pág.
PRESENTACIÓN	11
PRÓLOGO	23
ABREVIATURAS	27

A. LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO Y EL «PRINCIPIO DEL DAÑO»

El concepto de bien jurídico y el «principio del daño», por <i>Andrew von Hirsch</i>	33
Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal, por <i>Michael Kahlo</i>	49
La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico, por <i>Gerhard Seher</i>	65

B. TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO Y DERECHO CONSTITUCIONAL

¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?, por <i>Winfried Hassemer</i>	91
Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal, por <i>Detlev Sternberg-Lieben</i>	101
El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional, por <i>Otto Lagodny</i>	123
Derechos fundamentales y Derecho penal como «derecho coactivo», por <i>Martin Böse</i>	131
La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información, por <i>Michael Bunzel</i>	141

	Pág.
C. RESURRECCIÓN DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO	
El bien jurídico como eje material de la norma penal, por <i>Roland Hefendehl</i> ...	173
El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación, por <i>Bernd Schünemann</i>	191
El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos, por <i>Knut Amelung</i>	221
Puntos fuertes y puntos flacos de la función legitimadora de la teoría del bien jurídico inmanente al sistema en el ejemplo del fraude de subvenciones, por <i>Karsten Gaede</i>	259
D. LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO E IMPUTACIÓN	
Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa, <i>Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers</i>	279
Bien jurídico, Derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal, por <i>Wolfgang Frisch</i>	303
Teoría del bien jurídico, <i>harm principle</i> y delimitación de ámbitos de responsabilidad, por <i>Petra Wittig</i>	333
Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura del delito e imputación objetiva, por <i>Johanna Schulenburg</i>	341
E. MODELOS ALTERNATIVOS DE LEGITIMACIÓN DEL DERECHO PENAL	
La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos, por <i>Günter Stratenwerth</i>	357
El concepto de bien jurídico, el <i>harm principle</i> y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena, por <i>Kurt Seelmann</i>	365
La protección de sentimientos en el StGB, por <i>Tatjana Hörnle</i>	375
F. COMENTARIOS FINALES	
Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico, por <i>Wolfgang Wohlers</i>	393
Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico, por <i>Roland Hefendehl</i>	399

G. INFORME SOBRE LAS DISCUSIONES

Primera Sesión. Teoría del bien jurídico y <i>harm principle</i> , por <i>Michael Bunzel, Juana Schmidt, Peer Stolle</i>	407
Segunda Sesión. Protección de bienes jurídicos y problemas de imputación, por <i>Karsten Gaede, Tilo Mühlbauer</i>	415
Tercera Sesión. Criminalización más allá del dogma del bien jurídico, por <i>Karsten Brandt, Susanne Hoentzsch, Rico Maatz, Johanna Schulenburg</i> ...	423

**H. ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN
SOBRE EL BIEN JURÍDICO**

¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?, por <i>Claus Roxin</i>	433
De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico, por <i>Roland Hefendehl</i>	449
RELACIÓN DE AUTORES Y TRADUCTORES	467

PRESENTACIÓN

Enrique GIMBERNAT ORDEIG

Según la doctrina científica dominante, la tarea del Derecho penal consistiría en la protección de bienes jurídicos. Sin embargo, y como se pone de manifiesto en este libro, en los últimos años en la teoría del bien jurídico han empezado a aparecer diversas grietas.

Ello es así, en primer lugar, porque algunos autores, como Jakobs, Stratenwerth, Hirsch, Frisch o Wohlers, niegan, en mayor o menor medida, que la finalidad del Derecho penal sea la de proteger bienes jurídicos, manteniendo Jakobs y su escuela, por ejemplo, que esa finalidad consistiría en la protección de la vigencia de la norma¹. En segundo lugar, porque quienes defienden la teoría del bien jurídico son los primeros en reconocer que el concepto de bien jurídico, en el que se subsumen las más diversas definiciones, carece de contornos precisos². Y, en tercer lugar, porque incluso estos últimos autores mantienen que, si bien excepcionalmente, en algunos tipos penales es difícil determinar qué bien jurídico estarían tutelando.

Como yo me declaro personalmente a favor de la teoría del bien jurídico, en lo que sigue, y de una manera algo desordenada, voy a tratar de examinar, de la mano de ejemplos concretos, si determinados delitos vigentes o pretéritos superan o no la prueba del bien jurídico.

Frente a la prácticamente unánime doctrina científica española que, desde posiciones supuestamente progresistas, critica la introducción en 2003 del art. 189.2, que castiga la tenencia para el propio uso de pornografía infantil, y frente a la opinión de Hörnle, expresada en este libro, de que la única explicación que puede encontrarse a ese delito consistiría en el «peligro

¹ Contra la tesis de Jakobs me he pronunciado en mi «Prólogo» al libro de ALCÁCER, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Barcelona, 2003.

² «Hasta ahora no se ha podido alcanzar un acuerdo aproximado sobre lo que debe entenderse por bienes jurídicos» (ROXIN, *ATI*, 4.ª ed., 2006, §2, nm. 2, *vid.* también nm. 3).

de *acciones imitadoras* por parte de los usuarios de pornografía infantil, que, sin embargo, es difícil de probar dada la falta de conocimientos empíricos» (cursivas añadidas), hay que decir que tales opiniones, que toman partido a favor de respetar la orientación sexual del paidófilo, muestran una ausencia total de empatía con los niños y niñas víctimas de la pornografía infantil: por si fuera poco el trauma sufrido por haber sido objeto de brutales agresiones sexuales filmadas o fotografiadas, que probablemente van a influir determinante y negativamente en el desarrollo adulto de su vida sexual y sentimental, encima se les quiere hacer soportar que los *bienes jurídicos* de su dignidad y de su intimidad puedan seguir siendo pisoteados continuamente y *ad eternum*, sin consecuencia jurídico-penal alguna, cada vez que un paidófilo decide contemplar las imágenes del atropello del que aquellos fueron objeto en la infancia.

