

§ 2. El concepto material de delito. La pena como protección subsidiaria de bienes jurídicos y su delimitación de sanciones similares a las penales

Bibliografía: Birnbaum, Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens etc., Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, t. 15 (1834), 149; v. Liszt, Der Begriff des Rechtsguts im Strafrecht und in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, ZStW 8 (1888), 133; Oetker, Rechtsgüterschutz und Strafe, ZStW 17 (1897), 493; Hirschberg, Die Schutzzobjekte des Verbrechens, Str. Abh. 113, 1910; Honig, Die Einwilligung des Verletzten, 1919; Mezger, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, Traeger-FS, 1926, 187; Grünhut, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Frank-FS, t. I, 1930, 1; Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930; Schaffstein, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, en: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, 108; Schaffstein, Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?, DStR 1935, 97; Gallas, Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, Gleispach-FS, 1936, 50; Klee, Das Verbrechen als Rechtsguts- und Pflichtverletzung, DStR 1936, 1; Schaffstein, Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma, DStR 1937, 335; Schwinge/Zimmerl, Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken, 1937; Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, 1957; Bettiol, Das Problem des Rechtsguts in der Gegenwart, ZStW 72 (1960), 276; Jescheck, Die Entwicklung des Verbrechensbegriffes in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre, ZStW 73 (1961), 179; Bockelmann, Recens. de Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten (1957), ZStW 74 (1962), 311; Sina, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut", 1962; Michels, Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung, 1963; Gallas, Gründe und Grenzen der Strafbarkeit, 1965; Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, 377 (= Grundlagenprobleme, 1) [= Problemas básicos, 1976, 11]; Bockelmann, Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie, Radbruch-GS, 1968, 252; Gallas, Gründe und Grenzen der Strafbarkeit, en: Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 1; Noll, Begriff und Funktion der guten Sitten im Strafrecht, OLG Zweibrücken-FS, 1969, 206; Zipf, Kriminologischer und strafrechtlicher Verbrechensbegriff, MDR 1969, 889; Rudolphi, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, Honig-FS, 1970, 151; Otto, Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand, en: Müller-Dietz (ed.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, 1; Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; Amelung, Recens. de Marx, Zur Definition des Begriffes "Rechtsgut" (1972), ZStW 84 (1972), 1015; Cramer, Ahndungsbedürfnis und staatlicher Sanktionsanspruch, Maurach-FS, 1972, 487; Maiwald, Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts, Maurach-FS, 1972, 9; Marx, Zur Definition des Begriffes "Rechtsgut", 1972; Sax, Grundsätze der Strafrechtspflege, en: Bettermann/Nipperdey/Scheuner (eds.), Die Grundrechte, t. III, vol. 2, 1972, 909; R. Schmitt, Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst?, Maurach-FS, 1972, 113; W. Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens - Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, 1973; Leferenz, Wilhelm Gallas' "Gedanken zum Begriff des Verbrechens" aus kriminologischer Sicht, Gallas-FS, 1973, 65; Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973; Engisch, Logische Überlegungen zur Verbrechensdefinition, Welzel-FS, 1974, 343; Arth. Kaufmann, Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht, Henkel-FS, 1974, 89; Klose, "Tus puniendi" und Grundgesetz, ZStW 86 (1974), 33; Lampe, Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis, Welzel-FS, 1974, 151; Amelung, Recens. de W. Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens (1973), ZStW 87 (1975), 132; W. Hassemer, Recens. de Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft (1972), ZStW 87 (1975), 146; Stratenwerth, Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, Schaffstein-FS, 1975, 177; Arth. Kaufmann, Tendenzen im Rechtsdenken der Gegenwart, 1976; Müller-Emmert, Sozialschädlichkeit und Strafbarkeit, GA 1976, 291; Sax, Tatbestand und "Rechtsgutsverletzung", JZ 1976, 9, 80; Matussek, Zum Inhalt des gegenwärtigen Verbrechens-

- begriffes. Kriminalität 1977, 335; Müller-Dietz, Zur Problematik verfassungsrrechtlicher Po-
 nalisierungsbefugnisse, Dreher-FS, 1977, 97; Vogler, Möglichkeiten und Wege einer Entkrimina-
 listierung, ZStW 90 (1978), 132; Anelung, Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung,
 ZStW 92 (1980), 19; Neumann/Schroth, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980;
 Zipf, Kriminalpolitik, 1980; Arzt, Probleme der Kriminalisierung und Entkriminalisierung
 sozialer Verhaltensweisen, Kriminalpolitik 1981, 117; Balog, Rechtsgüter in Theorie und
 Praxis, en: Kriminalsoziologische Bibliographie 1981, 51; Noll, Symbolische Gesetzgebung,
 ZStW 90 (1981), 347; Roos, Entkriminalisierungstendenzen im Besonderen Teil des Straf-
 rechts, 1981; Kaiser, Kriminalisierung und Entkriminalisierung in Strafrecht und Kriminal-
 politik, Klug-FS, 1983, 579; Arm, Kaufmann, Die Aufgabe des Strafrechts, 1983; Baumann,
 Strafrecht als soziale Aufgabe, Noll-GS, 1984, 27; Kunz, Das strafrechtliche Bagatelprinzip,
 1984; Naucke, Über deklaratorische, scheinbare und wirkliche Entkriminalisierung, GA 1984,
 199; Rudolph, Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsfor-
 men, en: Schünemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 69; Gössel,
 Das Rechtsgut als ungeschriebenes strafbarkeitsmerkmal, Oth-
 ler-FS, 1985, 97; Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97
 (1985), 751; Kraatzsch, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985; Naucke,
 Die Wechselwirkung zwischen strafziel und Verbrechenbegriff, 1985; Volk, Entkriminalisie-
 rung durch strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktensbegriffs, ZStW 97 (1985), 871; Beck,
 Risikogesellschaft, 1986; Weigend, Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung
 des Betroffenen, ZStW 98 (1986), 44; P. A. Albrecht, Das Strafrecht auf dem Weg vom
 liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat, KritV 1988, 182; Brandt, Die Bedeu-
 tung des Subsidiaritätsprinzips für Entkriminalisierungen im Strafrecht, 1988; Callies,
 Strafzwecke und Strafrecht, NJW 1989, 1338; W. Hassemer, Symbolisches Strafrecht und
 Rechtsgüter, Grundlinien einer personalen Rechtsguts-
 lehre, en: Schöller/Philipp (eds.), Jenseits des Funktionalismus, 1989, 85; W. Hassemer/Mein-
 berg, Umweltschutz durch Strafrecht, NK 1989, 46; Kraatzsch, Prävention und Unrecht - eine
 Replik, GA 1989, 49; Kühnen, Fragen einer strafrechtlichen Produktions- und Lenk-
 ung, Schrittembel, Gründe und Grundlagen des strafrechtlichen Verbots, en: Esser/Kaiser
 (eds.), Viertes deutsch-sowjetisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, 1989, 17;
 Müller-Dietz, Instrumentelle vs. sozialethische Funktionen des Strafrechts, en: Schöller/Phi-
 lipps (eds.), Jenseits des Funktionalismus, 1989, 95; Voß, Symbolische Gesetzgebung, 1989;
 W. Hassemer, Das Schicksal der Bürgerrechte im "effizienten" Strafrecht, StV 1990, 328;
 Karel, Die Lehre vom Rechtsgut und das Umweltschuldrecht, ius. doc., Tübingen 1990;
 Suhr, Zur Begriffsbildung von Rechtsgut und Tatobjekt im Strafrecht, JA 1990, 303;
 Zayck, Der Begriff "Gesellschaftsfähigkeit" im deutschen Strafrecht, en: Lüderssen y
 otros (eds.), Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, 1990, 113; Anelung, Rechtsguts-
 verteilung und Sozialschuld, en: Jung y otros (eds.), Recht und Moral, 1991, 269; Bes-
 te/Wagner, Strafrecht, gesellschaftliche Sicherheit und demokratische Teilhabe, Krim 1991,
 Beilheft 3, 24; Häfke, Symbolische Gesetzgebung? Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundes-
 republik Deutschland, KritV 1991, 165; W. Hassemer, Sozialtechnologie und Moral, Symbole
 und Rechtsgüter, en: Jung y otros (eds.), Recht und Moral, 1991, 329; Herzog, Gesellschaft-
 liche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991; Prittwitz, Funktionalisierung
 des Strafrechts, StV 1991, 435; Rengler, Überlegungen zu den Rechtsgütern und Deliktstypen
 im Umweltschuldrecht, en: Schulz (ed.), Ökologie und Recht, 1991, 33 ss.; Rünke, Die Verän-
 derung von Rechtfertigungsgründen durch Rechtssprechung und Lehre, 1991; Seelmann, Neue
 Unübersichtlichkeit im Strafrecht?, BewH 1991, 123; Tiedemann, Verfassungsrecht und Straf-
 recht, 1991; Albrecht y otros (eds.), Strafrecht - ultima ratio, 1992; Greive (ed.), Was taugt
 das Strafrecht heute?, 1992; W. Hassemer, Kennzeichen und Krisen des modernen Straf-
 rechts, ZRP 1992, 378; Kindhäuser, Sicherheitsstrafrecht, Gefahren des Strafrechts in der
 Risikogesellschaft, Universitas 1992, 227; Köhler, Freiheitsrecht, Rechtsprinzip und Betäu-
 bungsmittelstrafrecht, ZStW 104 (1992), 3; Köhler, Rechtsgut, Tatbestandsstruktur und Rechts-
 widrigkeitszusammenhang, MDR 1992, 739; Köhl, Naturrechtliche Grenzen strafwü-
 rden Verhaltens, Spindel-FS, 1992, 75; Lamp, Gedanken zum materiellen Straftatbegriff,
 Rud. Schmitt-FS, 1992, 95; Seelmann, Risikostrafrecht, Die "Risikogesellschaft" und ihre
 "symbolische Gesetzgebung" im Umwelt- und Betäubungsmittelstrafrecht, KritV 1992, 452;

Tönnies, *Symbolische Gesetzgebung*: Zum Beispiel § 175 StGB, ZRP 1992, 411; P. A. Albrecht, *Erosionen des rechtsstaatlichen Strafrechts*, KritV 1993, 163; Baratta, *Jenseits der Strafe - Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft*, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 393; Bleckmann, *Die Überlagerung des nationalen Strafrechts durch das Europäische Gemeinschaftsrecht*, Stree/Wessels-FS, 1993, 107; Dölling, *Die Behandlung der Kleinkriminalität in der BRD*, en: Lampe (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung, Arbeitskreis Strafrecht*, t. I, 1993, 1; W. Frisch, *An den Grenzen des Strafrechts*, Stree/Wessels-FS, 1993, 69; Herzog, *Über die Grenzen der Wirksamkeit des Strafrechts*, KritV 1993, 247; Hilgendorf, *Gibt es ein "Strafrecht der Risikogesellschaft?"*, NSiZ 1993, 10; Jäger, *Irrationale Kriminalpolitik*, Schüler-Springorum-FS, 1993, 229; Lampe, *Ein neues Konzept für die Kleinkriminalität etc.*, en: Lampe (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung, Arbeitskreis Strafrecht*, t. I, 1993, 55; J. C. Müller, *Die Legitimation des Rechtes durch die Erfindung des symbolischen Rechtes*, KrimJ 1993, 82; Naucke, *Schwerpunktverlagerung im Strafrecht*, KritV 1993, 135; Prittwitz, *Strafrecht und Risiko*, 1993; Schöch, *Entkriminalisierung, Entpönalisierung, Reduktionismus*, Schüler-Springorum-FS, 1993, 245; Stratenwerth, *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts*, ZStW 105 (1993), 679; Wolter, *Verfassungsrecht im Strafprozeß- und Strafrechtssystem*, NSiZ 1993, 1.

