

Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal

JOAQUIN CUELLO

Profesor interino. Universidad de Extremadura (Cáceres)

I

1. En la actualidad, se entiende que el Derecho penal tiene encomendada la tarea de proteger la coexistencia en sociedad según las directrices de la Constitución. Finalidad del Derecho penal, por tanto, no será la de indicar a los ciudadanos, conforme a un orden ético determinado, cómo ha de dirigir su conducta sino sólo garantizar la seguridad al objeto de que aquéllos puedan desarrollarse individual y socialmente según su propia libertad y responsabilidad (1). Función del Derecho penal es luchar contra comportamientos socialmente dañosos.

Para Welzel, sin embargo, el Estado debe fomentar mediante el Derecho penal los *elementales valores ético-sociales de acción* y, a través de ellos, proteger los Bienes jurídicos subyacentes (2). A Welzel se le ha objetado que el orden es el inverso, primero se protegen los Bienes jurídicos y a continuación se prohíben los comportamientos que pueden determinar su lesión; pues, de seguir aquella ordenación, se correría el peligro de castigar comportamientos que en ningún caso pueden producir lesión o peligro de Bienes jurídicos: si el Estado cayera en la tentación de prohibir conductas con la única finalidad de impulsar al ciudadano a

(1) Así, claramente, H. J. RUDOLPHI, en RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER, *Systematischer Kommentar zum StGB (SK)*, Band 1, A. T., 2.^a ed., Frankfurt 1977, pg. 1. Cfr., ya con anterioridad, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, en Festschrift für Richard Honig, Göttingen 1970, pgs. 151-167.

(2) Hans WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., Berlín 1969, pg. 4. Cfr. también la exposición de José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, P. G., I, Introducción, Madrid, pgs. 12-13.

guardar fidelidad a sus mandatos *qua* mandatos o, simplemente, para ejercitarlos en el atemorizar característico de la prevención general (3).

En cualquier caso, el Estado no pretende la intangibilidad de los Bienes jurídicos (si así fuere, y quisiese evitar a toda costa peligros para la vida e integridad de las personas, prohibiría la circulación automovilista (con la consiguiente paralización de la vida), sino más bien que los ciudadanos se comporten de tal manera que la eventual lesión del Bien jurídico no tenga su origen en el querer deliberado del hombre (comportamiento doloso) o en la falta de cuidado debido para evitarla (comportamiento imprudente). El Estado sabe que la necesidad social del tráfico va a producir muchos accidentes al año, y pese a ello no va a prescindir del mismo —por su utilidad—. Lo que sí puede hacer es tomar medidas para reducirlos al mínimo; entre éstas estará una buena señalización, limitaciones de velocidad, etc.— en tanto que el Derecho penal sancionará conductas humanas culpables que pongan en peligro o lesionen la vida, integridad y seguridad de los demás participantes en el tráfico. En suma, *tarea del Derecho penal es evitar determinados comportamientos humanos lesivos para los Bienes jurídicos.*

Una vez retrotraído el concepto de Bien jurídico protegido en Derecho penal a la Constitución, falta por precisar su contenido y, sobre todo, su *determinación*; o sea, con qué criterios podemos dar por correcto que los Bienes jurídicos que hoy protege nuestro Código penal son acreedores de tal protección. Y, lo que es más importante, en una sociedad como la nuestra —abierta al futuro como no lo ha estado nunca—, ¿de qué criterios disponemos para saber con certeza qué nuevos Bienes jurídicos debemos llevar al Código penal?

Pese a ser el concepto de Bien jurídico de gran tradición en Derecho penal, ha adolecido siempre de una considerable imprecisión teórica en cuanto a la determinación de sus perfiles. Estudios sobre la evolución histórica del concepto y la revisión del Derecho penal sexual ante la Reforma penal en Alemania (4), determinaron un renacer del interés por el tema en los primeros años setenta, lo que ha dado lugar a una interesante discusión y, sobre todo, a la constatación de que todavía presenta muchas facetas oscuras. El entusiasmo con que muchos autores han acogido

(3) RUDOLPHI, SK, pg. 2.

(4) Al trabajo pionero de Herbert JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart 1957, siguieron los de Peter SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"*, Basel 1962; Ernst-Walter HANACK, *Zur Revision des Sexualstrafrechts in der BRD*, Reinbeck 1968; Michael MARX, *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut"*, Köln 1972; Knut AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972; Winfried HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt 1973; Miguel POLAINO NAVARRETE, *El Bien jurídico en el Derecho penal*, Sevilla 1974.

algunos resultados de las recientes aportaciones al tema es bastante infundado —como veremos.

Para la doctrina penal actual, la importancia del Bien jurídico presenta una doble faceta: una, que afecta a su utilidad para la interpretación de los tipos penales (*interpretación teleológica*) (5); y otra, referida a los criterios y límites con que el legislador puede crear nuevos tipos penales —o hacer desaparecer los ya existentes (6).

A simple vista, puede observarse cómo los estudios llevados a cabo sobre el Bien jurídico han ido encaminados más bien a determinar los límites que el legislador debe respetar para crear nuevos delitos que a aportar criterios que ayuden a aquél a encontrar la formulación de los *juicios de valor* que subyacen a la creación de nuevos tipos delictivos (7). En este terreno, ha ocurrido algo muy parecido a lo que sucede con el problema de la *validez del Derecho*: la doctrina no ha sabido o no ha podido proporcionar al legislador criterios concretos que garanticen la aceptación de la nueva norma recién creada por sus destinatarios por ser, tener que ser necesariamente, *correcta* (8).

2. Para Rudolphi, y con él para un amplio sector de la doctrina penal actual, consistiendo el Bien jurídico en un *juicio de valor del ordenamiento jurídico positivo*, su concreción ha de tener en cuenta las siguientes condiciones: 1.^a Que legislador no es libre en su decisión de elevar a la categoría de Bien jurídico cualquier juicio de valor, estando vinculado a las metas que para el Derecho penal se deducen de la Constitución. 2.^a Que con lo anterior sólo se ha señalado el punto de vista valorativo con que determinar el contenido material del Bien jurídico, quedando todavía por desarrollar las condiciones y funciones en que se basa esta sociedad dentro del marco constitucional. 3.^a Que un tipo penal posea un Bien jurídico claramente definido, no significa ya su legitimación; es necesario que, además, sólo sea protegido frente a acciones que puedan lesionarlo o ponerlo en peligro realmente (9).

De la vaguedad de los dos últimos puntos de vista acabados de exponer pueden dar cuenta las siguientes consideraciones: 1.^a Pese

(5) Así el ya clásico *Tratado de Derecho penal* de Edmundo MEZGER, tomo I (trad. J. A. Rodríguez Muñoz), Madrid 1935, pgs. 145 ss. y 396 ss.

(6) Es éste el problema que ha hecho posible la amplia bibliografía sobre el Bien jurídico en los últimos tiempos; sin embargo, el Bien jurídico como criterio de interpretación teleológica ha pasado a un segundo plano, lo que puede postularse en líneas generales de todos los autores citados en la nota 4.

(7) Sintomático de lo que decimos es que Santiago MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona 1967, pgs. 128-140, estudia el Bien jurídico como "límite del Derecho penal subjetivo".

(8) Cfr. Gerhard DORNSEIFER, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merckels. Ein Beitrag zum Realismus in der Jurisprudenz*, Berlín 1979, pgs. 74-81.