Roxin afirma en el presente libro que «la reforma del Derecho penal sexual concluida en 1973 supuso el punto álgido del reconocimiento de la teoría del bien jurídico en Alemania», y rechaza la opinión de «los críticos de esta teoría, que afirman que la punición de la homosexualidad entre adultos no se eliminó porque no lesionara bienes jurídicos de nadie, sino porque las ideas habían cambiado y la conducta en cuestión ya no se consideraba inmoral».

Con un cierto retraso respecto de Alemania (donde el delito de homosexualidad se suprime en 1969), en España hubo que esperar a la desaparición del franquismo para que, bajo la vigencia ya de la Constitución de 1978, en ese mismo año de 1978 se suprimiera de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social la homosexualidad como estado peligroso que podía traer consigo sanciones privativas de libertad.

En Alemania la reforma de los delitos sexuales culminó en 1973, mientras que en España se alcanzó algunos años más tarde, sustituyéndose en ambos Códigos Penales la rúbrica de «Delitos contra la honestidad», bajo la que figuraban agrupados, por la de «Delitos contra la autodeterminación sexual», en Alemania, y «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en España, con lo que ambos legisladores quisieron poner de manifiesto, obviamente, que lo que se protege no es la moral sexual, y que toda persona tiene derecho a practicar pacíficamente la clase de sexualidad que desee, siempre que no vulnere —aplicando violencia o intimidación o engaño, o usando como objeto sexual a menores que no pueden prestar un consentimiento válido— la libertad sexual de su pareja.

Pero volviendo a la homosexualidad, como paradigma de la reforma legislativa inspirada por la teoría del bien jurídico, que haya sido esta la que decidió la desaparición de aquel delito, ha sido puesto en cuestión en este libro incluso por un defensor de esa teoría, como Schünemann, quien escribe que «los críticos del principio de protección de bienes jurídicos han apun-

tado *con razón* en el plano descriptivo que la posterior descriminalización paulatina de la homosexualidad masculina no se debió al respeto al dogma del bien jurídico, sino a la disminución de la condena moral y, por tanto, solo al cambio de la moral social» (cursivas añadidas)³.

Como testigo de lo que era la opinión pública alemana en los años sesenta —después de haber permanecido tres años en Hamburgo, preparando mi tesis doctoral, entre 1959 y 1962, en 1966 realicé una nueva estancia de estudios de nueve meses en Freiburg i. Br., y en 1969 y 1970, y en la misma ciudad, dos ulteriores estancias de cuatro meses cada una—, tengo que decir que en ese país, y por aquellas fechas, la condena moral de la homosexualidad era ampliamente mayoritaria, y que los postulados —también los postulados sexuales— de la revolución de 1968 estaban limitados a un reducido sector de jóvenes sin influencia alguna en los resortes del poder (solo con el transcurso del tiempo, cuando esos jóvenes dejaron de serlo, y se incorporaron a la vida social o política, es cuando empezaron a tener algún peso en la sociedad alemana las ideas sesentayochentistas, especialmente por la relevancia que fue adquiriendo el partido de Los Verdes).

Por ello, me parece una injusticia histórica negar la decisiva influencia del Proyecto Alternativo alemán sobre delitos sexuales —que fundamentaba la reforma que proponía en la teoría del bien jurídico— en la despenalización de la homosexualidad, en particular, y en la radical modificación de los delitos contra la «honestidad», en general, y atribuir todas esas reformas exclusivamente a un supuesto e inexistente «cambio de percepción social sobre la sexualidad» que presuntamente se habría producido ya en el periodo 1969-1973. Como escribe Roxin, con toda razón, en el presente libro: «De hecho, es cierto que hoy en día la homosexualidad es vista en Alemania como una forma de orientación sexual éticamente neutra. Pero ello ha sido en gran parte *efecto* y no *causa* de la despenalización de tal conducta; unos pocos años antes de la eliminación de la prohibición, el Proyecto gubernamental de Código Penal de 1962 había descrito la homosexualidad como “un comportamiento especialmente censurable desde

³ En el mismo sentido, también en el presente libro, FRISCH (pp. 307 y 308): «Sin embargo, incluso tal conclusión sobre el éxito de la teoría del bien jurídico [a la que habría que reconducir la supresión del delito de homosexualidad] debe ponerse en duda, pues la abolición de los referidos preceptos podría obedecer a razones muy distintas al reconocimiento de una limitación del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos. Así, por ejemplo, razones como cambios en el ámbito de las representaciones morales o en los puntos de vista médicos o antropológicos, etc., provocarían que lo que antaño se veía mayoritariamente como lesión (merecedora de pena) en la vida en sociedad, dejara y deje de ser considerado como tal»; WOHLERS (p. 394): «Y tampoco la reforma de los delitos sexuales supone ningún éxito que se pueda permitir apuntar la teoría del bien jurídico, sino que es tan solo la consecuencia del cambio de percepción social sobre la sexualidad. De aquí se deduce: la teoría del bien jurídico por sí misma no puede conducir ni limitar el desarrollo del Derecho penal, sino que dirige el razonamiento dogmático-formal a resultados que se alcanzan en virtud de baremos externos».

el punto de vista ético y considerado deshonroso por la opinión general”» (cursiva añadida).