I. El concepto material de delito

El derecho del legislador a establecer penas, el *ius puniendi*, se desprende 1 del art. 74 n.º 1 GG, pues la atribución que allí se hace del Derecho penal al campo de la legislación concurrente¹ permite reconocer que el legislador constitucional presupone la existencia de un derecho del Estado a penar². Pero con ello aún no se ha dicho nada sobre cómo tiene que estar configurada una conducta para que el Estado esté legitimado a penarla. Esta es la cuestión acerca del "concepto material de delito"³, es decir, de la cualidad en cuanto a contenido de la actuación punible. Mientras que mediante el "concepto formal de delito"⁴, que se discute en los primeros párrafos de este libro, la conducta punible sólo es objeto de una definición en el marco del Derecho positivo, el concepto material de delito se remonta más atrás del respectivo Derecho penal codificado y pregunta por los criterios materiales de la conducta punible. Por tanto, el concepto material de delito es previo al Código Penal y le suministra al legislador un criterio políticocriminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune. Su descripción se deriva del cometido del Derecho penal, que aquí se entiende como "protección subsidiaria de bienes jurídicos". Sin embargo, hay que penetrar por toda una jungla de

¹ Después de que el legislador federal ha hecho uso de modo extensivo de su competencia reguladora, hoy el Derecho de los "Länder" tiene una importancia muy escasa para la legislación penal. Sobre la relación entre el Derecho penal federal y el de cada Land cfr. arts. 1-4 EGSGB, así como Maurach/Zipf, AT/1⁸, § 8 III, y Sch/Sch/Eser²⁴, antes del § 1, nm. 36 ss. Por otra parte, a largo plazo probablemente se llegará a una "cierta superposición del Derecho penal nacional por parte del Derecho penal de la Comunidad europea"; cfr. sobre ello Bleckmann, 1993, 107.

² De otra opinión Klose, ZStW 86 (1974), 33 ss., que sin razón no considera suficiente esa regulación competencial como "base de legitimación" y aboga por ello por un puro "Derecho de medidas".

³ Cfr. sobre ello Zipf, 1980, 106 ss.

⁴ El término "delito" se utiliza aquí en sentido amplio, incluyendo también los "delitos menos graves" en el sentido del § 12.

cuestiones polémicas antes de poder unir un sentido seguro y suficientemente claro a esa afirmación.

II. La lesión de un bien jurídico como presupuesto de la punibilidad

2

La exigencia de que el Derecho penal sólo puede proteger "bienes jurídicos" ha desempeñado un importante papel en la discusión de la reforma de las últimas décadas. Se partió de la base de que el Derecho penal sólo tiene que asegurar determinados "bienes" previamente dados, como la vida (§§ 211 ss.), la integridad corporal (§§ 223 ss.), el honor (§§ 185 ss.), la Administración de Justicia (§§ 153 ss.), etc., y de esa posición se ha deducido la exigencia de una sustancial restricción de la punibilidad en un doble sentido.

1. La exclusión de las meras immoralidades del Derecho penal

3

El primer punto afecta al Derecho penal sexual. En este campo hasta el año 1969, con la tipificación de la homosexualidad entre adultos (§ 175 v. a.), la sodomía (§ 175 b v. a.), la alcahuetía (§ 180 a v. a.), la difusión de pornografía (§ 184 v. a.) y conductas similares, estaban penadas también acciones que ciertamente se consideraban inmorales de modo general, pero que, si son realizadas por personas adultas y en caso de participación de varios con recíproco acuerdo y sin molestar a otros, no menoscaban ni "derechos" individuales ni "bienes" en el sentido de estados vulnerables, protegibles y valiosos. En ellas falta una "real causalidad lesiva" y por ello, según esta teoría sólo pueden entenderse como infracciones contra "conceptos generales" como la moral, pero no como lesiones de bienes jurídicos. Durante mucho tiempo constituyó un tema principal de la polémica política criminal la cuestión de si se puede licitamente castigar tales acciones meramente inmorales, pero no lesivas de bienes jurídicos. El Proyecto de StGB, que había presentado en 1962 el Gobierno federal (el denominado P 1962),⁴ aducía p.ej. expresamente a favor su mantenimiento de la punibilidad de la homosexualidad, que no está excluido "cominar penalmente determinados casos de conducta especialmente reprobable éticamente y vergonzosa según la convicción común, aunque con el hecho no se lesione ningún bien jurídico directamente determinable". Frente a esto, el "Proyecto Alternativo de Código Penal" (= PA; cfr. § 4, nm. 20 ss.), presentado en 1966 por catorce catedráticos, precisaba de modo programático en el § 2: "penas y medidas sirven para la protección de los bienes jurídicos" y consecuentemente abogaba por la impunidad de acciones mera-

³ Así la definición de Jäger, 1957, 13.

⁴ Jäger, 1957, 13.

⁷ Jäger, 1957, 13.

⁸ BT-Drucks. IV/650, 376.

mente inmorales, pero no lesivas para los derechos de nadie, y con ello por una amplia liberalización del Derecho penal sexual⁹. En la subsiguiente reforma se ha impuesto ampliamente el punto de vista del dogma del bien jurídico. La primera y la cuarta Ley de reforma del Derecho penal, de 25-6-1969 y de 23-11-1973, han reducido la punibilidad en ese campo en lo sustancial a lesiones de la libertad individual y a infracciones frente a menores. De modo característico, el título 13 de la Parte especial, que antes llevaba la rúbrica "Delitos graves y menos graves contra la moralidad", ahora sólo se llama: "Delitos contra la autodeterminación sexual".

2. La exclusión de las contravenciones del Derecho penal

El segundo campo temático en el que podría operar el dogma del bien jurídico se refiere a la delimitación entre hechos punibles y contravenciones. Los autores que han preelaborado científicamente el Derecho contravencional (sobre todo James Goldschmidt, Erik Wolf y Eberhard Schmidt¹⁰) fueron esencialmente codeterminados por la idea de que el Derecho penal tiene que proteger bienes jurídicos previamente dados (es decir, principalmente el clásico canon de los derechos individuales independientes del Estado), mientras que las infracciones de las reglamentaciones estatales, que no protegen bienes ya existentes, sino que se dictan solamente al servicio de las misiones públicas de orden y bienestar, en cuanto desobediencias éticamente incoloras, o sea en cuanto contravenciones, deben castigarse con sanciones no criminales. Así pues, en el sentido de esta concepción, p.ej. la lesión de la integridad física o de la propiedad es por su esencia un hecho punible; en cambio, el aparcamiento incorrecto de un coche o la infracción de una ordenanza sobre empadronamientos o registros administrativos no encajan en el concepto material de delito, ya que el objeto de la prohibición o mandato ha sido absolutamente creado por primera vez por el Estado, o sea que no es preexistente y por ello no es un bien jurídico. A partir de la postguerra el legislador ha ido cumpliendo de modo creciente la exigencia de crear un Derecho contravencional separado del Derecho penal criminal; primero en la Ley penal económica de 1949, después en la OWiG de 1952 y finalmente en la amplia y totalmente renovada OWiG de 1968. Desde el 1-1-1975 todas las antiguas faltas, que antes se castigaban con penas de multa de hasta 500 marcos o de arresto de hasta seis semanas, han sido suprimidas del StGB (§§ 360 ss. v. a.) y en su mayor parte transformadas en contravenciones (administrativas). Y por lo demás también ha aumentado constantemente el número de las contravenciones sancionadas sólo con multa administrativa.

⁹ Ello se expone en concreto en el título "Delitos sexuales" del PA PE (Delitos sexuales), 1968.

¹⁰ Goldschmidt, *Das Verwaltungsstrafrecht*, 1902; E. Wolf, *Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem*, Frank-FS, t. II, 1930, 516; Eb. Schmidt, *NiedStrKomm.* 1, 1956, 333. Sintetizando Michels, 1963.

III. La inidoneidad de las anteriores definiciones de bien jurídico

5 A pesar de estas evoluciones la cuestión teórica del concepto material de delito sigue sin estar clara, pues hasta ahora no se ha logrado precisar el concepto de "bien jurídico" de modo que pudiera ofrecer una delimitación jurídicamente fundada y satisfactoria por su contenido. En primer lugar, no es posible limitarlo a los bienes individuales, ya que el StGB protege muchos bienes jurídicos de la comunidad, como el Estado (§§ 81 ss.), las divisas (§§ 146 ss.) o la Administración de Justicia (§§ 153 ss.), cuya lesión también merece indiscutiblemente una pena desde la perspectiva de un concepto material de delito. Pero en segundo lugar se plantea la cuestión de por qué p.ej. no se puede considerar también las "concepciones morales dominantes" como un bien jurídico colectivo, o, si eso parece demasiado impreciso, por qué no se podría basar la punibilidad de la homosexualidad en un bien jurídico constituido por la "estructura heterosexual de las relaciones sexuales". La falta de cualidad como bien jurídico de determinadas concepciones morales tampoco se puede fundamentar en que a los meros sentimientos o concepciones valorativas generales sencillamente se les niega el reconocimiento como bien jurídico; pues el StGB castiga, sin que nadie lo objete, meras lesiones del sentimiento de piedad (§ 168) o suscitar escándalo público (§ 183 a), a pesar de que en esos casos los daños están sólo en el terreno del mundo de los sentimientos y del decoro.

6 Igualmente, el intento de delimitar hechos punibles y contravenciones por medio de un concepto de bien jurídico preconcebido es difícilmente practicable. Pues por una parte existen contravenciones, como provocar ruido perturbador para la salud (§ 117 OWiG), que menoscaban claramente bienes jurídicos preexistentes de los individuos; y por otra parte existen numerosos hechos en el campo de los delitos económicos, tributarios y ambientales, cuyos objetos son creados sólo por regulaciones estatales, pero cuya necesidad de pena pese a ello no se puede poner seriamente en duda. Y en general, a la vista de la importancia vital de las misiones de prestación de servicios por parte del Estado no se comprende por qué no se podría considerar como bien jurídico p.ej. el "funcionamiento sin perturbaciones de la Administración".

7 Tales reflexiones podrían conducir a la perspectiva del denominado concepto "metodológico" de bien jurídico, que entiende por bien jurídico sólo una forma sintética de pensamiento respecto del "sentido y fin de las concretas normas del Derecho penal"¹¹, una "abreviatura de la idea del fin"¹² y con ello la "ratio legis"¹³ de los diversos tipos. Pero de ese modo se habría renunciado

¹¹ Schwinge, 1930, 25.

¹² Grünhut, Frank-FS, I, 1, 1930, 8.

¹³ Honig, 1919, 30; en ese sentido ib. Biel, AT¹⁸, § 24 II.

totalmente al significado del bien jurídico para el concepto material de delito, puesto que, dado que naturalmente el legislador persigue con cada precepto un fin cualquiera, siempre se daría *eo ipso* un bien jurídico y los esfuerzos descritos en los nm. 2-4 sólo habrían valido para solucionar un problema aparente. Dicho concepto sólo sigue teniendo una función como medio de interpretación teleológica ("según el bien jurídico protegido") y para la estructuración sistemática de la Parte especial, pero políticocriminalmente carece de importancia. Ahora bien, el abandono de un concepto políticocriminal en favor de un concepto puramente hermenéutico de bien jurídico sería insatisfactorio: pues por una parte tal formación conceptual no lleva más allá del principio, de todos modos perfectamente conocido, de la interpretación teleológica¹⁴; y por otra parte los problemas materiales que hay tras la discusión políticocriminal justifican proseguir los esfuerzos por lograr un concepto de bien jurídico expresivo en su contenido y limitador del Derecho penal.

Sin embargo, la cuestión de si el concepto de bien jurídico, cuyo creador se considera a 8
Birnbaum¹⁵, tenía ya en la época en que surgió en el siglo XIX un contenido liberal y limitador de la punibilidad, es tan discutida como la conexión que frecuentemente se afirma que existe entre la teoría del bien jurídico y el Derecho penal de la Ilustración, que se había esforzado por restringir la punibilidad a los "daños sociales", derivando también de ello ya la exigencia de impunidad de las meras infracciones contra la moral¹⁶. Sin embargo, esto no es lo que importa en este contexto, dado que en todo caso el concepto de bien jurídico ha asumido esa función en la moderna discusión sobre la reforma, con la que ha de enlazar la discusión actual.

IV. La derivación del bien jurídico de la Constitución

El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción 9
previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución¹⁷. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo,

¹⁴ A cuyo respecto la interpretación "según el bien jurídico protegido" conduce incluso a errores si no se tiene debidamente en cuenta que el legislador sólo protege la mayoría de los bienes jurídicos frente a determinadas formas de ataque.