(9) RUDOLPHI, *SK*, pgs. 2-5.

al esfuerzo realizado por la doctrina para reducir el ámbito de lo prohibido a lo socialmente dañoso —excluyéndose consideraciones éticas o trascendentales—, no han logrado desterrarse de los Códigos penales más progresivos de una serie de figuras delictivas que manifiestan una dañosidad social más que dudosa (maltrato de animales, injurias a los difuntos, escándalo público, ultrajes a los símbolos del Estado, incesto, etc.) —sin que el problema se resuelva tratando de convertir la cuestión valorativa implícita en una puramente sociológica, como ha sostenido Amelung (10). Entonces, ¿no habrá que colegir, mejor, que si conductas como la homosexualidad o el yacimiento entre prometidos y otras prácticas sexuales han desaparecido de los Códigos penales no ha sido porque éstos no deban prohibir comportamientos morales irrelevantes socialmente, sino simplemente porque han cambiado las convicciones morales de la sociedad? 2.^a Si los criterios con que aprehender el contenido del Bien jurídico son el daño social y la proximidad de la lesión o peligro del Bien jurídico, resultará muy fácil burlar esta última exigencia, importante por lo demás, creando un nuevo Bien jurídico más abstracto que sí pueda ser lesionado o puesto en peligro. Ejemplos de este último problema se repiten con frecuencia en la actualidad. Un caso característico es la protección del *medio ambiente*. Si por Bien jurídico de las conductas que se quieren castigar bajo este título entendemos la vida e integridad de las personas (la contaminación puede matar), algunos tipos quedarán a mucha distancia de la efectiva lesión o puesta en peligro —con lo que la legitimidad tendría que ser puesta en duda; cuestión distinta, sin embargo, es que se considere como Bien jurídico autónomo al propio «medio ambiente» (árboles, aguas, animales, etc.). El problema, entonces, se elude; la exigencia constitucional resulta burlada.

3. Rudolphi ha sintetizado diez años de elaboración del concepto Bien jurídico —mejor: límites del Derecho penal como medio de protección de Bienes jurídicos (12). A esta finalidad ha elaborado la doctrina los siguientes principios: 1.^o *Principio de la adecuación de los medios*, en virtud del cual la norma penal debe servir para evitar lesiones del Bien jurídico en el futuro. 2.^o *Principio del medio relativamente más suave* de entre los adecuados para la finalidad de protección. 3.^o *Principio de la subsidiariedad del Derecho penal*, en virtud del cual la pena aparece como «última ratio» cuando los medios de otras ramas del Derecho han resultado ineficaces. 4.^o *Principio del interés preponderante*: Si la finalidad perseguida con la punición lesiona otros intereses más importantes que el protegido, debe renunciarse a la misma.

No cabe duda de que los recientes intentos de volver a definir

(10) AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, pg. 346.

(11) Así, Armin KAUFMANN, *Juristenzeitung* 1973, pgs. 143-144.

(12) RUDOLPHI, *SK*, pg. 6.

el concepto de Bien jurídico responden a una necesidad social sentida por los penalistas de adecuar sus categorías al momento histórico actual. Ya el mismo lenguaje lo denota; no se trata de proteger con el Derecho penal valores trascendentales sino de garantizar las mínimas condiciones de convivencia. A esta misma finalidad responde también la tendencia a limitar la potestad punitiva del Estado. Ahora bien, hay que reconocer que un simple cambio de nomenclatura no resuelve el problema fundamental que nos ocupa: ¿De qué criterios disponemos para decidir si un determinado interés ha de ser elevado o desposeído de la cualidad de Bien jurídico?

Las fórmulas limitadoras del Derecho penal, por otra parte, son simples criterios heurísticos que no prejuzgan definitivamente una solución u otra. Porque, por ejemplo, conforme al principio del interés preponderante, ¿hasta qué punto está dispuesta la sociedad a renunciar a la protección de un Bien jurídico tenido por necesitado de ella, por el hecho de los efectos negativos que pueden seguirse de la punición para el autor? La argumentación del interés preponderante se ha esgrimido para la despenalización del aborto; pero, ¿no será más realista entender que detrás de ello se encuentra una distinta valoración de la expectativa de vida frente a otros Bienes que eventualmente pueden entrar en conflicto con ella? Si es así, la despenalización del aborto no se basará en dicho criterio del interés preponderante o, dicho de otra forma, que su punición implique más daño que utilidad (13). Al contrario, seguiremos estando ante el difícil problema de decidir entre distintas valoraciones para lo que criterios como los elaborados y expuestos con anterioridad no nos ofrecen una respuesta.

4. El problema que nos ocupa ha sido claramente expuesto por Stratenwerth en la segunda edición de su *Parte general* del Derecho penal (14). Mientras que hasta ahora los penalistas se habían conformado con la remisión a la *Ética social*, los elementales valores ético-sociales de acción (Welzel) o las convicciones culturales de la sociedad (Maurach); ahora, aunque el concepto ético-social de delito siga siendo un elemento crítico del Derecho vigente, sin embargo no debe ser la última instancia en la defini-

(13) Gerardo LANDROVE, *Política criminal del aborto*, Barcelona 1976 (recientemente, Estudios jurídicos en honor del Prof. A. Martínez Bernal, Murcia 1980, pgs. 327-352), riguroso y exhaustivo expositor de la polémica en torno a la desincriminación del aborto, omite, con la mayoría de los autores que se han ocupado del tema desde posiciones proabortistas, la referencia al conflicto de bienes jurídicos en juego (implícita, por supuesto, en el planteamiento sociológico que preside toda esta discusión). Tan sólo Günther BEMMANN, *Zur Frage der Strafwürdigkeit der Abtreibung*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 1971 (83), pgs. 81-104, ha sostenido una posición proabortista desde posiciones valorativas. Cfr. *infra*.

(14) Günter STRATENWERTH, *Strafrecht*, A. T. I, 2.^a ed., Köln 1976, pgs. 14-18.

ción del comportamiento delictivo. Pero, ¿cuál será entonces esa última instancia que nos dé la clave de lo merecedor de punición?

A juicio de Stratenwerth, son dos las aportaciones realizadas para controlar *racionalmente* qué deba ser *objeto* del Derecho penal: la teoría del Bien jurídico, introducida por Birnbaum en 1834, que se desarrolla durante todo el siglo XIX y experimenta un nuevo renacer a partir de los años sesenta y setenta de nuestra centuria; y las modernas teorías críticas de la sociedad y de los sistemas sociales. Mientras que la teoría del Bien jurídico tiene que fracasar en un momento como el actual —cuando es imposible configurar un orden universalmente válido de donde deducir una teoría del Bien jurídico—, las teorías crítica y de los sistemas —que aciertan en intentar configurar las condiciones de vida comunitaria y la posibilidad de su seguridad mediante normas penales al margen de la teoría del Bien jurídico— se quedan muy lejos de presentar «recetas» concretas para la finalidad perseguida.

En contra del parecer de Stratenwerth, Habermas —desde el seno de la *Teoría crítica de la sociedad*—, en un trabajo donde se pregunta por la posibilidad de que sociedades complejas como la nuestra puedan formar una propia *identidad social* (15), ha proporcionado —a mi entender— una serie de criterios que ciertamente no van a liberar al legislador de tener que *decidir* qué quiere proteger penalmente, pero que efectivamente pueden ser útiles para delimitar un marco más o menos restringido de decisión necesariamente libre.

II

Una sociedad manifiesta su *identidad* de una forma peculiar: *rindiendo* si no la ha perdido (16). Hablar de *identidad racional* implica un contenido normativo: una sociedad puede perder su propia identidad. Según Hegel, recuerda Habermas, es *falsa* la identidad de una sociedad si la unidad del continuo vital de cada uno de los momentos que la componen sólo puede mantenerse por medio de la violencia. Pero, ¿podemos hablar hoy en día de *identidad social* en este sentido?