De igual manera, y por lo que se refiere a España, atribuir al cambio de la ética social las reformas que entre 1978 y los primeros años ochenta experimentó nuestro Derecho penal sexual, y poner en duda el papel que en todo ello desempeñó el influjo que sobre una minoría ilustrada —pero ya influente— de entonces jóvenes penalistas ejercieron los *Alternativ-Professoren* alemanes con su teoría del bien jurídico como criterio despenalizador, supone desconocer que en aquellos años la moral sexual dominante en nuestro país seguía siendo la tradicional «de toda la vida» y que todavía tendrían que transcurrir algunos años más para que a España, en palabras de Alfonso Guerra, «no la reconociera ni la madre que la parió».

El Derecho penal sexual, como ningún otro sector del ordenamiento jurídico punitivo, puede servir para examinar críticamente hasta qué punto es admisible que los sentimientos, como plantea especialmente Hörnle en su contribución a este libro⁴, puedan considerarse bienes jurídicos.

Naturalmente que todo tipo penal (legítimo o ilegítimo) está dirigido a la tutela de algún interés (igualmente legítimo o ilegítimo), y en ese sentido los tradicionales «delitos contra la honestidad» protegían el sentimiento moral dominante que, de acuerdo con las pautas cristianas, y, sobre todo, católicas, reaccionaba con escándalo, sincera o hipócritamente (cuando ese escándalo enmascaraba una doble moral) ante cualquier comportamiento sexual «desviado», distinto de la relación genital-genital practicada dentro del matrimonio heterosexual.

Pero la mera existencia de un interés no eleva a este todavía a la categoría de bien jurídico. Si existiera, por ejemplo, un hipotético delito que castigara las lesiones o el homicidio que causa al agresor antijurídico quien se defiende en legítima defensa, naturalmente que con dicho delito se estaría protegiendo un interés: la vida o la integridad física de esos agresores antijurídicos, pero la *existencia indudable de un interés* de quienes intentan matar o violar a pacíficos ciudadanos no merece la *valoración positiva de bien jurídico*, porque en la situación extrema de la legítima defensa el Derecho penal no puede colocarse al lado de quien, contra toda razón, ataca a otra persona, sino que a quien tiene que proteger es, por el contrario, a la víctima que está siendo objeto de una agresión gratuita.

En este sentido, en el sentido de que detrás del «estado peligroso» de la homosexualidad o de la venta de productos anticonceptivos (castigada hasta 1978 en el art. 416 CP 1973) o de la comercialización de pornografía de adultos entre adultos (tipificada hasta 1988 por el art. 431 CP 1973) se

⁴ Y más extensamente en su monografía *Grob anstössiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, 2005.

encontraba —y todavía, en menor medida, se encuentra— el *interés* de los católicos «bienpensantes» en no verse heridos en los sentimientos que les ha inculcado su ortodoxia religiosa, no existe inconveniente en afirmar, *descriptivamente*, que tales comportamientos tipificados como delitos o como estados peligrosos lesionaban el interés de un amplio sector de la población en no tener que soportar una conducta que «alteraba», escandalizándola, el equilibrio de sus sentimientos morales. Lo que sucede en estos casos es que *ese «interés» realmente lesionado* por la conducta homosexual ajena o por la pornografía de adultos no es susceptible de ser elevado a la categoría, *positivamente valorada*, de bien jurídico, porque *no puede prevalecer* sobre otro interés preponderante constitucionalmente protegido: el de que cualquier persona tiene derecho a la libertad ideológica, al libre desarrollo de su personalidad y a no ser discriminada por su condición o circunstancias personales (arts. 10.1, 14 y 16 CE), y, en consecuencia, a practicar las conductas sexuales que le parezcan oportunas.

Otra cosa sucede, por ejemplo, con las acciones sexuales cometidas con violencia o intimidación, porque aquí el «interés» del autor en satisfacer su instinto sexual no constituye un «interés digno de protección», es decir: un «bien jurídico» (= interés positivamente valorado), ya que no puede prevalecer sobre el otro interés de la víctima en autodeterminarse sexualmente libre de cualquier clase de coacción.

Con otras palabras: detrás de cualquier tipo penal (también de los ilegítimos) existe un interés que se pretende proteger. Pero interés no equivale a bien jurídico. Todo bien jurídico es un interés, pero no todo interés alcanza la categoría de bien jurídico: este último requiere, además, que, por consistir en un derecho subjetivo de la persona o por cualquier otra razón, incluso la de tratarse de un *sentimiento social legítimo*, sea *valorado positivamente* por el ordenamiento jurídico. Por ello, la homosexualidad entre adultos libremente consentida era un delito ilegítimo, porque no protegía un bien jurídico, aunque sí, ciertamente, el interés de que no se viera alterado el sentimiento —a finales de los años sesenta y principios de los setenta del siglo pasado todavía mayoritario— de las, por así decirlo, «personas bienpensantes». Pero ese interés-sentimiento no podía ser valorado como bien jurídico, porque entraba en colisión con un auténtico bien jurídico constitucionalmente reconocido como es el de que cualquier persona puede practicar libremente con personas libres la opción sexual que le marca su instinto.

Todavía con menos palabras: la homosexualidad tenía que ser suprimida como delito, tal como exigía y exige la teoría del bien jurídico, ya que lo que tutelaba no era un auténtico bien jurídico, sino solo un mero interés que no era digno de protección.

Después de estas consideraciones estamos ya en situación de abordar otro tipo penal: el del maltrato de animales (arts. 337 y 632.2 CP), que, des-

de el punto de vista de la teoría del bien jurídico, presenta problemas de legitimación⁵.