¹⁵ Birnbaum, Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens, etc., en: Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, t. 15 (1834), 149 ss.

¹⁶ Decididamente en contra de tales suposiciones Amelung, 1972, dirigiéndose sobre todo contra Sina, 1962, y los autores que le siguen.

¹⁷ Esta concepción es continuación y desarrollo de la expuesta por mí por primera vez en "Sinn und Grenzen staatlicher Strafe", JuS 1966, 377 ss., 381 s. (= Grundlagenprobleme, 1 ss., 12 s.) [= Problemas básicos, 1976, 11 ss., 20 s.; N. del T.]. Las más próximas a ella de las teorías del bien jurídico de la doctrina son las posiciones de Rudolphi, Honig-FS, 1970, 151 ss., y Marx, 1972. En cambio, la determinación conceptual que he mantenido en Roxin, Täterschaft, 1963, 1989, 413, se apoya en Jäger, 1957, cuya influencia sigue siendo perceptible en mis exposiciones de 1966. A favor del concepto constitucional de bien jurídico aquí defendido tb. Schöch, Schüler-Springorum-FS, 1993, 253.

* Según las legendarias tradiciones suizas sobre Guillermo Tell, en el siglo xiv Hermann Gessler era el gobernador austriaco que ocupaba el territorio suizo, y en una ocasión expuso su sombrero en el suelo bajo el tío de Altdorf e hizo saber a la población que tenían que prestarle reverencia cada vez que pasaran ante él, porque el sombrero era lo mismo que si estuviera el gobernador en persona; Tell precisamente fue detenido y castigado por negarse a doblar la rodilla ante el símbolo del tirano, pero luego logró escapar y matar al gobernador, encabezando la rebelión de los suizos contra Austria [N. del T.].

Por último, hay que dar la razón en el resultado a la teoría descrita en el nm. 3, en cuanto que las meras immoralidades no lesionan ningún bien jurídico y por ello deben quedar impunes. Así por ejemplo, la punición de relaciones homosexuales u otras consideradas inmorales, mantenidas entre adultos, sólo restringe la libertad del individuo, pero además no sólo es superflua, sino incluso nociva para la capacidad funcional del sistema social, por crear con-

3. Las meras immoralidades no lesionan bienes jurídicos

Por la misma razón estaría vedado proteger finalidades ideológicas median-
te normas jurídicopenas. Así p.ej., el "mantenimiento de la pureza de la sangre alemana", en el que se basó la prohibición nacionalsocialista de la llamada vergüenza racial, no es un bien jurídico en el sentido aquí descrito. Pero lo mismo valdría también para la obligación de seguir teorías ideológicas menos reprobables.

2. Las finalidades puramente ideológicas no protegen bienes jurídicos

Las conminaciones penales arbitrarias no protegen bienes jurídicos y son inadmisibles. Por tanto no se puede p.ej. exigir bajo pena al ciudadano que tribute reverencia a algo como el sombrero de Gessler* o a otro símbolo cualquiera; pues ello ni sirve a la libertad del individuo en un Estado liberal ni para la capacidad funcional de un sistema social basado en tales principios.

1. Las conminaciones penales arbitrarias no protegen bienes jurídicos

En consecuencia se puede decir: los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. Esta definición, al atender a "circunstancias dadas y finalidades" en vez de a "intereses" de modo general, quiere expresar que este concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el Derecho como los deberes de cumplimiento de normas creados sólo por el mismo, o sea que no se limita a la primera alternativa. De tal concepto de bien jurídico, que le viene previa- mente dado al legislador penal, pero no es previo a la Constitución, se pueden derivar una serie de tesis concretas.

flictos sociales innecesarios al estigmatizar a personas socialmente integradas. La exclusión de las meras inmoralidades del campo del Derecho penal no significa que tampoco se puedan proteger penalmente en su caso "sentimientos" y similares. El que denigra públicamente la confesión ideológica de otro (§ 166), o sustrae restos cadavéricos (§ 168) o realiza acciones sexuales en público (§ 183 a), por la indignación que con ello provoca en el afectado o en la comunidad perturba la paz pública, sin la que tampoco puede existir un sistema social liberal. En cambio, precisamente eso es lo que falta en las inmoralidades realizadas de común acuerdo y no en público.

4. Otras consecuencias

No es preciso exponer más detalladamente que en estos pocos ejemplos no se agota la utilidad práctica del concepto de bien jurídico. Así, preceptos penales que crearan o aseguraran la desigualdad entre los seres humanos no protegerían ningún bien jurídico; y lo mismo ocurriría con una punición de la expresión de opiniones, que infringiría el art. 5 GG, etc. De ese modo es cierto que del concepto de bien jurídico no se desprende nada que no se pudiera derivar ya de los cometidos del Estado y de los derechos fundamentales aun sin tal concepto; pero el mismo anuda los múltiples resultados de aquéllos y obliga a someter de antemano todo precepto penal a la luz de las limitaciones constitucionales.

5. También las contravenciones lesionan bienes jurídicos

En cambio, no es posible delimitar delitos y contravenciones según el criterio de si una acción lesiona bienes jurídicos preexistentes o solamente infringe normas creadas por el Estado. En efecto, también las contravenciones lesionan bienes jurídicos, puesto que causan daño al individuo (ruido perturbador de la tranquilidad o descanso!) o son perjudiciales para el bien común (y con ello mediatamente también para el ciudadano). Incluso una prohibición de aparcamiento tiene la finalidad de impedir un atasco de las calles y asegurar de ese modo el libre comercio y movimiento; por tanto protege un bien jurídico. Sólo sucede algo distinto cuando una regulación estatal sancionadora no permita reconocer ninguna referencia a los cometidos estatales de protección y orden. Pero entonces se tratará de un precepto arbitrario, cuya inadmisibilidad se deriva de los puntos de vista expuestos en nm. 10, y no del problema de la delimitación de hechos punibles y contravenciones.

V. La mutabilidad del concepto de bien jurídico

La concepción del bien jurídico descrita es ciertamente de tipo normativo; pero no es estática, sino que dentro del marco de las finalidades constitucio-

nales está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico¹⁸. Así por ejemplo, la punición de las acciones exhibicionistas es lícita porque las mismas ponen en peligro la paz pública. Pero si con el transcurso del tiempo se impusiera entre la población la opinión de que tal conducta sólo supone un síntoma de perturbación psíquica no peligroso para la colectividad, su punición no serviría ya para proteger bienes jurídicos, sino para impedir una mera inmoralidad, y tendría que suprimirse. La vinculación de la potestad punitiva al respectivo estado del conocimiento científico se muestra p.ej. en el tratamiento de la pornografía (§ 184). Su difusión entre personas adultas la ha dejado impune en lo sustancial el legislador, coincidiendo con la teoría del bien jurídico aquí mantenida, porque parte de la base de que la visión o lectura privada de dichos escritos, se juzgue como se quiera moralmente, no es socialmente nociva y en algunos casos puede incluso cooperar a eliminar las tensiones psíquicas. No obstante, si se comprobara que el consumo de pornografía o de algunas de sus manifestaciones conduce en fuerte medida a la comisión de delitos sexuales, entonces la limitación del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos ya no se opondría a la penalización.

VI. Cuestiones límite de la protección de bienes jurídicos

- 16 Un concepto de bien jurídico como el anteriormente descrito no proporciona una definición de la que se pudieran derivar conclusiones ya acabadas. Un concepto así no es posible y tendría que ser necesariamente erróneo, ya que reduciría la difícil búsqueda de la evolución ulterior correcta a una ciega deducción conceptual. Por el contrario, el concepto de bien jurídico sólo proporciona un criterio de enjuiciamiento que hay que desarrollar en la materia jurídica y que el legislador y el aplicador del Derecho tienen que consultar en la creación e interpretación de cada precepto concreto. El concepto de bien jurídico ha de ser puesto a prueba por tanto en la Parte especial y aquí no puede ser tratado en todas sus consecuencias.
- 17 Baste con aludir a que por las dificultades de delimitación en el caso concreto no se puede poner en tela de juicio la capacidad práctica de rendimiento del concepto de bien jurídico, sino que ésta se demuestra precisamente en que el principio del bien jurídico hace visibles los problemas del límite del *ius puniendi* estatal y puede llevar a una solución racional de los mismos. A continuación se indican tan sólo algunas ideas clave para la discusión, cuyo centro de gravedad está en la Parte especial.
- 18 1. La punibilidad del homicidio consentido (§ 216), cuya impunidad se reclama frecuentemente con el argumento de que ese hecho no lesiona ningún bien jurídico¹⁹, se puede

¹⁸ Sobre ello especialmente W. Hassemer, 1973.

¹⁹ Ultimamente R. Schmitt, Maurach-FS, 1972, 113 ss.; Marx, 1972, 65 s.

mantener teniendo en cuenta que la concurrencia de una decisión autónoma sobre la propia vida tras la muerte de la víctima sólo se podrá demostrar indubitadamente a lo sumo en los casos de suicidio por propia mano, pero no en caso de actuación de un tercero, y que el mandato de protección de la vida requiere la tabuización por principio de la vida ajena.

2. La punibilidad de la venta de drogas etc. se justifica por la incontabilidad, que de lo contrario se produciría, de su difusión y de su peligro para consumidores no responsables, sobre todo también para los jóvenes menores de edad ^{19a}.

3. La "vida en formación", protegida por el § 218, ciertamente no es aún una "persona"; pero a pesar de ello debe ser considerada como bien jurídico, porque la Ley Fundamental (art. 2 II 1) también protege la vida en formación como forma previa de existencia humana (BVerfGE 39, 1). Por eso el legislador puede legítimamente prohibir bajo pena el aborto (sobre la ulterior cuestión de si tb. está obligado a ello, cfr. *infra* nm. 26 s.).

4. Un punto neurálgico lo constituye también el tipo de los malos tratos a animales (§ 17 TierSchG), que siempre se cita como prueba de que incluso sin lesión de bienes jurídicos ha de admitirse la punición. Y efectivamente cabe preguntar cómo va a ser útil para la libertad del ciudadano o el aseguramiento del sistema social la "protección de la vida y bienestar del animal", a la que quiere servir la TierSchG según sus propias manifestaciones. No obstante, hay que considerar admisible la punición de los malos tratos a los animales. Pero ello no significa que en este caso se proteja una mera concepción moral, sino que hay que partir de la base de que el legislador, en una especie de solidaridad entre las criaturas, también considera a los animales superiores como nuestros semejantes, como "hermanos distintos", y los protege como tales. Según esto, en la protección de la convivencia humana se incluye también, aunque con diferente atenuación, junto a la vida humana en formación la vida de los animales superiores. Su sentimiento de dolor se equipara hasta un cierto grado al del hombre. El § 90 a BGB responde a dicha concepción.

5. Los límites de un Derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos también se ven afectados por los casos, muy discutidos recientemente, de "legislación simbólica" ²⁰. Aquí se trata de preceptos penales que no despliegan en primera línea efectos protectores concretos, sino que, confesándose partidarios de determinados valores o condenando conductas consideradas reprobables, pretenden servir para la autoafirmación de grupos políticos e ideológicos. A menudo también sucede que sólo se persigue apaciguar al elector, en cuanto que mediante leyes previsiblemente ineficaces sin embargo se puede suscitar la impresión de que "se hace algo" para combatir acciones y situaciones indeseables. Dado que todas las leyes penales tienen un impacto simbólico más o menos grande por deber operar sobre la formación de la conciencia de la población, los elementos "simbólicos" de la legislación no son inadmisibles de modo general. Todo depende de hasta qué punto se sigue garantizando suficientemente la referencia al bien jurídico. En el caso de preceptos que extienden ampliamente la punibilidad al campo previo a las acciones concretas o que castigan meras manifestaciones de la actitud interna, puede ser absolutamente dudosa su admisibilidad desde los puntos de vista del Estado de Derecho. Sin embargo, todavía queda por realizar una amplia elaboración jurídicopenal y constitucional de la problemática, que hasta ahora ha sido predominantemente analizada por la teoría del Derecho y las ciencias sociales.