Para clarificar el concepto de *identidad social*, se ha servido Habermas del desarrollo del *yo* elaborado por la Psicología para explicar la formación de la personalidad y de las fases de la *evolución social* estudiadas por la Antropología y Sociología contemporáneas.

En Psicología sólo puede hablarse de identidad si el individuo ha tomado conciencia de su *yo*. «La identidad no es simplemente

(15) Jürgen HABERMAS, *Können komplexe Gesellschaften eine vernünftige Identität ausbilden?*, en "Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus", Frankfurt 1976, pgs. 92-126.

(16) HABERMAS, *Vernünftige Identität*, pg. 92.

atribuida» (17). Existe identidad del yo cuando la persona posee una capacidad subjetiva conforme a la cual aquélla permanece idéntica a sí misma pese a un eventual cambio profundo de la estructura de su personalidad —cuando ha de responder a situaciones contradictorias—. Los elementos de dicha autoidentificación, además, han de ser intersubjetivamente aceptados; «el autodiferenciarse de los demás debe ser reconocidos por éstos» (18). Este proceso tiene lugar en el seno del grupo. La autoridad del adulto se distingue de la del niño y el adolescente en su capacidad de construir nuevas identidades integrando a su vez las superadas por él, y de esa forma organizar sus interacciones en una historia vital inalterable. Es precisamente tal identidad la que posibilita su autonomía e individualidad.

En la identidad del yo se expresa ya la relación que une al individuo con otros individuos como sus iguales y a la vez le diferencia de los demás. Habermas ha caracterizado así su formación: «Sólo una moral universal que genere normas generales (e intereses también generalizables) podrá ser defendida con buenas razones como racional; y sólo el concepto *identidad del yo* —que asegure la libertad e individualidad de cada uno en nuestro complejo sistema de roles— podrá proporcionar hoy una orientación aceptable para los procesos educativos» (19).

Modernas investigaciones de Antropología y Sociología han permitido detectar los estadios de la formación histórica de identidad del yo y del grupo. En las *sociedades arcaicas*, estructuradas según el parentesco y la descendencia, la visión mítica del mundo supone una antropomorfización de la naturaleza que corre pareja con la naturalización de la vida colectiva a través de la magia, en donde todo está relacionado y tiene su lugar adecuado; por eso, en esta etapa de la historia de la Humanidad no pueden surgir problemas de identidad al no existir una «diferenciación entre lo particular, lo singular y lo general» (20).

En cambio, las *antiguas culturas desarrolladas*, al disponer de estados, monarquías y ciudades que requerían organización política, van a necesitar una justificación, que buscan en interpretaciones religiosas y rituales. De esta manera, los dioses de las religiones politeístas toman forma humana, es decir, actúan arbitrariamente, disponen sobre determinados ámbitos de la vida y sucumben ante la necesidad del destino. Es en esta fase cuando comienza una tímida desacralización de la naturaleza y una independencia formal de las instituciones políticas frente al orden cósmico —con la consiguiente necesidad de interpretar la «casualidad»—. En consecuencia, surgen nuevas formas de relación entre el hombre y la divinidad de las que aquél emerge ordenando las

(17) HABERMAS, *Vernünftige Identität*, pgs. 92-93.

(18) HABERMAS, *Vernünftige Identität*, pg. 93.

(19) HABERMAS, *Vernünftige Identität*, pg. 96.

(20) HABERMAS, *Vernünftige Identität*, pg. 98.

fuerzas de la naturaleza y desarrollando una identidad. La comunidad concreta aparece como lo especial dentro del orden cósmico y se diferencia —de otra parte— del individuo particular, evitándose así que aquella identidad centrada en el mundo político pudiese ser perturbada (21). Son las grandes religiones del mundo, especialmente el Cristianismo, las que crean la primera pretensión de validez universal —de tal manera que Dios permite la formación de una identidad del yo al margen de toda norma o rol. Este yo, concebido como ser completo individual con un alma inmortal, abre paso por primera vez en la historia de la Humanidad a la idea de libertad (Hegel, *Enzyklopädie*, § 482).

Ciertamente, las *antiguas culturas desarrolladas* están constituidas por sociedades con grandes desigualdades de poder y de riqueza; por eso, necesitaban instancias que armonizaran la pretensión de universalidad que representa la comunidad de fieles a la que todos los hombres pueden pertenecer con el orden político existente y sus grandes desigualdades, lo que será tarea de las *ideologías* —que «deben compensar la desigualdad estructural entre la *identidad colectiva* de un estado concreto y la *identidad yo* exigida en el marco de la comunidad universal»— (22). La conciencia de este grave problema de identidad sólo surge con la *modernidad*, porque hasta entonces las interpretaciones religiosas cumplían una finalidad integradora, existía el señuelo de convertir a los no creyentes a la religión verdadera y, sobre todo, la teoría de los dos reinos permitió en Occidente una tensa coalición entre la Iglesia y el poder temporal; factores todos que representaron un muro de contención al problema. Con el surgir de la *modernidad*, sin embargo, todos estos mecanismos se desmoronaron. Al final sólo queda el núcleo de una moral universal. Y, como consecuencia, la necesaria dualidad existente todavía entre la identidad del yo —orientada a estructuras universales— y la identidad colectiva representada por el pueblo o el estado.

Son estas consideraciones —el hombre se ha independizado de la naturaleza exterior, de la sociedad y de su propia naturaleza interior— las que hacen de la sociedad moderna un Estado constitucional soberano que ha encontrado su *identidad racional*. Función de la Filosofía práctica —del Derecho en nuestro caso— será entonces entender a esta identidad como una identidad fundada en la razón de los hombres libres. Habermas, sin embargo, ha aludido a los «males» que aquejan al hombre de hoy y pueden hacer aparecer como un sinsentido el presupuesto de libertad acabado de exponer: 1) Que el estado real dista mucho de ese estado constitucional descrito. 2) Que el estado no es soberano en la comunidad de naciones. 3) Que hoy por hoy es inviable una identidad dentro de la sociedad mundial. 4) Que en los últimos ciento cincuenta años, dos colectividades —la nación y el partido— han sido

(21) HABERMAS, *Vernünftige Identität*, pg. 99.

(22) HABERMAS, *Vernünftige Identität*, pg. 100.

capaces de crear la *identidad social* que no ha logrado alcanzar el Estado constitucional.

Habermas (23) se ha preguntado si ello es suficiente para «tirar por la borda» la aportación hegeliana, para concluir que si bien el modelo no sigue vigente sí lo está la pretensión de una nueva identidad que tenga validez para sociedades *complejas* y estructuras del yo *universalistas* como las actuales. Los puntos de vista conforme a los cuales proceder a su elaboración son muy ilustrativos para la política criminal del Bien jurídico protegido que aquí queremos esbozar. La *identidad universalista* propuesta puede ser caracterizada en tres grandes planos —referidos siempre a las complejas sociedades actuales.

1. La identidad colectiva se basa en la reflexión sobre la igualdad de oportunidades para todos los que participan en el proceso de comunicación social democrático en cuyo seno la formación de la propia identidad se entiende como continuo proceso de aprendizaje. Dicho proceso de comunicación adopta la forma de un discurso preciso, institucionalizado, arquetipo de lo cual es el mundo del Derecho; mientras que la realidad no lo es tal, introduciendo un momento de movilidad. Esa realidad «subcutánea» se resiste cada vez más al encorsetamiento conforme a moldes institucionalizados y aspira a influir directamente la praxis vital. Un ejemplo de esta tendencia puede constituirlo el Arte moderno; pero también la consideración de la enfermedad mental como fenómeno no patológico y del delito como categoría no moral. Y, sobre todo, la desestatalización de la política. En definitiva, de lo que se trata es de «descodificar» cada vez más sectores de realización personal del individuo. En lugar de reglamentación, comunicación.

