

Dependencia e independencia del Derecho penal
con respecto a la política, la filosofía, la moral
y la religión (*)

CLAUS ROXIN

I.

El Derecho penal es un instrumento de dirección y control social. Debe evitar las formas más graves de comportamientos incompatibles con la sociedad mediante la amenaza y, llegado el caso, mediante la imposición, aplicación y ejecución de penas. Pero, ¿cómo se puede determinar qué clase de comportamientos socialmente intolerantes están necesitados de pena?

¿Puede la mayoría parlamentaria decidir a su arbitrio que se castigue penalmente, por ejemplo, las críticas al gobierno o a la propia nación, o, como ha sucedido en Alemania (1), que se castigue, por razones de política exterior, el restar importancia a los delitos del nacionalsocialismo? Esto significaría la dependencia del Derecho penal de las respectivas relaciones de poder político.

¿O debe el Derecho penal orientarse a la Filosofía, como hacen no pocos autores en la Ciencia alemana? Esto sucedió con *Kant*, el cual es considerado como el más grande filósofo alemán, quien defendió,

(*) Traducción del original alemán «Selbständigkeit und Abhängigkeit des Strafrechts im Verhältnis zu Politik, Philosophie, Moral und Religion» a cargo de Dulce M. Santana Vega. El texto se corresponde con sendas conferencias impartidas en la Universidad Complutense de Madrid, con ocasión de la presentación de la edición española del libro *La teoría del bien jurídico. Legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático* (editorial Marcial Pons), y en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

(1) En el § 130, párrafo 3 del StGB.

por razones filosóficas, que a cada delito le correspondía, en atención a su gravedad, la correspondiente retribución y así, por ejemplo, cada homicidio doloso debía ser castigado con la pena de muerte. *Kant* deducía tal planteamiento de la idea de Justicia, a la cual concebía como una ley de la razón práctica inviolable e independiente de todo fin social: «Porque si la Justicia sucumbe, no tendrá ya ningún valor la vida de los seres humanos sobre la tierra» (2). Todavía hoy en la actualidad, como pondré de manifiesto más adelante, se recurre también, no en pocas ocasiones, a argumentaciones filosóficas para solventar concretos problemas jurídico-penales.

Una tercera dirección sostiene que el Derecho penal tiene que sintonizar con la moral colectiva dominante de una sociedad. Por lo que bastará para la obtención de la amenaza penal que un comportamiento sea desaprobado por la gran mayoría de las personas que conforman la sociedad. En este caso se tenderá a prohibir con una pena, por ejemplo: el adulterio o comportamientos escandalosos para la moral sexual. O se podría conminar con penas el uso de determinadas vestimentas o peinados que sean considerados como provocativos e inapropiados. También la lesión de los sentimientos –morales, religiosos o patrióticos– podría ser objeto del Derecho penal.

Finalmente, y en cuarto lugar se puede convertir en pauta de conducta del Derecho penal a los dogmas religiosos. En este sentido –valiéndonos de un tema de discusión actual– se puede fundamentar la punición del homicidio consentido o la cooperación al suicidio en que la vida humana es un regalo de Dios y en que su fin sólo debe ser fijado por éste, es decir, por la inexorable extinción biológica de la vida. O se puede someter a pena las alteraciones en la herencia genética con la fundamentación de que con ello se interfiere de manera inadmisiblemente en el orden divino de la creación.

Todos estos cuatro ámbitos señalados –política, filosofía, moral social y religión– han tenido en el pasado cierta influencia sobre parte del Derecho penal lo que, hasta cierto punto, se evidencia todavía hoy. Pero, esto no puede significar que el Derecho penal, sustentado en los principios científicos de la teoría del Estado, se deba abrir ilimitadamente a tales influencias, porque entonces el Derecho penal sería un fenómeno histórico expuesto a la influencia de normas de muy diferente fundamentación y no tendría ningún objeto que procediera de una función propia. En consecuencia, la variabilidad y discrecionalidad de su contenido tendría, desde un punto de vista político-crimi-

(2) KANT, «Die Metaphysik der Sitten», en Weischendl (ed.), obras en seis volúmenes, t. 4, Darmstadt, 1956, p. 453.

nal, un resultado fatal porque cada punición pondría en peligro la existencia social del afectado. Para intervenciones de tal gravedad, como las previstas por el Derecho penal, no son en modo alguno suficientes las infracciones de reglas de conducta que se hayan desarrollado en algún ámbito cultural. Es más, la libertad humana se ahogaría ante una inundación de disposiciones penales de diversa procedencia.

Por eso, el Derecho penal debe fijar ampliamente y por sí mismo su contenido sobre la base de la función que le corresponde desempeñar en la organización estatal. A continuación nos dedicaremos a la cuestión relativa a cómo puede suceder esto y qué influencias extrape-nales son válidas y admisibles.

II.

A raíz de los esfuerzos conceptuales político-criminales y de teoría del Estado de la Ilustración europea, se ha consagrado en las democracias parlamentarias, no sólo europeas, la concepción de que el Derecho penal tiene la función de asegurar a los ciudadanos de un Estado una convivencia pacífica. Pero, al mismo tiempo, ha de garantizarles también tanto los derechos humanos y la libertad de acción, en la medida que sea compatible con la exigencia de aseguramiento de la paz social (3).

La Teoría del Estado se basa en el modelo de pensamiento ilustrado del contrato social, el cual sirve de base a las modernas democracias. Según esto los ciudadanos confían al Estado únicamente la violencia penal, renunciando a ejercer la justicia por su cuenta, para que con ello aquél le proteja contra los ataques de terceros y le facilite una vida en paz y libertad. Pero, esta cesión se extiende solamente a lo que sea necesario para la consecución de la función estatal de protección. Por lo tanto, el Derecho penal se tiene que limitar a asegurar las condiciones de una coexistencia sin riesgos. En la realización de esta función habrá que observar dos limitaciones.