6. Sobre la problemática del bien jurídico en los delitos de peligro abstracto y en la lucha contra el riesgo mediante el Derecho penal cfr. nm. 23a-e.

^{19a} Sin embargo, una investigación más exacta debería conducir a una restricción sustancial del actual Derecho penal en materia de estupefacientes; merece leerse al respecto Köhler, ZStW 104 (1992), 3; idem, MDR 1992, 739.

²⁰ Monografía: Voß, *Symbolische Gesetzgebung*, 1989; de la restante bibliografía jurídica: Amelung, ZStW 92 (1980), 54 ss.; Neumann/Schroth, 1980, 114 ss.; Noll, ZSchwR 1981, 347 ss.; W. Hassemer, NSZ 1989, 553; Tönnies, ZRP 1992, 411; Müller, KrimJ 1993, 82.

VII. Derecho penal del peligro, Derecho penal del riesgo, aseguramiento del futuro mediante el Derecho penal: ¿el fin de la protección de bienes jurídicos?

23 La vinculación del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos no exige que sólo haya una punibilidad en caso de **lesión** de bienes jurídicos. Es suficiente una puesta en peligro de bienes jurídicos, que en los delitos de peligro concreto (p.ej. el § 315 c: puesta en peligro del tráfico viario) el propio tipo convierte en requisito de la punibilidad, mientras que en los delitos de peligro abstracto (p.ej. el § 316: conducción bajo influencia de bebidas) los bienes jurídicos protegidos (aquí: vida, integridad corporal, valores patrimoniales) no se mencionan en absoluto en el tipo, sino que constituyen sólo el motivo para la creación del precepto penal. Asimismo, la punibilidad de la tentativa para la creación del precepto penal. Asimismo, la punibilidad de la acción —en la que *per definitionem* no se produce la lesión del objeto de la acción— tampoco está en contradicción con la teoría de la protección de bienes jurídicos. Esta no requiere como presupuesto de la punibilidad nada más que el hecho de que una acción esté dirigida por su tendencia objetiva o subjetiva a la lesión de un bien jurídico²¹. Más allá de estos casos, tampoco se renuncia a la exigencia de protección de bienes jurídicos por el hecho de destacar que el Derecho penal con sus prohibiciones quiere asegurar valores de la acción (como el respeto a la vida, a la propiedad ajena, etc.). Ello es totalmente correcto en la medida en que el mantenimiento de valores de la acción sirve para la protección de los bienes jurídicos a los que los mismos se refieren. Solamente está vedada la protección de valores de la acción y de la actitud interna "flotantes", cuya lesión no tiene referencia alguna a un bien jurídico. De todos modos la ampliación del Derecho penal al terreno de la puesta en peligro no está libre de reparos allí donde conduce a incriminaciones cada vez más amplias en el campo previo y con bienes protegidos cada vez más inaprehensibles. Herzog habla por ello en su "Estudios sobre el adelantamiento del Derecho penal al terreno de la puesta en peligro"²² de una "puesta en peligro del Derecho penal mediante el Derecho penal de la puesta en peligro". Pero su escepticismo va algo más lejos de su objetivo; pues allí donde una conducta peligrosa prohibida está claramente descrita y si es claramente visible su referencia al bien jurídico son inevitables incluso los delitos de peligro abstracto. Por eso no se podrá renunciar a un tipo como la "conducción bajo influencia de bebidas" (§ 316), que cumple esos requisitos. Por otra parte, cuando el § 29 I n.º 1 BtMG castiga el hecho de "traficar con narcóticos" y la jurisprudencia entiende por tal "toda actividad lucrativa dirigida a la transacción"²³, incurrir ya en responsabilidad penal por delito consumado el que promete

23a

²¹ Kratzsch, GA 1989, 56, ve la misión de las normas del Derecho penal en "evitar a tiempo" daños amenazantes para el bien jurídico; y ello incluye según el también dominar los cursos de los acontecimientos dependientes del azar (p.ej. mediante delitos de peligro abstracto); ídem, 1985, 119, y con más detalles 257 ss.

²² Es el título de su libro "Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge", 1991; la cita en p. 70. Según Müller-Dietz, "el Derecho penal del peligro es el elemento característico de la sociedad del riesgo" (Rud. Schmitt-FS, 1992, 104).

²³ Cfr. solamente BGH StV 1992, 516 y 517, con Com. de Roxin.

proporcionar drogas, pero no encuentra ningún proveedor. Aquí se le impone entonces la pena de la consumación a una conducta que de antemano sólo se puede referir vagamente a un bien jurídico poco claro (la "salud pública"), llegando a incluir hasta las meras declaraciones de intenciones. Ello ya no es compatible con una concepción del Derecho penal orientada al bien jurídico y se aproxima peligrosamente a un Derecho penal de la actitud interna. Una elaboración exacta de todos los delitos de peligro abstracto, como la que ha efectuado Herzog^{21c} respecto de los §§ 264 y 324, pondría de manifiesto que muchos de ellos son insostenibles en un Estado de Derecho.

A un contexto similar pertenece la reciente discusión en torno al "Derecho penal del riesgo", que fue suscitada por el libro del sociólogo Beck sobre la "sociedad del riesgo" ("Risikogesellschaft", 1986) y que ha sido tratada por primera vez monográficamente en la obra de Prittwitz sobre "Derecho penal y riesgo" ("Strafrecht und Risiko", 1993)^{21d}. En ella se trata de la cuestión de hasta qué punto el Derecho penal está en condiciones de hacer frente con su tradicional instrumental liberal y ajustado al Estado de Derecho, al que también pertenece sobre todo el concepto de bien jurídico, a los modernos riesgos de la vida (como los de tipo atómico, químico, ecológico o de técnica genética). Muchos responden negativamente a esta cuestión y aluden a la necesidad de desactivar las causas sociales de las que surgen tales riesgos. Ahora bien, como eso sólo es posible siempre de modo limitado, lo cierto es que no se podrá renunciar totalmente a la intervención del Derecho penal en este campo. Pero también al luchar contra el riesgo mediante el Derecho penal hay que preservar la referencia al bien jurídico y los restantes principios de imputación propios del Estado de Derecho; y donde ello no sea posible, debe abstenerse de intervenir el Derecho penal. "Sólo hay espacio para el Derecho penal allí donde las decisiones sobre el riesgo puedan atribuirse individualmente de modo justo"^{21e}.

Acogiendo y radicalizando parcialmente las tesis de Herzog y Prittwitz, otros representantes de la "Escuela de Frankfurt" (W. Hassemer, Naucke, P. A. Albrecht) se manifiestan también contra los intentos de combatir los problemas de la sociedad moderna ("medio ambiente, economía, procesamiento de datos, drogas, impuestos, comercio exterior, en una palabra: criminalidad organizada")^{21f} mediante un Derecho penal preventivo. Tras esta posición está el temor de que para una intervención efectiva del Derecho penal en esos campos hubiera que sacrificar garantías esenciales del Estado de Derecho. W. Hassemer^{21g} propone por ello una reducción del Derecho penal a un "Derecho penal nuclear" y propugna resolver los indicados problemas "modernos" mediante un "Derecho de la intervención", que "esté situado entre el Derecho penal y el Derecho contravencional, entre el Derecho civil y el público, y que ciertamente dispondrá de garantías y procedimientos reguladores menos exigentes que el Derecho penal, pero que a cambio estará dotado de sanciones menos intensas frente a los individuos". De modo similar, Naucke^{21h} constata un desplazamiento del centro de gravedad "desde el Derecho penal ajustado al Estado de Derecho a la poderosa transacción social", e insiste en una incondicional "exigencia del Derecho penal ajustado al Estado de Derecho, aunque sea a costa de la prevención". P. A. Albrecht²¹ⁱ diagnostica "erosiones del Derecho penal ajustado al Estado de Derecho" y aboga por una "retirada del Derecho penal

^{21c} Herzog, 1991, 109 ss.

^{21d} Otra bibliografía: P. A. Albrecht, KritV 1988, 182; Beste/Wagner, KrimJ 1991, Beiheft 3, 24; Calliess, NJW 1989, 1338; Greive, 1992; W. Hassemer, NSStZ 1989, 553; idem, StrV 1990, 328; idem, AK, antes del § 1, nm. 480; Hassemer/Meinberg, NK 1989, 46; Hilgendorf, NSStZ 1993, 10; Kindhäuser, Universitas 1992, 227; Prittwitz, StrV 1991, 435; Seelmann, BewHi 1991, 123; idem, KritV 1992, 452.

^{21e} Prittwitz, 1993, 384.

^{21f} W. Hassemer, ZRP 1992, 381; cfr. tb. idem, 1991, 329.

^{21g} W. Hassemer, ZRP 1992, 383.

^{21h} Naucke, KritV 1993, 135, 158, 161. Su discípulo Runte critica tal evolución en su investigación sobre la modificación de las causas de justificación: Die Veränderung von Rechtfertigungsgründen, 1991, *passim*.

²¹ⁱ P. A. Albrecht, KritV 1993, 163, 180.

Stratenwerth, ZStW 105 (1993), 679. Las citas se encuentran en las pp. 685 s., 688, 692, 694 s.

El bien jurídico debe distinguirse del concreto objeto de la acción. Así p.ej., en la falsedad documental (§ 267) el bien jurídico protegido es la pureza del tráfico probatorio, pero el objeto de la acción es el documento falsificado en el caso concreto. El objeto de la acción es la cosa ajena sustraída,

VIII. Bien jurídico y objeto de la acción

Todas estas son perspectivas atrevidas, que no cabe juzgar en detalle mientras la "nueva" dogmática, que no podría sustituir, sino sólo complementar a la tradicional, ni siquiera sea reconocible en sus perfiles y no se pueda revisar en cuanto a su conformidad con el Estado de Derecho. Es cierto que, como el "futuro" se ve puesto en peligro menos por personas individuales que por colectividades, habrá que desarrollar sobre todo en este campo nuevas estructuras de imputación, como pone de relieve la discusión vivamente apasionada sobre el Derecho penal de las personas jurídicas (cf. § 8, nm. 56a-c). Pero debe reflexionarse sobre el hecho de que para el mantenimiento de la vida en nuestro planeta los "tipos penales referidos al futuro" sólo podrán realizar una pequeña aportación. En este campo, junto con convenios internacionales y trabajo informativo para cambiar las mentalidades, tendrá que entrar en juego el instrumento social de todo el ordenamiento jurídico. Es decir que, aunque nos víeramos forzados a ir aquí y allá más lejos de la protección de bienes jurídicos concretos y a proteger jurídicopenalmente "contextos de la vida" mediante "normas de conducta relativas al futuro", seguirá siendo válido en esa medida el principio de subsidiariedad (nm. 28 ss.). No obstante, aquí se van abriendo paso evoluciones que probablemente cobren gran importancia en el Derecho penal del siglo XXI; pero a lo sumo conducirán a una cierta relativización, y no a un abandono de la idea de bien jurídico.