2. Esta identidad post-convencional va acompañada de una moral también universalista, no formalizada, acuñada según la norma fundamental de comunicación racional. Tal identidad ciertamente no necesita de un contenido fijo, pero sí de un contenido. El contenido puede ser el mismo tradicional, distinguiéndose sin embargo por su *capacidad de ser revisado continuamente*. La revisión se lleva a cabo mediante la interpretación y reconstrucción filosófica, reflexiva, de la tradición, y mediante la interpretación global de las grandes ideas sobre la esencia del hombre: lucha de clases, evolución humana, inconsciente; pero también los Derechos humanos. Aquí se insertan las teorías criticadas por Stratenwerth. Ciertamente son interpretaciones globales que no permiten deducir un orden racional infalible, pero pueden servir para *detectar la formación de una identidad falsa*, de repercusiones —como se ha visto en la historia de la Humanidad— siempre dolorosas. El hom-

(23) HABERMAS, *Vernünftige Identität*, pgs. 106-111 y 115-121.

bre, en este contexto, aparece situado con un pie en la tradición y con el otro en el vacío representado por el futuro.

3. Precisamente a la hora de planificar, se ponen de relieve las limitaciones del sistema. Si todo, entonces, tuviera que partir de cero, sería imposible formar y mantener una *identidad social*. Habermas ha puesto de relieve lo difícil que es llegar al convencimiento de que lo planificado responde a la identidad ya formada, pero no ha renunciado a plantearse esta cuestión (23). Por ejemplo, los planes de estudio no pueden reducirse hoy a reproducir tradiciones, pues también hay que enseñar que todo podría ser de otra manera. Por tanto, el momento de seguridad buscado lo proporcionará la propia reflexión sobre qué debe ser modificado y qué no. Entonces, la aceptación de lo no modificado no estará basada en una transmisión acrítica sino en una revisión racional. En esa revisión no sólo deben tomar parte los burócratas de la planificación sino también padres, profesores, alumnos y otras instancias no formales. En definitiva, la argumentación actuará como «filtro» de la tradición. El cambio, de producirse, a su vez, no puede operarse ni burocrática ni violentamente, sino a través de un proceso de comunicación que elabore estructuras valorativas y normativas nuevas. Esa será, en síntesis, la identidad de una sociedad sin prejuicios.

No pretendemos ahora desarrollar una teoría completa sobre el Bien jurídico en Derecho penal. Sí, en cambio, poner de relieve cómo ordenar determinadas tendencias que pueden detectarse en la actualidad, en y fuera del Derecho penal, acerca de la pena.

Un criterio compartido por muchos penalistas en la actualidad es el de la progresiva desaparición del Derecho penal. Se ha dicho que la historia del Derecho penal es la historia de su paulatina extinción (24). Esto, que en su día pretendió ser un diagnóstico sobre la *realidad* del Derecho penal, no puede hoy ser compartido, como lo prueba la tendencia de diversos países europeos —entre ellos el nuestro— a crear nuevas figuras delictivas de tangibilidad más que dudosa.

Ahora bien, la declaración —si no quiere ser una «frase hecha»— ha de ser entendida como *aspiración*, como vía encaminada a una meta utópica: la desaparición del Derecho penal y la solución de los problemas sociales con otros medios más racionales que la pena.

Desde que el Derecho penal dejó de pretender ser titular de la justicia «absoluta» (¿lo ha sido alguna vez sino en la mente de los penalistas?), nadie parece que quiera ni pueda admitir y compartir dicha aspiración.

(24) Klaus LÜDERSSEN, *Seminar: Abweichendes Verhalten I*, Frankfurt 1975, pgs. 7-34 ("Einleitung", pgs. 27-28), ha sido el último autor en insistir sobre esta idea.

Por otra parte, si la institución de la pena únicamente se fundamenta sobre su *necesariedad* (25), por ser imprescindible en evitación de males mayores, tenemos ya dos criterios básicos sobre los que montar una política criminal *racional* del Bien jurídico protegido.

Primero. En la duda sobre la creación de nuevos Bienes jurídicos a proteger mediante la aplicación de sanciones penales, debemos inclinarnos por su rechazo. Si estamos en contra de la pena, ante nuevos problemas sociales nunca resueltos con el Derecho penal debemos prescindir de él. Esta conclusión se corresponde con el primer criterio de nueva identidad propuesto por Habermas. Se trata de «descodificar» los nuevos problemas sociales y resolverlos con medios distintos a la pena; en nuestro caso, la criminalidad y, sobre todo, el tratamiento y la asistencia social —especialmente en el ámbito de la delincuencia juvenil y respecto a los delincuentes mentalmente anormales.

Segundo. Toda pretensión de reducir lo que podríamos llamar «Derecho penal clásico», que sin negar la constancia del Bien jurídico protegido se quiere recortar por razones sociológicas —en base a criterios «cuantitativos»— implica a la totalidad del Bien jurídico al crearse inseguridad jurídica sobre los límites entre lo prohibido y lo permitido. La despenalización de sectores de un Bien jurídico deteriora la imagen social del resto de ese Bien jurídico que se quiere mantener. Los problemas, sin duda existentes, a que responde tal recorte del Bien jurídico pueden ser resueltos en otros ámbitos de la teoría del delito —antijuricidad y, sobre todo, culpabilidad—, pero nunca por medio de la desincriminación. Como Habermas ha puesto claramente de relieve con su segundo criterio de identidad, se trata de revisar continuamente los contenidos tradicionales de identidad —en nuestro caso la configuración actual del Derecho penal y su sistema de Bienes jurídicos protegidos— con los que no se puede romper si no queremos perder una identidad basada necesariamente a la vez en la tradición y el cambio.

Tercero. Con todo, el problema más grave en torno al Bien jurídico no se ha expuesto todavía. Si nos fijamos bien en las cuestiones que hoy preocupan a la doctrina penal y a la sociedad, veremos que son aquéllas que obligan a ver al Bien jurídico como algo no estático, como una realidad social que se modifica constantemente y que, a primera vista, parece no presagiar nada bueno para el futuro de esta sociedad empeñada en dirigirse hacia su desintegración. Se trata de aquellos ámbitos donde manteniéndose el fundamento de protección del Bien jurídico tradicional, sin em-

(25) Cfr. Joaquín CUELLO, *La "ideología" de los fines de la pena*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES (ADP) 1980, pgs. 423-440.

bargo han cambiado —no desaparecido— los contenidos de deber cuya infracción lesiona el Bien jurídico. Aquí, el cambio normativo parece consistir en la total desaparición de normas ético-sociales y, de ahí, la renuncia a la protección de Bienes jurídicos evidentemente valiosos para esta sociedad. Esto no es cierto. Detrás del cambio hay toda una mayor aproximación a la realidad concreta sobre la que el hombre tiene que actuar —siempre conforme a un código ético—; la diferencia es que ahora se intenta atender más al «detalle humano» y no a contenidos abstractos que dejaban tranquilo a quien no se iba a ver nunca ante tales problemas que podían acabar en punición pero obligaban a quienes, situados ante tales problemas, tendrían que elegir entre colocarse en contradicción con el ordenamiento jurídico o sacrificar los más elementales deberes de solidaridad humana. Este aspecto del Bien jurídico en el Derecho penal actual pone de relieve algo muy importante del esquema de Habermas. Cuando se ha experimentado un cambio de los esquemas valorativos de la sociedad que ha determinado nuevos contenidos normativos de ética social, el legislador penal no puede «cerrar los ojos» si quiere ser respetado en sus mandatos, pues nunca va a motivar mediante sanciones a quienes saben que su actuación está exigida por normas del deber ser moral anteriores a todo mandato del legislador de Derecho positivo. Es ésta la obra cara de las cotas de libertad y autonomía que el hombre de Occidente ha alcanzado a lo largo de una evolución tradicional que dura ya en Europa más de doscientos años. Como exige el tercer punto de la nueva identidad habermasiana, el nuevo sistema de normas y valoraciones debe imponerse mediante el proceso de argumentación y diálogo racional característico de una sociedad sin prejuicios valorativos —que no es lo mismo que una sociedad que careciera en absoluto de tales esquemas valorativos y normativos.