En el presente libro Sternberg-Lieben manifiesta que «la protección de los animales según su grado de proximidad al ser humano que se contiene en los §§17 y 18 de la Ley de Protección de los Animales puede interpretarse como protección de la vida humana o de la integridad física (si bien traspuesta de un modo concedidamente extremo), con el fin de proteger ese bien jurídico personal básico, fundamento del resto de los bienes, incluso bien dentro del ámbito previo (con la brutalidad frente a seres parecidos a los humanos)»; Schünemann que en este hecho punible «el bien jurídico es la exclusión del dolor de toda criatura sensible al mismo», mientras que Roxin mantiene que para justificar el delito de maltrato de animales «uno no tiene que renunciar al principio de protección de bienes jurídicos..., sino que solo tiene que ampliarlo, extendiendo el contrato social del círculo de las personas vivientes a otras criaturas de la creación»⁶.

Por su parte, Hefendehl, en su importante monografía sobre bienes jurídicos colectivos⁷, se pregunta cómo es posible compatibilizar «la prohibición constitucional de la tutela [penal] de la moral general y de la intolerancia frente a los que sienten de otra manera» con el delito de maltrato de animales⁸. Este delito, cuya existencia supone una «excepción absoluta», ya que se trata de un «delito de comportamiento sin bien jurídico»⁹, representa, no obstante, más que una «despedida de la idea del bien jurídico» solo «una cierta relativización»¹⁰. En el supuesto del maltrato de animales

⁵ «Pero donde mejor se ve la diferencia es en el caso de la incriminación del maltrato de animales. Si se establece el principio de que el Derecho penal solo puede servir a la protección de los seres humanos, enseguida se plantean problemas de legitimación que tienen a este concepto antropocéntrico de bien jurídico como trasfondo» (LAGODNY en este libro, p. 128).

⁶ En *ATI*, 4.ª ed., 2006, §2, nm. 55 y 56, Roxin reconoce que la protección jurídico-penal de los animales siempre puso «en apuros» a la teoría del bien jurídico, y que supone «sobrepasar el concepto tradicional de protección de bienes jurídicos». En la 4.ª ed., Roxin ha suprimido la amplia fundamentación que exponía en *ATI*, 3.ª ed., 1997, §2, nm. 21, para justificar este delito: «Un punto neurálgico [para la teoría del bien jurídico] es también el tipo del maltrato de animales [...] que continuamente se presenta como demostración de que también sería legítima una amenaza penal sin lesión del bien jurídico. Uno puede preguntarse, en efecto, cómo “la protección de la vida y del bienestar del animal”, a la que quiere servir, según su propia manifestación, la Ley de Protección de Animales, puede ser útil para la libertad del individuo o para el aseguramiento del sistema social. No obstante, habrá que considerar legítima la punición del maltrato de animales. Pero esto no significa que aquí se proteja una simple concepción moral. Hay que partir, más bien, de que el legislador, en una especie de solidaridad con las criaturas, también considera a las especies superiores de animales como criaturas de la creación, como “hermanos lejanos”, a los que, como tales, protege. En la protección de la convivencia humana se incluye, por consiguiente, si bien con diferente graduación, junto a la vida embrional, también la de los animales superiores. Su sensación de dolor se equipara, hasta un cierto grado, a la del ser humano».

⁷ HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002.

⁸ *Ibid.*, p. 52.

⁹ *Ibid.*, p. 53.

¹⁰ *Ibid.*, p. 54.

el legislador, sin embargo, «no se excede de sus competencias», sino que se está limitando a «penalizar infracciones contra convicciones culturales profundamente arraigadas»¹¹. La despenalización de la homosexualidad se justifica, en cambio, porque se produjo en un momento en el que ya no era «socialmente dominante» el rechazo de ese comportamiento¹².

Como los animales carecen de derechos subjetivos, por mucho que a los domésticos se les considere como a «hermanos lejanos», ello no puede dar lugar, tal como sugiere Roxin, a reconocer como bienes jurídicos la vida y la integridad física de esas otras criaturas de la creación. Como tampoco puede legitimar la existencia del tipo penal del maltrato de animales la argumentación de Hefendehl de que con ello se está protegiendo el sentimiento «socialmente dominante», la «convicción cultural profundamente arraigada» de que no se debe infligir dolor a los irracionales, porque, si esa fuera la fundamentación, entonces, mientras en una sociedad exista el sentimiento ampliamente mayoritario de que la homosexualidad es una conducta condenable, estaría justificado que el Derecho penal prohibiera esa conducta.

La punición de la conducta del maltrato de animales, por consiguiente, no puede encontrar su explicación ni en la vulneración de un derecho de aquellos —porque ese derecho no existe—, ni en el «socialmente dominante» sentimiento de rechazo de esa conducta, porque, en este caso, ello justificaría también la prohibición penal de la homosexualidad si en una determinada sociedad «dominase» también socialmente el repudio de esa orientación sexual.

La sugerencia de que el problema quedaría resuelto si el maltrato de animales pasara de ser un ilícito penal a uno meramente administrativo tampoco soluciona el problema del bien jurídico, ya que la diferencia entre el Derecho penal y el administrativo sancionador no es cualitativa, sino solo cuantitativa¹³, por lo que la sanción administrativa solo está legitimada, igualmente, si la conducta jurídico-administrativamente ilícita lesiona algún bien jurídico.

En mi opinión, y a diferencia de lo que sucede con la homosexualidad o con otras conductas sexuales libremente consentidas, donde el *sentimiento* de escándalo que pueden producir en la sociedad —independientemente de lo extendido y de lo arraigado que pueda estar en esta— no merece protección alguna, porque, como ya he señalado, entra en colisión con los derechos de los actores de la relación sexual constitucionalmente reconocidos en los

¹¹ *Ibid.*, p. 56.