23d Stratenwerth²¹⁾, en su ponencia inaugural en las Jornadas de Profesores de Derecho penal celebradas en Basilea en 1993, ha propuesto una "tercera vía" para resolver la cuestión del "aseguramiento del futuro con los medios del Derecho penal". A este respecto se pronuncia en contra de "un Derecho penal puramente funcionalista", que, descuidando las tradicionales garantías del Estado de Derecho, "sólo se orientaría a la finalidad de lograr una defensa lo más eficaz posible frente a los riesgos que amenazan el futuro". Según él, la pena sigue estando "vinculada a reglas diferenciadas de imputación"; y si se desliga de ellas, ya no será penal del terreno del aseguramiento del futuro propagada por la Escuela de Frankfurt. "Que haya que renunciar a la pena, que es la sanción... más dura que conoce nuestro Derecho, precisamente allí donde están en juego intereses vitales no sólo de los individuos, sino de la humanidad en su totalidad, es algo que considero... inadmisiblemente". En su lugar recomienda ir más allá de la protección de bienes jurídicos, anclada en el pensamiento antropocéntrico, y —p.ej. en cuestiones de medio ambiente o de tecnología genética— "proteger contextos de la vida como tales, sin que esa necesidad se pueda reconducir a los intereses reales de cualesquiera participantes". Por eso propone proteger jurídicopenalmente "normas de conducta referidas al futuro" sin "retro-referencia a intereses individuales". En su opinión, la teoría jurídicopenal de la imputación, orientada al bien jurídico, no se puede trasladar sin modificaciones a ese nuevo campo de problemas, en el que es necesario un prolongado trabajo en los detalles, pero se puede llegar a soluciones materialmente defendibles "en los delitos relativos al futuro, desde el punto de partida esbozado, en las cuestiones de causalidad y resultado, dolo y conciencia del injusto, autoría y participación, o también de responsabilidad penal de las empresas".

de la pretensión de control preventivo abarcándolo todo" y por un giro simultáneo "hacia formas adecuadas de control... que ya están disponibles en el Derecho civil, el Derecho

y el jurídico protegido, la propiedad y la posesión. A veces parecen coincidir objeto de la acción y bien jurídico, como en los delitos de homicidio, en que la vida humana es tanto el objeto de la agresión como el bien jurídico protegido. Pero esto sólo es así aparentemente; pues el objeto de la acción es la persona concreta cuya vida individual es agredida, mientras que el bien jurídico protegido es la vida humana como tal. Bien jurídico, por tanto, es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque; y es lesionable sólo dañando los respectivos objetos individuales de la acción.

IX. ¿Son nulas las leyes penales que no protegen bienes jurídicos?

Aún no está definitivamente aclarada la cuestión de si la concreción del concepto material de delito lograda mediante la limitación a la protección de bienes jurídicos tiene sólo efectos políticocriminales, o también jurídicamente vinculantes, con la consecuencia de que sea inválida una norma jurídicopenal que la infrinja. Es cierto que la nulidad de las leyes arbitrarias (nm. 10) no encontrará ninguna contradicción. Pero en cambio, en el caso de normas penales que protegen la "moral" o determinados "valores" (nm. 11 s.), muchos intentan apoyar su validez jurídica invocando la "ley moral", por la cual según el art. 2 I GG se restringe el libre desarrollo de la personalidad. Y así también el BVerfG (E 6, 389 ss., 434), cuando afirmó la constitucionalidad de la norma penal, vigente hasta 1969, contra la homosexualidad entre adultos (§ 175 v. a.), apeló a la tesis de que la ley moral puede "legitimar una intromisión del legislador en la libertad humana que, si no, sería ilícita o de dudosa licitud". Esta opinión no se puede compartir^{21k}, porque la protección de normas morales, religiosas o ideológicas, cuya vulneración no tenga repercusiones sociales, no pertenece en absoluto a los cometidos del Estado democrático de Derecho, que por el contrario también debe proteger las concepciones discrepantes de las minorías y su puesta en práctica. Por ello habrá que interpretar el concepto de la ley moral que en el art. 2 I GG restringe la libertad general de actuación, partiendo del contexto de la Constitución, en el sentido de que dicho concepto "sólo comprende aquellas normas morales elementales, cuya observancia" es precisa "no sólo por ellas mismas, sino también para evitar consecuencias socialmente nocivas"²².

^{21k} Aprob. Jäger, Schüller-Springorum-FS, 1993, 240, que querría ver recogida en la GG la restricción del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos o a la evitación de daños sociales.

²² Rudolphi, Honig-FS, 1970, 161; en el resultado tb. Amelung, 1972, 315.

X. ¿Puede estar obligado el legislador a castigar lesiones de bienes jurídicos?

- 26 Un problema similar, en cuanto que tampoco está suficientemente resuelto, es el de si y, en su caso, con qué requisitos el legislador puede estar incluso obligado a penar una conducta lesiva de bienes jurídicos. Lo que es seguro es que por regla general no existe un mandato constitucional de punición que vaya más allá del art. 26 I GG²³. Por el contrario, la ponderación entre bien común y libertad individual, así como la delimitación de libertades individuales en colisión, es asunto del legislador, cuyos márgenes de decisión son mucho mayores que los terrenos en que está vinculado. Aquí también es en gran medida cuestión del prudente criterio del legislador decidir si quiere proteger un bien jurídico jurídicopenalmente o con medios del Derecho civil y del Derecho público; e incluso tienen prioridad las posibilidades de protección extrapenal que sean suficientemente eficaces (cfr. al respecto nm. 28 ss.). Así por ejemplo, la privación temporal de una cosa, o sea la sustracción de una cosa ajena sin ánimo de apropiación, en Derecho alemán no es punible por regla general (aunque sí es antijurídica según el § 858 I del BGB [Código Civil] como realización arbitraria de la propia fuerza, y en su caso obliga a la reparación del daño); así pues, quien antes del concierto decisivo le sustraiga a un violinista el instrumento con el que sólo éste ha practicado, pero se lo quiera devolver después, saldrá impune de este hecho. Se puede discutir si no sería más adecuado el castigo en un caso como éste; pero no se puede afirmar que el legislador está obligado a crear un precepto así.
- 27 Sin embargo, el BVerfG, en la conocida polémica jurídica en torno a la legislación sobre el aborto, ha declarado inconstitucional la llamada solución de los plazos (es decir, la impunidad del aborto en los tres primeros meses del embarazo) con la fundamentación de que el legislador no puede renunciar por completo a la protección mediante el Derecho penal; y añadiendo que el mismo puede, “en el caso extremo, es decir si no se puede lograr de ningún otro modo la protección requerida por la Constitución,... estar obligado a interponer el medio del Derecho penal para proteger la vida que se está desarrollando” (BVerfGE 39, 1, 45). Esta posición merece aprobación para el caso de destrucción de bienes jurídicos fundamentales bajo los estrictos presupuestos mencionados²⁴; pues en otro caso el Estado se podría sustraer a su

²³ Art. 26 I GG: “Las acciones que sean idóneas para y ejecutadas con la intención de perturbar la convivencia pacífica de los pueblos, y especialmente de preparar la ejecución de una guerra de agresión, son inconstitucionales. Y deben ser castigadas penalmente.”

²⁴ El tema va más allá del Derecho penal y sólo se puede tratar de modo completo en conexión con los deberes del Estado de protección de derechos fundamentales reconocidos hoy en Derecho constitucional. De la bibliografía jurídicoconstitucional reciente: Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983; Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985; Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987; Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, 1987; E. Klein, Grundrecht-

cometido de asegurar la coexistencia pacífica de los ciudadanos, y con ello se estaría desahuciando a sí mismo²⁵. Sin embargo, la cuestión de si en el caso del aborto la protección de la vida en formación no se habría podido conseguir también o incluso mejor con otros medios distintos de los del Derecho penal, ha seguido siendo polémica. Y también el BVerfG le concede ahora al legislador la posibilidad de proteger la vida en formación por otros medios distintos de los jurídicos penales (BVerfGE 88, 203).

XI. La subsidiariedad de la protección de bienes jurídicos

De lo dicho hasta ahora de desprende ya que la protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el Derecho penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema —como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.—. Por ello se denomina a la pena como la “*ultima ratio* de la política social” y se define su misión como protección **subsidiaria** de bienes jurídicos²⁶. En la medida en que el Derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza “fragmentaria” del Derecho penal²⁷.

Esta limitación del Derecho penal se desprende del principio de proporcionalidad, que a su vez se puede derivar del principio del Estado de Derecho de nuestra Constitución: Como el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer

liche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, 1633; Hofmann, Die Pflicht des Staates zum Schutz menschlichen Lebens, F.-W. Krause-FS, 1990, 115; Kriele, Die nicht-therapeutische Abtreibung vor dem Grundgesetz, 1992.

²⁵ Cfr. sobre la gran controversia existente en la doctrina, con ulteriores citas, Rüpke, Schwangerschaftsabbruch und Grundgesetz, 1975; Müller-Dietz, Dreher-FS, 1977, 97; Arndt/Erhardt/Funke, Der § 218 StGB vor dem Bundesverfassungsgericht, 1979; Badura, Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur Nachbesserung von Gesetzen, Eichenberger-FS, 1982, 481; Driendl, Zur Notwendigkeit und Möglichkeit einer Strafgeseztgebungswissenschaft in der Gegenwart, 1983; v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, t. I, ³1985, 60.

²⁶ Cfr. Roxin, JuS 1966, 382 (= Grundlagenprobleme, 13 s.) [= Problemas básicos, 1976, 21 s.; N. del T.]; Arth. Kaufmann, Henkel-FS, 1974, 89 ss. Sobre los límites del concepto de subsidiariedad más en detalle Jakobs, AT³, 2/26 ss.; sobre la “significación del principio de subsidiariedad para despenalizaciones”, Brandt, 1988; P. A. Albrecht, 1992. Sobre las consecuencias para el Derecho penal económico Haffke, KritV 1991, 165.

²⁷ El origen de la expresión se le atribuye generalmente a Binding, Lehrbuch BT, t. I, ²1902, 20 ss. Con más detalles sobre ello Maiwald, Maurach-FS, 1972, 9 ss. (con conclusiones parcialmente diferentes).

intervenir cuando otros medios menos duros no prometían tener un éxito suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico. Por ejemplo, las infracciones contra-tales habituales se pueden compensar muy bien mediante la acción civil y medidas de ejecución forzosa, por lo que sería inadecuado intervenir en esos casos con el Derecho penal. Sólo si alguien perjudica mediante engaño y con ánimo de lucro a la otra parte de un negocio, el bien jurídico del patrimonio individual se ve menoscabado de modo tan consistente que entra en juego el tipo penal de la estafa (§ 263).

30

Aquí hay que ubicar también el problema político-criminal de la delimitación entre hechos punibles y contravenciones. En virtud de la subsidiariedad de la protección jurídicopenal de bienes jurídicos, el legislador debe estatuir una contravención allí donde una sanción no penal baste para asegurar el fin que persigue. Así sucede sobre todo en caso de delitos que suponen sólo un menoscabo insignificante de bienes jurídicos (cfr. los §§ 111 ss. OWiG). Pero también hay que considerar esa posibilidad cuando una conducta, pese a causar un daño a veces considerable, sólo muestra un escaso contenido de desvalor ético; así en el caso de la imprudencia insignificante, que hoy se castiga muchas veces como infracción criminal, su sanción como contravención podría cumplir la misma función de protección, tanto más cuanto que el deber de indemnización civil despliega un considerable efecto preventivo. En otros casos —p.ej. en algunas formas de conductas nocivas para el medio ambiente— los deberes y sanciones administrativas pueden ser a menudo más eficaces que la persecución penal, que en estos casos frecuentemente tropieza con dificultades para aclarar la responsabilidad individual. También ofrece posibilidades que con mucho no se han agotado aún a efectos de política jurídica la sustitución de soluciones penales por soluciones del Derecho civil. Así tendría pleno sentido —excepto en caso de reincidencia repetida— que los pequeños hurtos en tiendas se compensaran con prestaciones dinerarias al propietario del establecimiento²⁸; y para los hurtos en las empresas, en vez de encomendar tales casos a la Justicia penal, se debería disponer de una regulación jurídica para una "justicia en la empresa" de carácter interno²⁹.

²⁸ Cfr. el Alternativ-Entwurf eines Gesetzes gegen Ladenhebstahl (Proyecto Alternativo de Ley contra el hurto en tiendas), 1974; sobre la muy controvertida problemática, que ibi. fue objeto de las DJT de 1976, cfr. además solamente Meurer, Bekämpfung des Ladenhebstahls, 1976, y Schoreit (ed.), Problem Ladenhebstahl, 1979, con ulteriores citas; otra bibliografía adicional al respecto se enumera antes del nm. 49.

²⁹ De la abundante bibliografía cfr. solamente el Alternativ-Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Betriebsjustiz (Proyecto Alternativo de Ley sobre regulación de la justicia en la empresa), 1975, y el volumen colectivo de Kaiser/Meitzger-Pregitzer, Betriebsjustiz, 1976; otra bibliografía adicional

como la que ya se practica hoy —pero sin suficientes garantías jurídicas— en la mayoría de los casos.