III

A continuación vamos a tratar de ejemplificar la política criminal del Bien jurídico acabada de proponer. Para ello veremos si los supuestos conflictivos constituidos por la necesidad sentida de proteger penalmente un ámbito individual de *intimidad* de ataques exteriores propiciados por las nuevas técnicas de penetración en la esfera privada de las personas (*ampliación del Derecho penal mediante la creación de nuevos Bienes jurídicos*), el deseo de excluir del CP los hurtos y estafas de pequeña cuantía (*reducción del Derecho penal mediante el mantenimiento de la protección del núcleo y exclusión de la periferia del Bien jurídico*) y las modificaciones experimentadas por la protección penal de la vida humana en los últimos años (*transformación del Derecho penal frente a Bienes jurídicos que aparentemente se mantienen inal-*

terados) admiten una interpretación conforme a los criterios que antes exponíamos derivados de la ubicación del Derecho penal como Derecho protector de Bienes jurídicos en un contexto social determinado (el actual) que quiere organizarse de una determinada forma (racionalmente atendiendo a la tradición y a la necesidad de cambio).

1. Nuestro Código penal conoce ya algunos delitos contra la intimidad (arts. 479-499). Allí, la protección aparece limitada en función de los medios comisivos (apoderamiento de papeles) y el círculo de autores (médicos, empleados, etc.) en cuanto traicionan secretos profesionales (26). La cuestión que ahora se plantea no afecta a esta regulación. De lo que se trata es de la conveniencia o no de punir los llamados *delitos de indiscreción*, es decir, el descubrimiento de circunstancias de la vida privada que no representan *secretos* en el sentido estricto de la palabra (27). El ámbito de protección de las nuevas figuras que se intentan crear es más amplio que el del capítulo séptimo del título XII Código penal.

Si realmente se quiere perfilar el concepto de *intimidad*, es necesario huir de posiciones funcionalistas (29); sólo así se evitará la relativización del individuo frente al poder del Estado. Una definición que lo reconociera salvo cuando un interés preponderante o urgente del Estado lo requiera, no sería de ningún valor. A la concepción que entiende la intimidad como ámbito no penetrable del individuo frente al Estado y la sociedad, en cambio, no se opone el hecho de que sus perfiles estén sometidos a cambios de época y cultura, no siendo —como Schunemann (29) cree— una definición absolutamente perfilada de la esfera privada ya preparada para su aplicación inmediata; se trata, mejor, de un punto de vista orientativo para delimitar la esfera privada del individuo del control estatal y social. En suma, la intimidad del individuo es el sector de vida privada bloqueado a cualquier penetración ajena.

Schunemann (30) se ha preguntado por la conveniencia político-criminal de introducir estas figuras del delito en el Código

(26) Cfr. LANDROVE DÍAZ, *Descubrimiento y revelación de secretos*, III Jornadas de profesores de Derecho penal (ed. Agustín Fernández Albor), Santiago 1976, pgs. 177-217; Miguel BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico*, Madrid 1978, pgs. 277-307; FERNÁNDEZ ALBOR, *Estudios sobre criminalidad económica*, Barcelona 1978, págs. 110-118.

(27) Así, Bernd SCHÜNEMANN, *Des strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen*, ZStW 1978 (90), pgs. 11-63, pg. 12.

(28) Cfr. SCHÜNEMANN, *Privatgeheimnissen*, pgs. 27-31 y su crítica a las teorías funcionalistas acerca del Bien jurídico.

(29) SCHÜNEMANN, *Privatgeheimnissen*, pgs. 17-26.

(30) SCHÜNEMANN, *Privatgeheimnissen*, pgs. 40-50. Gerhard SCHMIDT, *Zur Problematik des Indiskretionsdelikts*, ZStW 1967 (79), pgs. 741-773; Günther ARZT, *Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre*, Tübingen 1970; Hans-Joachim HIRSCH, *Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht*, Fests. f. Karl Engisch, Berlín 1969, pgs. 304-327.

penal alemán que, al igual que el nuestro, todavía no las incluye; resumiendo su respuesta negativa en torno a los siguientes puntos. 1) Conforme a la máxima de que el Bien jurídico que se trata de crear debe ser *capaz de protección* —especial preferencia del mismo en el ordenamiento jurídico como totalidad y experiencia de que la sociedad siente una necesidad imperiosa de sanción penal— ha de ser negativa la respuesta en cuanto, al ser más permisiva esta sociedad, la posibilidad de escándalo que realmente pueda destruir a la persona es mucho menor; y, puesto que los principales afectados por estas intromisiones van a ser casi siempre los prominentes, los «famosos», exclusivamente, la sociedad no se siente necesitada de protección. 2. Que el Derecho penal es *apropiado* para la protección de cualquier Bien jurídico requiere que la norma penal y su realización en el proceso produzcan realmente un efecto de prevención general, lo que dependerá del grado de determinación de la norma (que posea un contenido ético-social definido para que pueda motivar); nada de esto ocurre en los delitos de indiscreción, donde a la dificultad de determinación del Bien jurídico protegido se une la no motivación por la norma de su más frecuente infractor: la Prensa. Antes bien, el proceso resultante provocará un mayor aireamiento del motivo de la indiscreción. 3) La *necesidad* del Derecho penal, en fin, que depende de que no haya otros medios más adecuados por más suaves para combatir las conductas que se quieren prohibir, no concurre en nuestro caso, donde ese medio más suave y eficaz existe: la *indemnización civil*.

La responsabilidad civil por daños a la personalidad es posible en estos casos, como lo muestra su significado en el Derecho angloamericano. Entonces, ¿cuáles son los prejuicios de los juristas europeos en su contra y a favor de la responsabilidad penal? Shünemann (31) ha defendido su tesis de la no incriminación frente a G. Schmidt, G. Arzt y H. J. Hirsch. Según Schmidt, el Derecho civil es preventivamente insuficiente en los casos de incapacidad patrimonial del autor del delito y de la víctima para asumir el riesgo de las costas del proceso civil. La insolvencia del inculpado, sin embargo, sostiene Schünemann, no será el caso en los supuestos más típicos de indiscreción; y el riesgo patrimonial de la víctima podría correr a cargo del Estado, pues en su totalidad el proceso civil es más «barato» que el penal (coste social). Para Arzt, el Estado no puede renunciar a los delitos contra la intimidad porque, si así lo hiciera, quedaría aquél en entredicho; los sustitutivos civiles, por otra parte, se utilizarían para satisfacer deseos de venganza y prevención, lo que supondría un retroceso histórico. La primera objeción ha sido ya respondida por Schünemann; y la segunda, pudiendo ser correcta, ofrece la misma dificultad que todos los delitos perseguibles a instancia de parte solamente

(31) SCHÜNEMANN, *Privatgeheimnissen*, pgs. 48-50.