¹² *Ibid.*, p. 57. Véase también ALCÁCER, *op. cit.*, 2003, p. 77: «A mi juicio, dichas regulaciones [como las que consideran delito el maltrato de animales] pierden toda referencia con el concepto de bien jurídico que se mantiene aquí, en especial porque la vinculación con los intereses más esenciales de la persona se diluye».

¹³ Véase, por todos, ROXIN, *AT I*, 2006, §2, nm. 60 ss. y 97 ss.

arts. 10.1, 14 y 16 CE, el sentimiento de malestar que origina el «maltra[to] con ensañamiento e injustificadamente a animales domésticos causándoles la muerte o provocándoles lesiones que produzcan un grave menoscabo físico» (art. 337 CP) es un *sentimiento legítimo* sobre el que no puede prevalecer un *inexistente derecho* del maltratador a desarrollar libremente su personalidad haciendo sufrir a los animales. Y ello es así porque, prescindiendo de otras disposiciones de rango supranacional, nacional o autonómico de protección de animales, el Convenio Europeo sobre protección de los animales vertebrados utilizados con fines experimentales y otros fines científicos, de 18 de mayo de 1986, ratificado por España por Instrumento de 2 de agosto de 1989, y enmendado por el Protocolo de 22 de junio de 1998, igualmente ratificado por España por Instrumento de 30 de octubre de 2003, y que, por consiguiente, forma parte del ordenamiento interno (art. 96.1 CE), consagra la obligación «de respetar a todos los animales [vertebrados vivos no humanos] y de tener en cuenta su capacidad de sufrimiento y memoria».

La *correcta fundamentación* de que diversas conductas sexuales tradicionalmente castigadas en los Códigos Penales debían ser despenalizadas porque el sentimiento de escándalo que podían originar en un sector más o menos amplio de la sociedad no podía ser considerado un bien jurídico, ha originado la confusión de que, igualmente, había que negar esa cualidad de bien jurídico a cualquier otra clase de sentimiento. Pero esa conclusión es equivocada. Aquel sentimiento de escándalo no era un bien jurídico, no porque fuera un sentimiento, sino porque era un sentimiento ilegítimo. En cambio, cuando ese sentimiento es legítimo, como lo es el que se origina en la sociedad como consecuencia de la crueldad que se ejerce sobre los animales, es justamente ese sentimiento el que debe ser considerado el bien jurídico a cuya protección obedecen los arts. 337 y 632.2 CP. Naturalmente que el malestar solo puede surgir cuando el maltrato a los animales es observado por una persona o personas distintas del maltratador; pero la prohibición genérica de la crueldad con los animales —independientemente de si es observada o no por otras personas— tiene su explicación, como cualquier otra amenaza de pena, en la función motivadora de esta, para que, ante el miedo a padecerla, se eviten, en la medida de lo posible, conductas que atentan contra un sentimiento legítimo que, por serlo, merece ser tutelado, como bien jurídico, por el Derecho penal.

Una vez establecida la tesis de que también los sentimientos de la generalidad, cuando son legítimos —y solo 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, paso a examinar, sobre la base de una teoría del bien jurídico en la que hay que incluir también a los sentimientos legítimos, algunos de los delitos polémicos cuya existencia —justificada o no— se discute reiteradamente en diversas contribuciones de este libro.

Por lo que se refiere a la blasfemia, delito que se mantiene en el §166 StGB, y que en España fue suprimido en 1988¹⁴, sigo defendiendo la opinión que ya expresé en 1972: que es un delito «que tiene unos contornos difusos y supone una seria amenaza para una discusión libre, objetiva y sin prejuicios sobre un tema de tan vital interés para todos nosotros como es el de la religión»¹⁵.

La CE establece que «ninguna confesión tendrá carácter estatal» (art. 16.3), y reconoce y protege el derecho «a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción», así como «a la producción y creación [...] científica» (art. 20.1).

El que una persona se decida a profesar una u otra religión, de entre los cientos de las existentes, o a no profesar ninguna, es un hecho trascendental, en cuanto que condiciona, entre otras cosas, su vida, su muerte, los principios por los que ha de regirse su existencia o la educación que quiere dar a sus hijos, y que, por consiguiente, tiene que poder ser objeto de una amplia discusión para que pueda elegir, racionalmente, por cuál opción se decide. Y si una o todas las religiones son calificadas como una simple superstición —por lo general, quien profesa una califica también así a todas las restantes—, entonces habrá que poder extraer, como conclusión de todo ello, que todas —o todas menos una— son una «farsa», sin que puedan esperar respeto alguno los autores de dicha «farsa», se trate de Cristo, de Mahoma, de Buda o de L. Ron Hubbard (el fundador de la cienciaología), quienes no merecen ser mejor tratados que Marx o que Freud, para aquellos que traten de argumentar racionalmente que el marxismo o el psicoanálisis son una mentira que carece de toda base científica, o que cualquier autor ateo, como Bertrand Russell, para quienes piensen que el ateísmo no es más que una despreciable teoría que corrompe a las personas. Las «*Weltanschauungen*» —y la religión es una «*Weltanschauung*» más— tienen que poder ser objeto de crítica sin límite alguno, porque, si son ciertas, merecen el respeto solo de quienes las profesan personalmente, y, si no lo son, entonces se trata de grandes estafas intelectuales y tiene que ser posible que los que alguna vez se sintieron estafados, o tratan de evitar que otros incurran en ese fraude, puedan expresar, si así lo tienen por conveniente, qué miserable opinión les merece cualquiera de las «cosmovisiones» —también de las religiosas a las que acabo de hacer referencia—, sin que el Derecho penal esté autorizado para inmiscuirse en polémicas que están y deben seguir estando abiertas.