A diferencia de lo que ocurre en la cuestión de la protección de bienes jurídicos, en que el legislador está sometido a obligados límites relativamente estrictos, la idea de subsidiariedad deja abierto un amplio margen de juego al arbitrio del legislador. Es cierto que teóricamente el principio de proporcionalidad es un principio constitucional básico, por lo que la punición de una infracción insignificante podría ser nula por vulnerar la prohibición de exceso; pero en la práctica hay que negar la inconstitucionalidad mientras el legislador tenga disponibles para infracciones de escasa gravedad penas correlativamente benignas. Y si no hay certeza sobre si otros medios más leves (como las meras sanciones civiles) prometen o no un éxito suficiente, al legislador le está atribuida además una prerrogativa de estimación³⁰. Por ello el principio de subsidiariedad es más una directriz políticocriminal que un mandato vinculante; es una cuestión de decisión de política social fijar hasta qué punto el legislador debe transformar hechos punibles en contravenciones o si considera adecuada la desincriminación p.ej. del hurto en locales comerciales o en las empresas. Pero de todos modos el concepto material de delito también hace posible en la medida expuesta una crítica legislativa fundada, que es imprescindible para el progreso del Derecho penal.

XII. Concepciones discrepantes en la doctrina

Frente a la concepción aquí defendida, una parte de la doctrina le niega a la idea de protección de bienes jurídicos la aptitud para determinar el concepto material de delito (lo que ha de ser así necesariamente entre los partidarios del concepto metodológico de bien jurídico, cfr. nm. 7). Así opina v.gr. Jescheck³¹ que hoy el concepto de bien jurídico sirve en muchas ocasiones para limitar el Derecho penal a la sanción de conductas nocivas (y no meramente chocantes) para la comunidad, pero que ésta “no es una cuestión del concepto de bien jurídico, sino de política criminal, que ciertamente está vinculada a la escala jerárquica de los valores en la Constitución, a los deberes de protección derivados de ella y al principio de subsidiariedad del Derecho penal”. De modo similar dice Zipf³², sin recurrir a la idea de la protección de bienes jurídicos, que el “concepto material de delito” está “preconfigurado por el

al respecto se enumera antes del nm. 49. Rechazando las soluciones sectoriales indicadas aquí y en n. 28, Dölling, 1993, 19 ss., con ulteriores citas; cfr. tb. *infra* nm. 50 *in fine*.

³⁰ BVerfGE 37, 104 (118); 43, 291 (347); BVerfG NStZ 1989, 478; para más detalles Kuhlen, 1989, 184 ss.

³¹ Jescheck, AT⁴, § 26 I 2.

³² Zipf, 1980, 107.

ordenamiento constitucional y por la teoría del Derecho penal. A ese respecto tiene especial importancia la toma de posición a favor de un modelo pluralista del Estado y de la sociedad... En nuestro actual orden social el delito no puede originarse por una ideología discrepante o por una orientación moral diferente". Todo ello contiene elementos esenciales de la teoría que también se defiende aquí. Pero su ubicación dentro del principio de la protección subsidiaria de bienes jurídicos permite una sistematización y concreción de los diversos puntos de vista, sin la que tales declaraciones se quedan fácilmente en lo no vinculante; y así efectivamente Zipf³³, p.ej., no ve en el concepto material de delito un "límite jurídico para el legislador penal", sino que sólo le atribuye una "función de modelo rector".

- 33 Por otra parte, Amelung³⁴ pretende basar el concepto material de delito en una teoría del daño social —que debe evitarse mediante conminación penal—, para cuya precisión en su contenido recurre a la moderna teoría de los sistemas sociales (sobre todo Parsons). Ahora bien, esa atención a la funcionalidad para el sistema de una conducta conduce a que se proteja a la persona no por sí misma, sino sólo en interés de la sociedad³⁵, a la que por tanto también se la podría sacrificar sólo con que el sistema permanezca inalterado. Para eludir esa consecuencia, que es radicalmente contrapuesta a la dirección liberal de la idea del bien jurídico, Amelung quiere restringir su concepción mediante las decisiones valorativas fundamentales de la Ley Fundamental (sobre todo los arts. 1 y 2 GG)³⁶. De ese modo puede llegar a resultados similares a los que aquí se defienden; pero la restricción —materialmente necesaria— está en contradicción con el punto de partida y oculta la idea de que el Estado existe para el individuo, que ha de ser protegido por sí mismo y no como parte de todo el sistema social³⁷.

- 34 Welzel³⁸ sostiene la opinión de que "la misión central" del Derecho penal no consiste en la protección de bienes jurídicos, sino en asegurar la "vigencia de los valores del acto éticosociales positivos, como el respeto a la vida, salud, libertad, propiedad ajenas, etc.". La "misión primaria del Derecho penal" no es la protección actual de bienes jurídicos, sino "garantizar" la observancia "de los valores del acto de una actitud interna jurídica"³⁹; sin embargo considera "incluida" la "protección de los bienes jurídicos concretos" dentro de la prioritaria protección de los valores elementales de la actitud interna⁴⁰.

³³ Zipf, ²1980, 110 s.

³⁴ Amelung, 1972, 330 ss.; aprob. con precaución Stratenwerth, AT³, nm. 57.

³⁵ Amelung, 1972, 389.

³⁶ Amelung, 1972, 390; pero idem (1991, 269, 278) opina tb. que la Constitución sólo sujeta un poco al legislador.

³⁷ Cfr. la crítica de W. Hassemer, ZStW 87 (1975), 161 ss.

³⁸ Welzel, StrafR¹¹, 2 [= PG, 1987, 12; N. del T.].

³⁹ Welzel, StrafR¹¹, 3 [= PG, 1987, 13; N. del T.].

⁴⁰ Welzel, StrafR¹¹, 4 [= PG, 1987, 15; N. del T.].

Frecuentemente se le reprocha a esa concepción que se aparta del Derecho penal del hecho y conduce a un Derecho penal de la actitud interna; pero la verdad es que sin razón: pues Welzel no pretende imponer cualesquiera actitudes internas "positivas" por medio del Derecho penal, sino sólo el respeto de los bienes jurídicos protegidos en el Código Penal y el reconocimiento de las normas. Pero ello muestra también que Welzel confunde medios y fines y que su teoría en sus resultados apenas se distingue de la teoría aquí mantenida. En efecto, la estabilización de las normas en la conciencia de la comunidad pertenece sin duda, como "prevención general positiva", a los cometidos del Derecho penal (cfr. para más detalles § 3, nm. 26 s.), y no a otra cosa conducen las formulaciones de Welzel. Pero la creación de respeto a la vida o propiedad ajena, etc., naturalmente no se produce como fin en sí mismo, sino para evitar daños a bienes jurídicos; con lo que sólo es medio para el fin de la protección de bienes jurídicos.

Tampoco es equivocada, pero sí que da lugar a malentendidos similares, la posición que sitúa con el mismo rango la "infracción del deber" junto a la lesión del bien jurídico⁴¹. Cuando p.ej. Jescheck pretende que "protección de bienes jurídicos y protección de los valores éticosociales de la acción" se "conciben como cometidos equivalentes... del Derecho penal", coincide con la concepción de Welzel, pero con la diferencia de que renuncia a concederle prioridad al aseguramiento de los valores de la acción. No obstante, lo dicho sobre la teoría de Welzel vale también frente a esta concepción: la corrección de la actitud interna es un medio para la protección de bienes jurídicos, y no algo que esté autónomamente junto a ella. Por otra parte, cuando Lenckner alude a que el delito también supone un desvalor de la acción y de la actitud interna, que sintetiza bajo el concepto de la "infracción del deber", con ello no se está diciendo sino que el hecho punible ha de ser antijurídico y culpable (más detalles al respecto § 7); pero eso no cambia para nada el hecho de que la punición de delitos (que sin duda presuponen antijuridicidad y culpabilidad) sólo sirve para proteger bienes jurídicos.

Jakobs⁴² opina que "las modalidades de tipo objetivo y subjetivo irrelevantes para que haya una lesión de bienes", así como los delitos especiales, no se podrían explicar si el fin de las normas se busca únicamente en la protección de bienes jurídicos. Y efectivamente son impunes p.ej. el perjuicio patrimonial sin ánimo de lucro y la sustracción de una cosa sin ánimo de apropiación, a pesar de que la lesión del bien jurídico es la misma que en la estafa (§ 263) o en el hurto (§ 242). Pero si se considera que el cometido del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, ello no quiere decir que tenga que castigarse toda lesión de bienes jurídicos sin tener en cuenta las modalidades de

⁴¹ Jescheck, AT⁴, § 1 III; Sch/Sch/Lenckner²⁴, antes de los §§ 13 ss., nm. 11.

⁴² Jakobs, AT², 2/16 ss.

la misma; sino que hay que recordar que el Derecho penal sólo protege los bienes jurídicos subsidiariamente y que debe abstenerse de intervenir cuando, como sucede en caso de falta de ánimo de lucro o de apropiación, el problema se puede solucionar con los medios del Derecho civil. También es cierto que difícilmente se podrá negar que los delitos especiales propios, como la prevaricación (§ 336) o la gestión desleal (§ 266), protegen bienes jurídicos; sólo que esos bienes jurídicos no pueden ser lesionados por cualquier persona.

Prescindiendo de tales diferencias de opiniones (o centrales), la misión del Derecho penal como protección de bienes jurídicos es ampliamente reconocida en la doctrina moderna.⁴³ Sin embargo, no se ha ganado mucho con ello, ya que el concepto de bien jurídico, aunque no se lo reduzca a la *ratio legis* (nm. 7), se describe del modo más diverso y frecuentemente resulta bastante vaga su operatividad para la elaboración de un concepto material de delito. Así se caracteriza el bien jurídico como "bien vital" reconocido socialmente como valioso⁴⁴, como "valor jurídico" o "interés jurídico"⁴⁵, como interés jurídicamente reconocido "en un determinado bien como tal en su manifestación general"⁴⁶, como "la pretensión de respeto emanada de supuestos de hecho valiosos, en la medida en que los órganos estatales han de reaccionar con consecuencias jurídicas ante su lesión no permitida"⁴⁷, o como "unidad funcional valiosa"⁴⁸. Y Kienapfel⁴⁹ denomina bienes jurídicos a "valores, instituciones y estados jurídicopenalmente protegidos, que son imprescindibles

⁴³ Así tb. Arm. Kaufmann, 1983, 5, constata que "en la ciencia del Derecho penal no se discute seriamente el principio de que la protección de bienes jurídicos es la misión del Derecho penal", y Maurach/Zipf, AT/18, 19/5, opinan: "Da la impresión de que el concepto de bien jurídico, siempre puesto en duda y hostilizado, se ha impuesto en lo esencial en el pensamiento jurídico actual". Tb. Jakobs, AT, 2/24, pese a su crítica opta que no parece que se vaya a "ganar nada por rechazar esa teoría y precisar el delito, sin pasar por un bien jurídico, mediante la dación social de la conducta". Kienapfel, AT, 39, opta que la idea del bien jurídico pertenece, "pese a algunos adversarios, hoy más que nunca a los pilares incommovibles del edificio doctrinal del Derecho penal". A favor de la protección de bienes jurídicos como misión primaria del Derecho penal tb. Lenckner/Schittenhelm, 1989, 17, y AK-Hasssemer, antes del § 1, nm. 243 ss., que ofrece una amplia panorámica sobre el estado de la discusión. Manifiestan un escepticismo de principio frente al concepto de bien jurídico, además de Aemeling, 1972, 330 ss., sobre todo Bockelmann/Volk, AT, § 3 II. Le atribuye sólo una modesta operatividad al concepto de bien jurídico W. Fritsch, Sure/Wesels-FS, 1993, 71 ss. Para una panorámica sobre los intentos de determinación conceptual de bien jurídico y objeto del hecho cfr. Suhr, JA 1990, 303. Müller-Dietz, Rud. Schmidt-FS, 1992, 115, registra un "salido más bien decepcionante" del debate sobre el bien jurídico y ofrece una instructiva panorámica sobre los restantes esfuerzos por delimitar el Derecho penal partiendo de otras bases muy variadas. Sobre "límites de Derecho natural a la conducta merecedora de pena": "Naturalrechtliche Grenzen strafwürdigen Verhaltens" (con especial consideración de Kant) trata el trabajo de Kühl, Spendel-FS, 1992, 75.