—ámbito donde precisamente quiere ubicar Arzst los delitos de indiscreción. Finalmente, según Hirsch, las metas a que sirve el Derecho penal —donde la propia comunidad estatal está directamente implicada— no pueden ser realizadas por medios civiles (predominantemente compensatorios); existiendo además el peligro de que, subsistiendo el problema, surja también en el ámbito civil —donde, sin embargo, no se dan las garantías del proceso penal—. Contra esta última objeción está —según Schünemann— que las garantías penales no son tan seguras que, además, no versan sólo sobre la finalidad: protección de Bienes jurídicos, sino también sobre los medios: la pena criminal, el más brutal de los medios de intervención del Estado.

Como puede verse, una amplia paleta de argumentos en favor y en contra de la incriminación. Schünemann ha respondido exhaustivamente a las razones esgrimidas por los autores en favor de la incriminación. Para él, el círculo de posibles afectados por estos ataques es tan reducido y delimitado que el resto de la sociedad no se va a ver en peligro. El argumento, así expuesto, no es válido, pues también en otras figuras delictivas aparece reducido «ab initio» el círculo de las posibles víctimas del delito y, sin embargo, nadie piensa que ello sea motivo suficiente para no incriminar. El ejemplo más claro es el de aquel grupo de delitos donde la víctima es partícipe necesario, como la inducción y el auxilio al suicidio, determinadas figuras relacionadas con el consumo de drogas e, incluso, el aborto. Por tanto, si bien el círculo de afectados en su intimidad posee ciertas características peculiares que pueden ser claves para estimar o no la incriminación, ésta no podrá ser la «insolidaridad» de los restantes grupos sociales.

Por otra parte, a nadie se le escapa la función que el «cuarto poder», como se le ha llamado, juega en las democracias occidentales; cómo su obligación es la de dar a la publicidad todo lo que pueda ser de interés para el ciudadano, aunque los poderes del Estado traten de impedirselo. Precisamente para que la Prensa pueda desarrollar su tarea, se propugna que su actuación sólo resulte limitada por la legislación común, eludiéndose cualquier estatuto que comprenda cortapisas especiales. Por eso, uno de los encantos de la profesión periodística es tener que dar cuenta a la publicidad de situaciones delicadas donde esa actividad puede desembocar en responsabilidad penal. La Prensa, en mi opinión, sí se motiva ante estos hechos; más aún, debe hacerlo si no quiere incidir en responsabilidad penal y, lo que puede ser aún peor, en el reproche de practicar un periodismo «malo». Que la Prensa no se motive no es, pues, argumento cierto ni válido. Cuestión distinta es que la «víctima» de la indiscreción sea la primera interesada en la indiscreción misma; entonces, el comportamiento de la Prensa será, por lo menos, *socialmente adecuado*.

Finalmente, por lo que se refiere al argumento de la *necesidad*

de la protección, sólo hemos de repetir lo que decíamos unas páginas más arriba. Si la necesidad sólo se basa en que existen otros medios para combatir estas conductas, no se dice nada con ello; pues esos mismos medios también están disponibles para sustituir a la incriminación de los restantes delitos del Código penal cuyo fundamento de punición, sin embargo, nadie cuestiona. Distinto es plantear el rechazo de la incriminación penal de este nuevo grupo de delitos —lo mismo que la de cualquier otra figura delictiva que se quiera instituir— por las razones de *rechazo de la pena* como fórmula de dirimir conflictos sociales. Este sí será argumento válido que, al menos, podrá tenerse en cuenta como criterio de inversión de la prueba: «in dubio pro libertate».

Ciertamente, el Derecho penal no puede ser utilizado para cubrir las insuficiencias del Derecho civil —como pretende Schmidt—, pues entonces, con la incriminación de los ataques a la intimidad, no se protegería ésta sino el proceso civil mismo. A la larga, además, como acertadamente pone de relieve Schünemann, el coste social del proceso penal sería muy superior. De ser cierto que con la renuncia a los delitos contra la intimidad quedaría en entredicho el Derecho penal mismo, no habrá duda: la incriminación será *necesaria*. Que el resarcimiento civil sería utilizado para satisfacer deseos de venganza y prevención, al igual que ocurre con la facultad que otorgan los delitos perseguibles sólo a instancia de parte, es uno de los muchos peligros de manipulación a que se presta el Derecho —lo que a nadie se le oculta—; ahora bien, si pese a ello se mantienen los delitos sólo perseguibles a instancia de parte es porque esos inconvenientes están compensados con creces por las ventajas que reportan. El argumento de Hirsch es importante, muy importante. Contra el mismo no es válido afirmar que el proceso penal tampoco ofrece garantías; sí, en cambio, que el Derecho penal no sólo implica una especial protección de Bienes jurídicos (aspecto positivo del Derecho penal) (32), sino también un reactivo especialmente severo al que esta sociedad quiere renunciar: la pena criminal, el más radical de los medios de intervención del Estado contra el individuo.

2. Los Tribunales de justicia actúan hoy bajo la influencia de una gran saturación de asuntos. El deseo de evitar esta situación, junto a la escasa cuantía del daño producido, ha hecho pensar en los últimos tiempos la conveniencia de despenalizar determinadas conductas en el ámbito de la delincuencia patrimonial (33). A esta

(32) Cfr. CUELLO, *La definición de "criminalidad". Competencias del Derecho penal y de las Ciencias sociales*, Cuadernos de Política Criminal (CPCr.) 1981 (en prensa).

(33) A esta tendencia responde el *Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl (AE-GLD)*, elaborado por ARZT y otros, Tübingen 1974, en la República Federal de Alemania. En la reforma del Derecho penal español en ciernes no se ha planteado esta cuestión. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, nota a pie de página 135 de su traducción de *Cambio en la Ciencia*

finalidad primariamente *pragmática*, de permitir que los Tribunales de la justicia penal dispongan del tiempo suficiente para dedicarlo a asuntos realmente relevantes, se han añadido voces que, dando un paso más, ven en esta política criminal una buena fórmula para eludir el Derecho penal y su sistema especialmente severo de sanciones, sustituyéndolo por sanciones administrativas o, incluso, un mero resarcimiento patrimonial civil, mucho más adecuado a la escasa gravedad de la conducta (34).

En esta ocasión no vamos a ocuparnos del último argumento expuesto: ¿En qué medida determina la cuantía de lo sustraído un cambio cualitativo si la gravedad de la conducta es la misma? Sí nos interesa ahora, sin embargo, el argumento sobre las cualidades de unas y otras sanciones —penales por un lado y administrativas y civiles por otro—, para poner de relieve que *no siempre la sanción penal es la más severa* y que el Derecho penal y sus sanciones debe ser contemplado en el contexto total del ordenamiento jurídico, única manera de comprobar qué funciones corresponden a uno y otro sector.

Antes de pedir una desincriminación de las llamadas «baga-telas», llevándolas quizá como Código de faltas al terreno de la infracciones administrativas sin más (35), hay que reflexionar sobre los efectos que se van a derivar del tratamiento de estos delitos sin las garantías del Derecho penal.

En ese Código de faltas administrativizado, por ejemplo, el principio de culpabilidad no jugaría papel alguno en un proceso sumario guiado por la idea de rapidez y simplicidad; la prueba y, por tanto, la posición del acusado se verían muy debilitadas en lo que a garantías jurídicas se refiere. El subnormal que ha subido al autobús sin pagar o se ha apoderado de algún objeto en unos grandes almacenes sería castigado con la sanción pecuniaria correspondiente, sanción que en el ámbito del Derecho penal jamás podrá recaer sobre él.

Estas son consecuencias que hay que prever antes de acometer una reforma encaminada sin más a la desincriminación, pues de otra manera no existe garantía de política criminal racional. Si se atiende al valor de lo sustraído, con criterio cuantitativo, a efectos de la administrativación, no habrá forma humana de po-

del Derecho penal, en Claus ROXIN, *Iniciación al Derecho penal de hoy* (trad. y notas de F. Muñoz Conde y D. M. Luzón Peña), Sevilla 1981, pone de relieve lo poco que ha preocupado a los autores del Proyecto de CP 1980 el problema de las «baga-telas».