¹⁴ El vigente art. 525 no tiene nada que ver con el derogado art. 239 CP 1973, ya que, mientras que este castigaba la «blasfemia» sin más, aquel exige que el «escarnio» de una religión o de una ideología atea se haga con la *finalidad* de «ofender» por la ofensa misma.

¹⁵ GIMBERNAT, *Estudios de Derecho penal* (1972), 3.ª ed., 1990, pp. 112-113.

En este libro von Hirsch mantiene que detrás del §168 StGB —que se corresponde con el art. 526 CP (profanación de cadáveres y sepulturas)—, «aun cuando se dañara el cuerpo del cadáver, no estamos aquí ante un bien jurídico en el sentido mencionado más arriba, dado que un muerto no es una persona que pueda tener derechos frente a terceros (ni por ello una pretensión de incolumidad de “su” cuerpo)», mientras que Sternberg-Lieben sostiene que «la protección de la paz de los difuntos del §168 StGB protege la autodeterminación hasta más allá de la muerte, mediante el establecimiento de un derecho de la personalidad *post-mortem*: el desarrollo de los vivos se vería seriamente afectado si no tuvieran la seguridad de que tras su muerte se hará con su cuerpo lo que ellos previeron y no se someterá a este a ningún trato degradante»¹⁶. Por su parte, Hörnle manifiesta que «la posibilidad de prohibir las conductas indebidas graves contra los muertos también puede fundamentarse sin recurrir al “sentimiento de piedad” de los parientes o de la generalidad», ya que «son los *derechos de los vivos* los que perduran tras su muerte durante un período limitado como derechos supervivientes» (cursiva original).

Si se admite, como se defiende aquí, que también los sentimientos legítimos pueden constituir bienes jurídicos dignos de protección penal, entonces no existe ninguna objeción que oponer a la existencia de tipos como los contenidos en el §168 StGB o en el art. 526 CP, pues el respeto a los muertos es una de las «manifestaciones» de la libertad ideológica (también de la ideología atea) o religiosa a las que se refiere el art. 16.1 CE, por lo que constituye una agresión antijurídica contra esas «manifestaciones» constitucionalmente protegidas la profanación de cadáveres; de ahí que sea el sentimiento de malestar o de indignación que despiertan tales ataques necroprofanadores el bien jurídico tutelado por los referidos tipos.

Mientras que, como ya he señalado, el legislador penal español ha actuado correctamente al suprimir el delito de blasfemia, porque sería un tipo penal que amenazaría las libertades de expresión y de opinión y la creación científica, en cambio ese mismo art. 16.1 CE es el que justifica la existencia de los delitos descritos en los arts. 522 y ss. CP, ya que lo que ahí se prohíbe es la perturbación del desarrollo pacífico de las «manifestaciones» religiosas constitucionalmente garantizadas.

El §130.3 StGB («mentira de Auschwitz»), introducido en 1994, castiga a quien apruebe, niegue o minimice públicamente los delitos más graves cometidos durante el nacionalsocialismo de una manera que pueda perturbar

¹⁶ En parecido sentido ROXIN, *AT I*, 2006, §2, nm. 31: «Sin embargo, resulta un motivo de punición [de la conducta de profanación de cadáveres] de que la persona, también después de su muerte, tiene todavía un derecho al respeto y a un tratamiento digno. La persona se vería menoscabada en su dignidad personal, ya durante su tiempo de vida, si tuviera que contar con que, después de su muerte, su tumba sería profanada o su cadáver sustraído».

la paz pública. Bajo la influencia directa de ese precepto alemán, el legislador español introdujo en el Código Penal de 1995, miméticamente, el art. 607.2 que castiga «la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo [delitos de genocidio]».

Los autores que en el presente libro toman posición frente al §130.3 StGB (Hörnle, Roxin¹⁷) lo hacen en un sentido crítico. Y con razón. La cuestión es, sin embargo, cómo explicar, desde la teoría del bien jurídico, por qué preceptos como el §130.3 StGB o el art. 607.2 CP deberían desaparecer.

El «interés» que tratan de proteger esos artículos es evidente: lo que persiguen es evitar «el sentimiento de escándalo» que pueden provocar en la generalidad libros en los que, por ejemplo, se niegue que durante el régimen nacionalsocialista se exterminaron a millones de judíos. Pero, con ello, el Derecho penal se entromete nada menos que en la ciencia histórica y pretende imponerle a esta qué es lo que debe y qué es lo que no debe decir, lo que supone un atentado contra la libertad de expresión constitucionalmente protegida. Naturalmente que está más que acreditada la existencia de campos de concentración en los que se ejecutó el genocidio nazi. Pero pretender criminalizar a quienes con pseudoargumentos se aparten de esa verdad histórica es ilegítimo, ya que el «interés» en no sentirse escandalizado por quienes niegan lo evidente no puede alcanzar el rango de «bien jurídico», puesto que la Constitución ampara las libertades de expresión y de opinión sin más, no solo las de quienes «aciertan» cuando la ejercen, sino también las de aquellos que se «equivocan» al hacerlo.

Todos los delitos de los que me acabo de ocupar, y muchos otros, como, por ejemplo, la inducción y el auxilio al suicidio, la tenencia de drogas para el consumo (castigada en la mayoría de los países) o los que supuestamente protegen bienes jurídicos colectivos, son estudiados en este libro, sobre la base de la teoría del bien jurídico, por los mayores especialistas en el tema —partidarios o no de dicha teoría—, con unas contribuciones que han sido escrupulosamente traducidas del alemán al castellano.