⁴⁴ Sch/Sch/Lenkner²⁴, antes de los §§ 13 ss., nm. 9.
⁴⁵ Baumann/Weber, AT, § 12 II 3 a.
⁴⁶ Maurach/Zipf, AT/18, 19/12.
⁴⁷ Schmidhäuser, StUB AT, 5/27.
⁴⁸ SK²-Rudolph, antes del § 1, nm. 8; similar Otto, AT, § 1 II 3 b.
⁴⁹ Kienapfel, AT, 39.

para la ordenada convivencia humana". Debido a estas divergencias, que frecuentemente son difícilmente precisables en cuanto a su alcance, el relativo consenso sobre el cometido jurídicopenal de la protección de bienes jurídicos reposa sobre fundamentos inseguros. Por eso el concepto material de delito y la teoría del bien jurídico siguen contándose aún hoy entre los problemas básicos menos clarificados con exactitud del Derecho penal.

XIII. La delimitación por su contenido entre la pena y otras sanciones similares a las penales

1. Delimitación respecto de la multa del Derecho contravencional

Bibliografía: Frank, Die Überspannung der staatlichen Strafgewalt, ZStW 18 (1898), 733; J. Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902; E. Wolf, Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, Frank-FS, t. II, 1930, 516; Lange, Ordnungswidrigkeiten als Vergehen, GA 1953, 3; Lange, Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre, JZ 1956, 73; Lange, Die Magna Charta der anständigen Leute, JZ 1956, 519; Lange, Nur eine Ordnungswidrigkeit?, JZ 1957, 233; Jescheck, Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht, JZ 1959, 457; Eser, Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, tes. doct. Würzburg, 1961; Danschacher, Die theoretischen Grundlagen einer Abgrenzung zwischen krimineller Straftat und Ordnungsverstoß, tes. doct. Hamburg, 1963; Michels, Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung, 1963; Krümpelmann, Die Bagatelldelikte, 1966; Göhler, Das neue Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, JZ 1968, 583, 613; Eb. Schmidt, Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, Arndt-FS, 1969, 415; Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; Mattes, Die Problematik der Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten, ZStW 82 (1970), 25; R. Schmitt, Ordnungswidrigkeitenrecht, 1970; Cramer, Grundbegriffe des Rechts der Ordnungswidrigkeiten, 1971; Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, vol. 1, Geschichte und Rechtsvergleichung, 1971; Tiedemann, Verwaltungsstrafrecht und Rechtsstaat, ÖJZ 1972, 285; Rotberg, Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, ⁵1975; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, t. 1, 1976, 115; Knapp, Das Recht der Ordnungswidrigkeiten, JuS 1979, 609; Hirsch, Zur Behandlung der Bagatelldelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland, ZStW 92 (1980), 218; U. Weber, Die Überspannung der staatlichen Bußgeldgewalt, ZStW 92 (1980), 313; Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, vol. 2, Geltendes Recht und Kritik, 1982; Bohnert, Die Entwicklung des Ordnungswidrigkeitenrechts, Jura 1984, 11; Delmas-Marty, Die juristischen und praktischen Probleme der Unterscheidung von kriminellem Strafrecht und Verwaltungsstrafrecht, ZStW 98 (1986), 794; Rebmann/Roth/Herrmann/Förster, Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, ²1988; Boujong (ed.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 1989; Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, ¹⁰1992.

De lo expuesto sobre el concepto material de delito resulta ya que los hechos 39 punibles y las contravenciones no se distinguen por la presencia o falta de una lesión de un bien jurídico (nm. 4, 6), puesto que ambos lesionan bienes jurídicos. En cambio, como también se ha expuesto ya (nm. 30), el principio de subsidiariedad es el criterio de delimitación por su contenido. El legislador debe recurrir a la contravención y a la multa administrativa, en vez de a la incriminación y a la pena, cuando la perturbación social pueda anularse con la sanción menos onerosa (por evitar la pena de prisión y en todo caso los antecedentes penales) del Derecho contravencional mejor o tan bien como con la pena. A veces queda descartada de antemano la pena como sanción: puesto

que la misma sólo se les puede imponer a los hombres (ctr. más en detalle § 8, nm. 54 ss.), las personas jurídicas y las agrupaciones de personas sólo pueden ser sancionadas con multas contravencionales —a veces muy elevadas— (§ 30 OWiG). Pero en la mayoría de los casos la sanción de una conducta como contravención se presenta como posibilidad adecuada cuando una infracción de la ley hace precisa ciertamente una reacción estatal, pero por su menor peligrosidad social ya no una pena criminal (ctr. los supuestos de los §§ 111 ss. OWiG). Así p.ej., el hecho de indicar un nombre falso a las autoridades (§ 111 OWiG), o los de penetrar indebidamente en instalaciones militares (§ 114 OWiG), de provocar un ruido inadmisibles (§ 117 OWiG) o de otras molestias groseras a la comunidad (§ 118 OWiG), no se pueden simplemente tolerar, pero para impedir tales conductas basta con la multa administrativa.

40

De ello se deriva que no existe una diferencia cualitativa para una precisa separación entre hechos punibles y contravenciones (ctr. ya nm. 4, 14). Es cierto que la sent. BGHSt 11, 264, opinaba todavía, invocando a Goldschmidt y Erik Wolf (nm. 4), que la doctrina ha "hallado una diferencia material entre esas dos clases de injusto. El injusto criminal merece un especial juicio de desvalor ético, mientras que el ilícito administrativo se agota en la mera desobediencia a una orden administrativa". Pero es fácil darse cuenta de que las contravenciones del Derecho de la circulación (§§ 49 StVO, 69 a StVZO) en gran parte, aunque sea en forma de infracciones de peligro abstracto, protegen la vida y la salud y no constituyen de ningún modo una mera "desobediencia a una orden administrativa". Por otra parte, muchos delitos contra el medio ambiente consisten en infracciones de "órdenes administrativas", sin que por ello carezcan de carácter criminal. Tampoco se puede decir que los hechos contravencionales son éticamente reprochables, y que en cambio las infracciones de la calzada o se excede consentientemente de la velocidad máxima permitida (§§ 2, 3, 49 I n.ºs 2 y 3 StVO), se comporta de un modo que no es en absoluto éticamente irreprochable. Al contrario, el juicio de desvalor ético en las contravenciones sólo es menor que el de los hechos punibles en la medida en que disminuye su peligrosidad social.

41

Así pues, la diferencia entre hechos punibles y contravenciones es predominantemente de tipo cuantitativo, y no cualitativo. Ello concuerda —frente a la posición en la que se basó la distinción en sus orígenes— actualmente con la opinión absolutamente dominante⁵⁰. No obstante hay un límite, más allá del cual la cantidad se transforma en cualidad: así no es planteable castigar un asesinato, una toma de rehenes o un atraco a un banco sólo como contravenciones. En el campo nuclear del Derecho penal las exigencias de la protección subsidiaria de bienes jurídicos requieren necesariamente un castigo

penal en caso de delitos de un cierto peso⁵¹. Pero en cambio, aunque en principio se incluyan conductas como el hurto y la estafa en el "ámbito nuclear" y por ello se le asignen al Derecho penal, nada se opondría a que los casos de bagatelas en este campo (como p.ej. el anterior "hurto de comestibles", que actualmente está configurado de forma modificada como delito perseguible sólo mediante denuncia) se calificaran como contravenciones⁵².

De ahí se sigue que la delimitación entre delitos y contravenciones ciertamente —como siempre sucede al aplicar el principio de subsidiariedad— queda sometida en un amplio terreno fronterizo al arbitrio del legislador (cfr. nm. 31) y no obedece a leyes vinculantes en cuanto a contenidos, pero que en el caso de delitos graves en el ámbito nuclear de la delincuencia la punibilidad está absolutamente prefigurada por criterios de contenido⁵³. Por ello, respecto de la delimitación por su contenido se debería hablar más bien, no de una consideración cuantitativa, sino de una consideración mixta cualitativo-cuantitativa⁵⁴.

2. Delimitación respecto de las medidas disciplinarias

Bibliografía: Stock, *Entwicklung und Wesen des Amtsverbrechens*, 1932; Eb. Schmidt, *Strafrecht und Disziplinarrecht*, Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung 1950, 859; Thieme, *Vom Wesen des Disziplinarrechts*, DVBl 1957, 769; Kugler, *Ist das Disziplinarrecht verfassungswidrig?*, ZBR 1960, 33; Behnke, *Disziplinarrecht und Strafrecht*, ZBR 1963, 257; Baumann, *Kritische Gedanken zur Disziplinarstrafe*, JZ 1964, 612; Hagedorn, *Verbot der Doppelbestrafung nach Wehrdisziplinarrecht und (Wehr-) Strafrecht?*, NJW 1965, 902; Wiese, *Der Verfassungssatz ne bis in idem — Art. 103 III GG — und das Verhältnis von Kriminalrecht und Dienststrafrecht*, VerwArch 56 (1965), 203, 354; Arndt, *Der Zweck der Disziplinarstrafe*, DÖV 1966, 809; Baumann, *Der Lichtblick im Disziplinarrecht*, JZ 1967, 657; Ostler, *Neues im Disziplinarrecht*, NJW 1967, 2033; Arndt, *Der disziplinarrechtliche Grundtatbestand*, DÖV 1968, 39; Dau, *Der Begriff des Dienstvergehens und sein Verhältnis zum Straftatbestand*, DVBl 1968, 62; Flidner, *Die "Straf"-zwecke der Disziplinarmaßnahmen*, ZBR 1969, 208; Barth, *Dienstbegriff und außerdienstliches Verhalten im Wehr-, Disziplinar- und Strafrecht*, Honig-FS, 1970, 1; Behnke, *Bundesdisziplinarordnung*, 21970; Claussen/Janzen, *Bundesdisziplinarordnung*, 51985; Ukena, *Disziplinarrecht und Verbot der Doppelbestrafung*, ZBR 1987, 208; Fleig, *Das Verbot der Doppelbestrafung im Disziplinarverfahren*, Verwaltungsblatt für Baden-Württemberg, 1989, 86; Dau, *Wehrdisziplinarordnung*, 21990.

⁵¹ Así tb. p.ej. Maurach/Zipf, AT¹ 8, 1/35; Jakobs, AT², 3/10.

⁵² De otra opinión en este campo, sobre todo Jakobs, AT², 3/10, según el cual "un desplazamiento de la pequeña criminalidad contra la propiedad y el patrimonio al terreno de las contravenciones" no puede admitirse "en tanto que el principio de protección de la propiedad y el patrimonio deba pertenecer al ámbito nuclear".

⁵³ En este sentido tb. BVerfGE 27, 18 ss., 29 s.

⁵⁴ A favor de una consideración mixta cualitativo-cuantitativa: Jakobs, AT², 3/9; Maurach/Zipf, AT¹ 8, 1/35; Jescheck, AT⁴, § 7 V 3 b; Sch/Sch/Stree²⁴, antes del § 38, nm. 35; Lang-Hinrichsen, H. Mayer-FS, 1966, 61; Göhler, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 101992, antes del § 1, nm. 6; Rebmann/Roth/Herrmann/Förster, *Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 21988, antes del § 1, nm. 8. A favor de la teoría cuantitativa: Schmidhäuser, LB AT², 8/107; Stratenwerth, AT³, nm. 42; Baumann/Weber, AT⁹, § 4 I 2; Krümpelmann, 1966, 166. A favor de la teoría cualitativa: Bohnert, en: *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 1989, Intr., nm. 110.