(34) Este punto de vista está latente a lo largo de toda la obra de Dieter RÖSSNER, *Bagatelldiebstahl und Verbrechenskontrolle*, Frankfurt 1976, especialmente pgs. 198-215.

(35) Cfr. Wolfgang NAUCKE, *Empfiehl es sich, in bestimmten Bereichen der kleinen Eigentums —und Vermögenskriminalität, insbesondere des Ladendiebstahl, die strafrechtlichen Sanktionen durch andere, zum Beispiel zivilrechtliche Sanktionen abzulösen, gegebenenfalls durch welche?*, en Verhandlungen des einundfünfzigsten deutschen Juristentages, München 1976, pgs. 76-119.

der contemplar las peculiaridades del caso. Cuando tratamos de abandonar el sistema de sanciones de nuestro Código penal, basado en criterios rigurosamente cuantitativos para pasar de una pena a otra, sería dar un paso atrás seguir tal sistema como criterio de conversión del delito en falta o infracción administrativa (36).

Por otra parte, ya hemos visto que el Derecho penal y el civil se «tocan» por más de un punto. En este sentido, creo puede hablarse de una «Función de política criminal a través del Derecho civil». Queda por ver si tal política criminal es correcta. Esta quedaría refrendada si en el ámbito de los ataques al patrimonio de escasa cuantía constitutivos de delito se diese preferencia al Derecho civil sobre el Derecho penal a la hora de intervenir. Pero, ¿qué razones hay para ello? La razón fundamental es recusable: La privatización del individuo. El autor de la infracción se convierte en objeto de más o menos valor sobre el que su «víctima» podrá disponer según su capacidad económica. La jurisdicción penal, entonces, no desaparece sino que se privatiza; y el Derecho civil es utilizado para realizar reivindicaciones penales «individuales». En lugar del juez penal, surge el «mercader de Venecia» o el «cadí» que administraba justicia «a su manera». Un pobre balance que indudablemente no es solución al gran problema planteado. Las actuales garantías del ordenamiento penal también desaparecen con la solución civilista.

No se trata de negar el problema: es necesario evitar la inflación del Derecho penal. Tampoco de proponer aquí una solución: quizá un proceso penal que, salvando las garantías penales, permita una mayor aceleración de los asuntos (37). Pero todo ello sin desincriminar. Si no podemos establecer un límite cuantitativo entre el delito y la bagatela, no podemos destipificar. Y ello por dos razones. La primera ya la hemos examinado: el tratamiento administrativo y civil de la cuestión puede implicar un control mayor y menor diferenciado que el control propiamente penal. La sanción penal, entonces, es menos *represiva* que la administrativa o civil; el intervencionismo, por lo menos el mismo. Esta tendencia del Derecho penal no es, desde luego, una liberal (38); determinadas medidas no penales pueden ser menos liberales que las sanciones auténticamente penales.

Más importante es la segunda razón. En el fondo de toda esta cuestión está el rechazo del Derecho penal. Mientras se siga viendo en el Derecho penal el «maximum» de intervención del Estado en

(36) El sistema de determinación y medición de penas del PCP 80 sí supone una importante reforma de nuestro Derecho penal (cfr. el título III del libro I del Proyecto).

(37) En este sentido apunta la propuesta de NAUCKE. *Eigentums— und Vermögenskriminalität*, pgs. 109-118.

(38) Cfr. NAUCKE, *Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung*, Karlsruhe 1975.

la esfera del individuo, inconscientemente quizá, estaremos abocados a aceptar indiscriminadamente cualquier alternativa no penal. Los resultados, ya hemos visto algunos, pueden ser contrarios a los deseados. Naucke (39), ha rechazado, en relación con todo este problema, el argumento del «Derecho penal nuclear», argumento que parece decisivo.

La primera objeción de Naucke a este respecto es que tal «Kernstrafrecht» no está definido con perfiles precisos. Esto no es cierto; y, aunque lo fuere, no pondría de relieve sino la necesidad de definirlo. En cualquier caso, el hurto y la estafa —que son las figuras cuya despenalización más se cuestiona— pertenecen sin duda al «Derecho penal clásico» o «nuclear». En el fondo de la cuestión, como señalábamos al principio, late el problema del Derecho penal. El error de Naucke es pensar que las sanciones penales administrativas y civiles son intercambiables en función de la finalidad resocializadora pretendida por el Derecho penal de hoy. Pero, si tales reactivos jurídicos de tan distinta naturaleza fuesen intercambiables con la facilidad que supone Naucke sobraría esta polémica. Si hay polémica es porque la cuestión no es tan simple. Y el Derecho penal, desgraciadamente, no cumple fundamentalmente en nuestra sociedad una finalidad resocializadora. Si así fuese, sobraría el Derecho penal (40).

El Derecho penal es el Derecho sancionador de los ataques más graves contra los Bienes jurídicos más importantes de la sociedad. Por eso, la pena —su consecuencia— está adornada de ciertos caracteres que permiten recordarnos que se impone a conductas muy gravemente atentatorias contra la vida colectiva. Si consta la importancia del Bien jurídico y la gravedad de la conducta, el resultado —medido con criterios cuantitativos—, por muy relevante que pueda ser, no va a alcanzar a anular el «desvalor acción lesivo del Bien jurídico» que sin duda se mantiene —al menos en lo que respecta a la función de «definición de la criminalidad» que el Derecho penal cumple— (41). De aquí se deduce también que los distintos reactivos jurídicos no pueden ser desconectados de sus presupuestos penal, administrativo o civil, pues también ellos determinan la función de definición del injusto penal, administrativo o civil que cada rama del ordenamiento jurídico debe cumplir —y no son intercambiables.

3. Con todo, todavía no hemos aludido al problema más grave en torno al Bien jurídico. Si nos fijamos bien en las cuestiones que hoy preocupan a la doctrina, veremos que son aquéllas que

(39) NAUCKE, *Eigentums- und Vermögenskriminalität*, pg. 88.

(40) Cfr. mi recensión a la obra de Armin KAUFMANN, *Teoría de las Normas. Fundamentos de la Dogmática penal moderna* (trad. E. Bacigalupo y E. Garzón Valdés), Buenos Aires 1977, en ADP 1981 (en prensa).

(41) Cfr. mi *Definición de "criminalidad"* ("Introducción").

obligan a ver al Bien jurídico como algo no estático, como una realidad social que se modifica constantemente.

Un buen ejemplo de lo que decimos nos lo ofrece la protección penal de la vida e integridad de las personas. En la despenalización del aborto o de la eutanasia, por aludir a algún supuesto de este ámbito, se ha querido ver un gran desprecio hacia la vida humana; y se formulan preguntas como las siguientes: ¿De qué sirven los grandes adelantos que la sociedad ha experimentado si se traducen en sufrimiento humano? ¿Cómo aceptar los grandes experimentos científicos de tipo médico o energético si pasan por la más despiadada manipulación del hombre en el laboratorio o a través del medio ambiente? ¿Cómo vamos a tolerar los grandes descubrimientos que llevan implícito la puesta en peligro de Bienes más inmediatos como la vida o la integridad de las personas?

O, trasladados al ámbito de lo patrimonial, ¿qué sentido tiene perseguir con instrumentos penales los pequeños ataques contra el patrimonio ajeno cuando permanecen impune conductas de los grandes monopolios económicos que realmente pueden desequilibrar gravemente el conjunto de la economía nacional? (42), etcétera, etcétera.