La teoría del bien jurídico, tanto desde el punto de vista teórico de cuál podría ser la finalidad del Derecho penal, como desde el práctico de política legislativa de cuáles son las conductas que puede legítimamente prohibir un

¹⁷ Así, Roxin se pronuncia de la siguiente manera: «La negación total o parcial de hechos históricos que no supone una aprobación del delito no perjudica la vida en común de las personas vivas, sobre todo porque estos hechos se han probado y su realidad histórica es generalmente reconocida. El auténtico sentido del precepto es mostrar que hoy en día Alemania es un Estado purificado que no silencia u oculta los delitos de la época de Hitler. Tal finalidad es digna de encomio. Sin embargo, su persecución no sirve a la protección de bienes jurídicos, y por este motivo es ilegítimo usar el Derecho penal para su obtención».

Enrique Gimbernat Ordeig

Código Penal, es, desde hace más de un siglo, una de las cuestiones nucleares de esta rama del ordenamiento jurídico. Confío, por ello, en que este libro alcance entre nosotros el merecido éxito que ha obtenido ya en los países de lengua alemana*.

Madrid, diciembre de 2006

* La [primera] edición española de este libro se enmarca dentro del Proyecto I+D del Ministerio de Ciencia y Tecnología BJU 2003-06687, proyecto del cual soy el investigador principal.

PRÓLOGO*

Roland HEFENDEHL, Andrew VON HIRSCH
y Wolfgang WOHLERS

En invierno de 2000 Andrew von Hirsch dio una conferencia con el título «El concepto de bien jurídico y el *Harm Principle*» en la Facultad de Derecho de Dresde. En la discusión posterior, entre otras personas, tomaron la palabra los cuatro penalistas de tal Universidad: Knut Amelung, Detlev Sternberg-Lieben, Wolfgang Wohlers (ahora en Zúrich) y Roland Hefendehl **. Todos ellos se habían ocupado intensamente del tema del concepto de bien jurídico y la estructura del delito (sería por tanto exagerado decir que el tema de la conferencia fue casual), y en parte se alegraron y en parte mostraron su «preocupación» porque fuera un representante de la cultura jurídica anglosajona quien volviera a insuflar vida a la doctrina del bien jurídico.

En un encuentro posterior entre Andrew von Hirsch, Wolfgang Wohlers y Roland Hefendehl surgió la idea de reintensificar la discusión en unas jornadas con un círculo reducido de asistentes, ya que, prescindiendo de las diferencias de detalle, estábamos y estamos de acuerdo en que la reflexión en torno al bien jurídico constituye ahora como antes uno de los pilares irrenunciables del sistema jurídico-penal, al menos cuando esta discusión se pone en relación con la de las estructuras típicas.

Después de que en una tríada de artículos aparecida en el *Goltdammer's Archiv* (GA 2002, pp. 2-28) se hiciera un balance provisional y se apuntara la posible necesidad de discusión, los editores de este volumen convirtieron su propósito en un encuentro con un grupo internacional de científicas y científicos, algunos jóvenes y otros con una larga experiencia, que tuvo lugar en Moritzburg, a las puertas de Dresde, en abril de 2002. El tema general fue estructurado por los bloques temáticos de las tres sesiones, «La teoría del bien jurídico y el *Harm Principle*», «La teoría del bien jurídico y los

* Traducido por Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno.

** *N. del T.*: ahora en Friburgo.

problemas de imputación» y «¿Criminalización más allá del concepto de bien jurídico?». Tras cada una de las breves ponencias se producían intensas discusiones que fueron cuidadosamente seguidas y recogidas en actas por asistentes de las Universidades de Dresde y Zúrich. Dichas actas se reproducen en este volumen y deberían ofrecer a las lectoras y lectores una sintética visión de conjunto sobre los principales temas de discusión en las jornadas.

En vista de los resultados de las jornadas, para la presente publicación, que se vio muy favorecida por la disposición y el interés de la editorial Nomos, hemos decidido refinar y ampliar la mencionada estructura. Ello ha sido posible porque el volumen no solo contiene las ponencias y conferencias sustancialmente ampliadas, sino otras cuatro contribuciones directamente inspiradas por las jornadas y el artículo de Wolfgang Frisch, quien lamentablemente no pudo estar en Moritzburg.

En un primer bloque, a través de las contribuciones de Andrew von Hirsch, Michael Kahlo y Gerhard Seher se analiza de nuevo el tema nuclear de las jornadas, la relación entre la teoría del bien jurídico y el *Harm Principle*. En el segundo, Winfried Hassemer, Detlev Sternberg-Lieben, Otto Lagodny, Martin Böse y Michael Bunzel se ocupan del difícil a la vez que fundamental estudio de la relevancia del Derecho constitucional en la resolución de cuestiones de legitimidad penal. De otro extremo central se ocupan Roland Hefendehl, Bernd Schünemann, Knut Amelung y Karsten Gae-de, quienes, sin cuestionar la vinculación de la teoría del bien jurídico con el Derecho constitucional, resaltan su valor autónomo. Un cuarto bloque, que recoge la contribución conjunta de Andrew von Hirsch y Wolfgang Wohlers, así como las de Wolfgang Frisch, Petra Wittig y Johanna Schulenburg, tiene como objetivo principal complementar la teoría del bien jurídico con reflexiones sobre la imputación. Finalmente, el quinto bloque se compone de las contribuciones de Günther Stratenwerth, Kurt Seelmann y Tatjana Hörnle, quienes relativizan la reflexión en torno a los bienes jurídicos y de modo complementario apuntan modelos de legitimación alternativos. Los epílogos de Wolfgang Wohlers y Roland Hefendehl no son muestra de insalvables discordancias valorativas, sino del respeto a las distintas apreciaciones que a pesar de compartir techo aparecen en este libro.