43

Las medidas disciplinarias sirven para el funcionamiento de organizaciones estatales (sobre todo el funcionariado, el ejército y la Administración penitenciaria) y de profesiones (p.ej. los abogados y médicos) especialmente importantes. A ese respecto el Derecho disciplinario está regulado separadamente y en cada caso de modo diferente para cada organización y cada profesión, por lo que aquí no es posible una enumeración de las bases jurídicas ni siquiera medianamente exhaustiva. Indicaremos sólo algunos ejemplos importantes: Respecto de los funcionarios federales rige la Ordenanza disciplinaria federal (*Bundesdisziplinarordnung*) en versión de 20-7-1967, pero que regula sólo las sanciones disciplinarias (represión, multa, disminución del sueldo, traslado, separación del servicio, disminución o privación de la pensión de jubilación) y el procedimiento, mientras que las infracciones en el servicio que dan lugar a una sanción disciplinaria se contienen en los §§ 52 ss. BGG y 35 ss. BRRG. A los soldados y militares se les aplica la Ordenanza disciplinaria militar de 4-9-1972 (*Wehrdisziplinarordnung*: WDO), mientras que el concepto de falta en el servicio como tal se contiene en el § 23 SoldG; simples medidas disciplinarias son la represión, represión grave, multa disciplinaria, restricción de permisos de salida o arresto disciplinario (§ 18 WDO). Para los jueces hay que acudir a los §§ 63 ss. DRiG, y para los presos, a los §§ 102 ss. StVollzG (cfr. § 1, nm. 11).

44

De modo absolutamente general se considera el injusto disciplinario no como "un mero *minus* frente al injusto criminal", sino como "un *aliud* por principio"⁵⁵: "Al contrario de la pena criminal, la medida disciplinaria no puede ser retribución por el hecho cometido..., sino únicamente medio de corrección y medida de protección". Pero esta construcción, que pretende justificar la acumulación de pena y medida disciplinaria y eludir la prohibición del doble castigo (art. 103 III GG), resulta frágil ya por el hecho de que tampoco se puede concebir la pena como retribución⁵⁶ (para más detalles § 3, nm. 8 ss.). Realmente la delimitación partiendo del objeto de la conducta incorrecta es más bien de tipo cuantitativo y obedece al principio de subsidiariedad: La cuestión depende de si una falta cometida dentro de una organización o de una profesión afecta tanto a la comunidad que hay que reaccionar contra ella con una pena criminal, o si se puede resolver con los medios más benignos de la disciplina interna. Así p.ej., un funcionario que incurre en cohecho conmueve tanto la confianza de la comunidad en la fiabilidad de la Administración estatal, que dicha conducta ha de ser castigada con pena criminal. En cambio, otras faltas en el servicio afectan menos a los intereses de la comunidad, por lo que cabe conformarse con medidas disciplinarias internas.

⁵⁵ Cfr. por todos Maurach/Zipf, AT/1⁸, 1/17 s.

⁵⁶ Críticamente frente a la doc. dom. sobre todo Jakobs, AT³, 3/11 ss.

Sin embargo, en su configuración el Derecho disciplinario se distingue del **45** Derecho penal en que renuncia en gran medida a tipos exactamente descritos y en que está "orientado al autor". Cuando p.ej. el § 54 BBG dispone que el funcionario ha de "aplicarse con plena dedicación a su oficio; deberá administrar su cargo desinteresadamente y a plena conciencia; su comportamiento dentro y fuera del servicio ha de ajustarse al respeto y la confianza que su profesión requiere", una conducta que infrinja ese precepto no está descrita con la exactitud que requeriría un tipo penal según el art. 103 II GG. Además, la medida disciplinaria sirve unilateralmente para incidir sobre el autor (o sea, para la prevención especial), mientras que la pena criminal pretende esencialmente también la incidencia sobre la generalidad (prevención general).

Según el Derecho vigente, se pueden imponer cumulativamente penas y **46** medidas disciplinarias, ya que el art. 103 III GG solamente prohíbe que una conducta sea "castigada más de una vez con base en las leyes penales generales". Ello es insatisfactorio en muchos aspectos, porque la verdad es que materialmente acaba llevando a una doble sanción. Por eso BVerfGE 21, 379 ss., ha resuelto en el sentido de que al menos una privación de libertad disciplinaria (el arresto disciplinario para los soldados y militares) debe computarse a una pena de prisión. Y el § 8 WDO prescribe ahora obligatoriamente para el caso inverso que en caso de "imposición de un arresto disciplinario... debe computarse otra privación de libertad impuesta"; y también en otros casos, junto a una pena "sólo se impondrán simples medidas disciplinarias, o la disminución de sueldo o de la pensión de retiro, si ello es necesario adicionalmente para mantener el orden militar o si se ha dañado seriamente el prestigio del ejército federal". Una regulación similar se contiene en el § 14 de la Ordenanza disciplinaria federal respecto de los funcionarios.

3. Delimitación respecto de los medios coactivos y de orden de las leyes procesales y leyes análogas

Los medios de orden son sanciones que se imponen por conductas que **47** infringen el orden del proceso. Así p.ej. a los testigos o peritos que dejen de comparecer sin excusa, o que se niegan a prestar declaración o juramento, se les puede imponer una multa de orden y en su caso un arresto de orden (cfr. v.gr. los §§ 51, 70 I y 77 StPO, 380, 390 y 409 ZPO). Además existen medios coactivos, mediante los cuales se obliga a realizar una determinada conducta. Así, para obligar a prestar testimonio se puede ordenar el arresto (§§ 70 II StPO, 390 II ZPO). Para que lleve a cabo acciones insustituibles, se puede compeler al deudor mediante multa coactiva y arresto coactivo (§ 888 ZPO); y en el proceso penal se puede imponer la devolución de cosas mediante medios coactivos (§ 95 II StPO), etc. Mientras que los medios de orden han

- de ejecutarse siempre (aunque p.ej. el testigo comparezca o declare posteriormente), los medios coactivos deben revocarse inmediatamente si la conducta que se pretende obligar a cumplir ha sido prestada ya o si resulta superflua.
- 48 Sólo los medios de orden guardan alguna similitud con la pena, mientras que los medios coactivos, dado que tienden exclusivamente hacia el futuro, son comparables más bien a las medidas de seguridad del Derecho penal. En cambio, los medios de orden son sanciones, con las que se reacciona ante una conducta prohibida. Así p.ej., según el § 178 I GVG cabe, frente a las “personas que durante la sesión incurran en una conducta improcedente,... imponer y ejecutar de inmediato, a reserva de la persecución en juicio penal, una multa de orden de hasta dos mil marcos o un arresto de orden de hasta una semana”. La delimitación por su contenido frente a la conducta punible se deriva aquí también del principio de subsidiariedad. El legislador opina que también puede lograr un desarrollo ordenado del proceso con el medio más benigno de la sanción no penal. Sin embargo, cuando la conducta improcedente constituya delito, se producirá, igual que en el caso del castigo disciplinario, el problema de la doble sanción. Por eso el legislador ha intentado una solución en el § 178 III GVG: “Si por el mismo hecho se impusiere posteriormente una pena, la multa de orden y el arresto de orden se le computarán a la pena”.

4. Delimitación respecto de las penas privadas

Bibliografía: Grossfeld, Privatstrafe, 1961; Baur, Betriebsjustiz, JZ 1965, 163; Franzheim, Die Verfassungsmäßigkeit der sogenannten Betriebsjustiz, JZ 1965, 459; Kienapfel, Betriebskriminalität und Betriebsstrafe, JZ 1965, 599; Lange, Gesellschaftsgerichte in Ost und West, H. Mayer-FS, 1966, 497; Meyer-Cording, Betriebsstrafe und Vereinsstrafe im Rechtsstaat, NJW 1966, 225; Ernst, Die Ausübung der Vereinsgewalt, tes. doct. Köln, 1969; Flume, Die Vereinsstrafe, Bötticher-FS, 1969, 101; Weitnauer, Vereinsstrafe, Vertragsstrafe und Betriebsstrafe, Reinhardt-FS, 1972, 179; Westermann, Zur Legitimität der Verbandsgerichtsbarkeit, JZ 1972, 537; Feest, Betriebsjustiz: Organisation, Anzeigebereitschaft und Sanktionsverhalten der formellen betrieblichen Sanktionsorgane, ZStW 85 (1973), 1125; Arzt y otros, Entwurf eines Gesetzes gegen den Ladendiebstahl, Recht und Staat, Heft 439, 1974; Kramer, Ladendiebstahl und Privatjustiz, ZRP 1974, 62; Arzt y otros, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Betriebsjustiz, Recht und Staat, Heft 447/448, 1975; Carstens, Zivilrechtliche Sanktionen gegen Ladendiebe, ZRP 1975, 268; Ulr. Luhmann, Betriebsjustiz und Rechtsstaat, 1975; Arzt, Offener oder versteckter Rückzug des Strafrechts vom Kampf gegen den Ladendiebstahl, JZ 1976, 54; Kaiser/Metzger-Pregizer, Betriebsjustiz, 1976; Meurer, Die Bekämpfung des Ladendiebstahls, 1976; Naucke/Deutsch, Gutachten D und E zum 51. DJT, 1976; Rössner, Strafrechtsreform durch partielle Entkriminalisierung, ZRP 1976, 141; Schoreit, Strafrechtlicher Eigentumsschutz gegen Ladendiebe, JZ 1976, 49, 167; Kuhlmann, Betriebsjustiz und Werksschutz, ZRP 1977, 298; Lohse, Grundgesetz und Betriebsgerichtsbarkeit, Klein-GS, 1977, 288; Schoreit (ed.), Problem Ladendiebstahl, 1979; Wagner, Staatliche Sanktionspraxis beim Ladendiebstahl, 1979; Rosellem/Metzger-Pregizer, Betriebsjustiz und Strafjustiz als alternative Formen der Normdurchsetzung, en: Blankenburg y otros (eds.), Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht, 1980; Zipf, Kriminalpolitik, ²1980, 122; Burgstaller, Der Ladendiebstahl und seine private Bekämpfung, 1981; Rehbindler, Ordnungsstrafen im schweizerischen Arbeitsrecht, Noll-GS, 1984, 257; Dölling, Die Behandlung der Kleinkriminalität in der BRD, en: Lampe (ed.), Deutsche Wiedervereinigung, Arbeitskreis Strafrecht, t. I, 1993, 1;

Hamm, Eigentum im Wandel der Zeiten, KritV 1993, 213; Lampe, Ein neues Konzept für die Kleinkriminalität, etc., en: Lampe (ed.), Deutsche Wiedervereinigung, Arbeitskreis Strafrecht, t. I, 1993, 55.

La pena privada se distingue de la pena criminal en que se basa en un sometimiento voluntario del afectado a la misma. El ejemplo clásico es la pena contractual del § 339 BGB: "Si el deudor le promete al acreedor pagar una suma de dinero como pena para el caso de que no cumpla su obligación o no la cumpla en la forma debida, deberá cumplir la pena si incurre en mora". También son penas privadas las penas de las agrupaciones, que se contienen en los estatutos de algunas agrupaciones o asociaciones y cuya licitud reconoce el miembro con su incorporación a las mismas. La pena privada no vulnera el § 92 GG, porque su imposición no es un acto de la jurisdicción.

La importancia práctica de la pena privada va en aumento; y lo notable políticocriminalmente es que en algunos ámbitos se impone en lugar de la pena criminal. Ello sucede sobre todo en el caso de la justicia dentro de la empresa, basada en los convenios colectivos de las empresas, y mediante la cual los delitos menores cometidos en empresas se someten a una regulación interna de la empresa excluyendo la intervención del juez penal. También en el caso de los hurtos en tiendas o comercios, en muchos casos las reclamaciones de indemnización global, incrementadas en una denominada prima de captura, sustituyen a la persecución penal, muy ineficaz en ese ámbito. En principio hay que acoger favorablemente tales desincriminaciones "sectoriales", porque abren un amplio campo de aplicación al principio de subsidiariedad. Sin embargo, para evitar abusos, deberían crearse condiciones marco jurídicas más concretas y establecerse garantías ajustadas al Estado de Derecho. Intentos de ese tipo son los que constituyen los Proyectos de ley contra el hurto en tiendas y comercios (1974) y de ley de regulación de la justicia en la empresa (1975), que han sido publicados por el círculo de los "profesores alternativos" (cfr. § 4, n. 33). En cambio, el grupo de trabajo "Restablecimiento de la unidad del Derecho alemán: Derecho penal" propone un procedimiento frente a faltas intermedio entre el procedimiento de imposición de multa administrativa y el penal para el tratamiento procesal de la pequeña criminalidad (cfr. Lampe, 1993, 55 ss.). Sin embargo, estos intentos y otros similares no han sido hasta ahora capaces de motivar la actuación del legislador.