Pues bien, estos planteamientos no son correctos o, al menos, no lo son del todo. En primer lugar, no es cierto que pretensiones como las de desincriminar el aborto o la eutanasia signifiquen un alto desprecio hacia la vida. Así, por ejemplo, nadie ha postulado que un aborto realizado sin la voluntad de la mujer represente sólo un delito de lesiones, o que pueda practicarse la eutanasia de enfermos mentales o ancianos (no tenemos en cuenta, claro, el terror nazi). Lo que realmente está en juego es el eterno conflicto entre la *cantidad* y la *calidad* de vida (43) y, al menos, debe concederse que el hombre aspire a vivir mejor. Por eso surge el conflicto, porque entran en colisión Bienes, ambos, que interesa proteger en esta sociedad —el de la calidad y la cantidad de vida—. Y resultaría de un gran cinismo exigir al individuo que respete la cantidad de vida cuando esta sociedad le niega lo que debía ser su meta principal: una vida digna y auténticamente humana. Ello, por supuesto, no quiere hacer suponer la negación del Bien jurídico inherente a la cantidad de vida. Del mismo modo, el respeto a una muerte digna no quiere ocultar los peligros, ciertos, de ma-

(42) Así, la crítica de Angel de SOLA DUEÑAS, *Desarrollo democrático y alternativas político-criminales*, en "Sociedad y delito" (ed. por C. Viladàs Jenè), Barcelona 1980, pgs. 217-242. Si con ello apunta el autor a una política criminal encaminada a hacer cambiar las estructuras socioeconómicas, hay que decir que esa nunca podrá ser tarea del Derecho penal.

(43) Albin ESER, *Zwischen "Heiligkeit" und "Qualität" des Lebens. Zu Wandlungen im strafrechtlichen Lebensschutz*, en "Tradition und Fortschritt im Recht" (ed. J. Gernhuber), Tübingen 1977, pgs. 377-414.

nipulación a que puede prestarse una destipificación sin control de la eutanasia (44).

El problema es grave, y de difícil solución. Aquí no podemos proporcionar soluciones —sencillamente porque no las tenemos. Lo que sí está claro es que, al menos, debemos tomar conciencia del problema planteado, porque si no es así, entonces nunca podrá llegar a ser solucionado.

Sin embargo, la causa principal de la inflación del tema Bien jurídico protegido que se detecta en los últimos tiempos presenta otra fisonomía: la del descubrimiento de toda una superestructura que se superpone al núcleo de Bienes jurídicos del Derecho penal tradicional. Así, a las personas y sus bienes se superpone el medio ambiente, al patrimonio de la persona el orden socioeconómico, a la lesión o destrucción de la vida humana el peligro de lesión, etc. etc.

Esta problemática nos remite a la técnica de creación, configuración y conversión en mandatos y prohibiciones de hacer en Derecho penal, tema de cierta tradición dogmática.

Armin Kaufmann (45) ha expuesto la génesis de las normas de la mano de Binding. Lo primero es un *juicio de valor* sobre un determinado estado de cosas. Este juicio primario de valor *positivo* va acompañado, como segundo escalón, de la valoración positiva de lo que favorezca y negativo de lo que perjudique el mantenimiento de dicho estado. Por eso, todo lo que lesiona un Bien jurídico es valorado negativamente. A lo que, a su vez, se superpone un tercer y definitivo nivel, el de los ataques *dominables por el hombre* contra los Bienes jurídicos, auténticos objetos de prevención de los mandatos y prohibiciones jurídicas.

El estudio del Bien jurídico en Derecho penal, por tanto, es insuficiente si se limita al primer escalón (ni siquiera es suficiente tener en cuenta el segundo), pues lo decisivo es la protección por el Derecho penal de aquello que puede procurarse mediante el quehacer humano. Para no mezclar los planos, sin embargo, conviene que nos ocupemos en primer lugar de problemas que afectan a la descripción y valoración de los objetos en el primer escalón.

De la respuesta que demos a la pregunta sobre el objeto de la valoración en ámbitos de tanta actualidad como el medio ambiente, el orden socioeconómico o el bienestar humano, dependerá que podamos plantear o no una buena política del Bien jurídico. ¿No estamos inflando el Bien jurídico cuando estimamos que los bienes protegidos por el medio ambiente son los árboles, los cauces de los ríos, la atmósfera, etc.; y no el hombre y su integridad?

(44) Gerd GEILEN, *Euthanasie und Selbstbestimmung*, Tübingen 1975. Cfr., no obstante, Angel TORIO LÓPEZ, *Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos*, en "Estudios penales y criminológicos IV" (ed. Fernández Albor), Santiago 1981, págs. 171-202.

(45) Armin KAUFMANN, *Teoría de las Normas*, págs. 90-97.

¿La propiedad y el patrimonio y no la infraestructura capitalista?
 ¿La vida y la integridad de las personas, y no las normas éticas que deben regir la actividad científica e investigadora?

La cuestión no es válida, como podría suponerse; pues, según la pregunta sea una u otra, la respuesta será: delitos de lesión con mandatos encaminados a preservar el estado protegido, constatación del nexo causal entre la acción y el resultado, etc.; o: delitos de peligro o desobediencia, sin necesidad de búsqueda de leyes de la naturaleza, etc. Y, sobre todo, lo que es más importante: constancia o no del Bien jurídico protegido.

Armin Kaufmann ha sostenido recientemente una idea realmente iluminadora que, sin embargo, no está exenta de ciertas reservas (46). Kaufmann se ha preguntado si podemos renunciar al dogma de la causalidad; y su respuesta afirmativa constituye para él un triunfo del Finalismo. En su contra hay que decir que no parece que debamos renunciar al dogma causal, pese a los poderosos impulsos que mueven a ello; y, por supuesto, el Finalismo no está aquí implicado. Desde Bacon, Locke y Hume hasta Russell, Ayer y Popper, la gran aportación del empirismo inglés al patrimonio intelectual universal es que todo conocimiento humano es un saber sobre *causas*. El hombre, entonces, con su saber causal domina los acontecimientos.

Ciertamente, la técnica, la industrialización y la ciencia, o la misma complejidad de la vida social, crean continuamente peligros de lesión cuyas leyes causales ignoramos (medicamentos, fuentes de energía, tráfico mercantil, etc.). La alternativa de Kaufmann es: puesto que la exigencia de una ley general no nos es asequible, renunciemos a la causalidad, prohibiendo conductas meramente peligrosas —entendidas no como delitos de peligro concreto (que también requieren de una ley de la causalidad), sino como delitos de *riesgo* (47).

La doctrina del injusto, sin embargo, como Kaufmann bien sabe, conecta con resultados a evitar. Por eso tiene buen cuidado en relacionar estos mandatos de evitar riesgos con un cuidado debido que sólo puede hacer referencia, a su vez, a «modi» ya acuñados sobre cómo comportarse en esos terrenos; es decir, con las normas que reglamentan una determinada actividad técnica, científica o investigadora. Y serán tipos de desobediencia, de peligro abstracto, donde el Bien jurídico protegido aparece a mucha distancia de lo que es auténtica *lesión del Bien jurídico*

(46) Armin KAUFMANN, *Sobre el estado de la doctrina del injusto personal* (trad. L. H. Schiffrin), *Doctrina penal* (4) 1975, pgs. 159-181, pgs. 178-181.

(47) KAUFMANN, *Injusto personal*, pg. 180.

Con lo cual estamos como al principio. Existen Bienes jurídicos, estados positivamente valorados, que interesa mantener. En torno a esos pocos Bienes jurídicos se construye un entramado de técnicas de protección donde la tangibilidad del Bien jurídico se volatiliza a medida que nos alejamos del núcleo de la protección: la consistente en procesos causales conocidos que lesionan el Bien jurídico.