La preparación y el desarrollo de las jornadas y la elaboración del manuscrito de este volumen han dado ocasión a que los editores puedan expresar su sincero agradecimiento a una pluralidad de personas. Con su apoyo a todo el proyecto hasta la publicación de esta obra, el Center for Penal Theory and Penal Ethics de Cambridge, dirigido por Andrew von Hirsch, ha demostrado ser un promotor del progreso científico. La editorial Nomos estuvo desde un primer momento receptiva y dispuesta a ayudar en la publicación de los resultados. La preparación y organización de las jornadas recayó en lo esencial en manos del equipo de la cátedra de Derecho penal de la Universidad de Dresde, magníficamente dirigido por Beate Hensel. En

opinión de los anfitriones, su objetivo —minuciosamente perseguido— de proporcionar a los participantes en las jornadas un marco adecuado en todos los sentidos fue admirablemente cumplido. En la preparación del manuscrito de este volumen Tilo Mühlbauer, de Zúrich, se hizo acreedor de una mención especial.

Dresde, Cambridge y Zúrich, enero de 2003

ABREVIATURAS

§, §§	parágrafo, párrafos
ABIEG	<i>Amtsblatt der EG (Boletín Oficial de las Comunidades Europeas)</i>
AE	Alternativentwurf Eines Strafgesetzbuches (Proyecto alternativo de Código Penal alemán)
AöR	Archiv für öffentliches Recht
art., arts.	artículo, artículos
ARSP	<i>Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie</i>
AT	<i>Allgemeiner Teil</i> (Parte general)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht (Tribunal Superior de Baviera)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán)
BGBL	<i>Bundesgesetzblatt (Boletín oficial del Estado alemán)</i>
BGE	Entscheidungen des Schweizer Bundesgerichts (colección de resoluciones del BGer)
BGer	Schweizerisches Bundesgericht (Tribunal Supremo federal suizo)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo federal alemán)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (colección de resoluciones en asuntos penales del BGH)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (colección de resoluciones en asuntos civiles del BGH)
BJagdG	Bundesjagdgesetz (Ley federal de caza)
BR-Dr.	<i>Bundesratsdrucksache (Boletín oficial del Bundesrat)</i>
BT	Besonderer Teil (Parte especial)
BT-Dr.	<i>Bundestagsdrucksache (Boletín oficial del Bundestag)</i>
BtmG	Betäubungsmittelgesetz (Ley de estupefacientes)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional alemán)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (colección de resoluciones del BVerfG)
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Ley del Tribunal Constitucional alemán)
cfr.	confróntese
DJ	Deutsche Justiz
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
ed.	edición
ed./eds.	editor/editores

Abreviaturas

EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (Tribunal Europeo de Derechos Humanos)
ESchG	Embryonenschutzgesetz (Ley de protección del embrión)
EuHbG	Europäisches Haftbbefehlsgesetz (Ley de la orden de detención europea)
etc.	etcétera
FG	Festgabe (libro homenaje)
FS	Festschrift (libro homenaje)
GA	<i>Goldammer's Archiv für Strafrecht</i>
GG	Grundgesetz (Ley Fundamental)
GS	Gedächtnisschrift (libro en memoria)
<i>id.</i>	<i>idem</i> (lat.) el mismo, lo mismo
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> (lat.) allí mismo, en el mismo lugar
IRG	Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Ley sobre cooperación internacional en materia penal)
JA	<i>Juristische Arbeitsblätter</i>
JR	<i>Juristische Rundschau</i>
JuS	Juristische Schulung
JZ	<i>Juristenzeitung</i>
KJ	Kritische Justiz
KK	Kölner Kommentar
<i>KritV</i>	<i>Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft</i>
KWKG	Kriegswaffenkontrollgesetz (Ley de control de armas de guerra)
LK	Leipziger Kommentar
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MschrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NArchCrim	Archiv des Kriminalrechts
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	<i>Nomos-Kommentar</i>
nm.	número marginal
núm., núms.	número, números
<i>NStZ</i>	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i>
<i>NuR</i>	<i>Zeitschrift für Natur- und Umweltrecht</i>
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal Superior del Estado Federado)
<i>op. cit.</i>	obra citada
p., pp.	página, páginas
p. ej.	por ejemplo
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (colección de resoluciones penales del RG)
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz (Ley de responsabilidad por el producto)
<i>SchlHA</i>	<i>Schleswig-Holsteinische Anzeigen</i>
<i>scil.</i>	<i>scilicet</i> (lat.): es decir, referido a
SK	Systematischer Kommentar
s., ss.	siguiente, siguientes

StGB	Strafgesetzbuch (Código penal alemán)
StRG	Strafrechtsreformgesetz (Ley de reforma del Código penal)
StV	Strafverteidiger
StVG	Straßenverkehrsgesetz (Ley de tráfico)
t.	tomo
TierSchG	Tierschutzgesetz
véase	<i>videtur</i> (lat.): véase
vol.	volumen
WaffG	Waffengesetz (Ley de armas)
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WuV	Wirtschaft und Verwaltung, Vierteljahresbeilage zum Gewerbearchiv
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZRP	<i>Zeitschrift für Rechtspolitik</i>
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>