En primer lugar, el estado debe dejar intactos los derechos fundamentales y humanos de sus ciudadanos. Así, por ejemplo, debe respetar la dignidad humana o la libertad de opinión de sus ciudadanos, incluso cuando a través de su vulneración –por ejemplo, la tortura del

(3) Una exposición más detallada de la concepción aquí esbozada se encuentra en la 3.ª ed., 2006, tomo primero, de mi *Manual de Derecho Penal*, Parte General, § 2, marginal 2-129, pp. 14-57.

sospechoso o la represión de las opiniones de la oposición— se puedan evitar mejor los delitos o asegurar más fácilmente la tranquilidad y el orden. Esta limitación de la violencia estatal se basa en que el Estado que no respeta los derechos humanos puede generar una comunidad violenta, pero no puede asegurar una vida en común libre, como lo exige la idea de una Democracia constitucional.

En segundo lugar, el estado debe renunciar a la utilización del Derecho penal en aquellos casos en los que el fin de asegurar la libertad se pueda conseguir con medios menos gravosos que la pena, ya que sólo será necesario atribuir la violencia penal al estado en aquellos casos en los que su intervención sea imprescindible.

Las realidades que son necesarias para una convivencia social pacífica y en libertad, las denominamos «bienes jurídicos». Existen bienes jurídicos individuales como la vida, la integridad física, la libertad, el patrimonio, etc., pero también hay bienes jurídicos colectivos como la administración de justicia e incluso el crédito tributario; pues sin una justicia que funcione y sin los impuestos necesarios para la realización de las funciones del estado no sería posible una vida segura en la sociedad moderna. Por tanto y en resumen, si partimos de la primera limitación más arriba aludida, la función del Derecho penal será la protección de los bienes jurídicos, sin perjuicio de los derechos humanos.

Pero esa protección de los bienes jurídicos, respetuosa con los derechos humanos no se le confiere al Derecho penal sin restricciones, sino sólo en el caso de que no sean suficientes otras medidas estatales menos rigurosas para su protección. Así pues, la función del Derecho penal se caracteriza no sólo por la salvaguarda de los derechos humanos, sino también por la protección subsidiaria de los bienes jurídicos.

Esto significa para nuestro tema que política, filosofía, moral social y religión sólo deben influir en el Derecho penal en la medida que se mantengan en el ámbito que he descrito al establecer las funciones del Derecho penal. Con ello, tendremos un fundamento que nos permitirá afrontar la relación del Derecho penal con los denominados ámbitos de influencia de forma algo más concreta.

III.

Comenzaré con la política. Está claro, después de todo lo dicho, que la política no tiene derecho a reprimir la crítica o las opiniones discrepantes con la ayuda del Derecho penal (aun cuando esto suceda

en muchos países de la Tierra), ya que éste debe asegurar la vida en libertad de sus ciudadanos y esta libertad sólo se debe limitar cuando exista un comportamiento lesivo de bienes jurídicos.

Sin embargo, también se excede la política de sus atribuciones cuando combate con medios jurídico-penales casos graves de comportamientos políticos incorrectos. Cuando alguien compara al Presidente de los Estados Unidos con Adolf Hitler, cuando alguien discute la responsabilidad de Alemania en la Segunda Guerra Mundial o cuando se resta importancia al Holocausto, no sólo estamos ante falsedades históricas, sino también ante declaraciones altamente indeseables, porque generan indignación y pueden lesionar la imagen de Alemania en el mundo. Pero, la libertad y seguridad de los ciudadanos no están amenazadas por tales manifestaciones políticas graves y sin sentido que, por tanto, no son objeto del Derecho penal al estar amparadas por la libertad de opinión.

La política debería hacer frente a tales manifestaciones a través de la información y la demostración categóricas del propio punto de vista o, si acaso, mediante sanciones políticas. Así, dicho sea de paso, la eficiente Ministra que hizo la comparación entre Hitler y Bush perdió su puesto por esta causa. Por el contrario, la creación de una amenaza penal para la «lesión de la reputación alemana» hubiese sido desacertada. Lo mismo vale para el precepto penal relativo a la «ofensa a la identidad turca», la cual se incluye todavía en el nuevo Código penal turco (4), siendo un instrumento político para luchar contra críticas indeseadas, pero sin tener ningún objeto de protección palpable.

También el legislador alemán ha reaccionado con una amenaza penal en los supuestos a los que aludí en los que se resta importancia al Holocausto y tanto más en los de negación del mismo. Me parece extremadamente reprobable que se dé poca importancia a los delitos del nacional-socialismo. Pero, en la medida que éstos no estén ligados a manifestaciones agresivas contra determinados sectores de la población perseguidos por los nazis, su rechazo debe realizarse ante la opinión pública y por medio de la ciencia. Como he señalado, la protección del reconocimiento de hechos históricos no es función del Derecho penal. Bajo esta disposición se halla el empeño político de desmarcar a la moderna Alemania de los delitos de la dictadura de Hitler, permitiendo que aparezca bajo una luz más positiva. Esto es una fijación de objetivos razonables, pero el Derecho penal no es ningún medio legítimo para su promoción.

(4) Artículo 301 del Código Penal turco de 2005. Sobre la Parte General del nuevo Código Penal turco, más detalladamente, ROXIN/ISFEN, *GA*, pp. 288 ss.

El Derecho penal tampoco debería ser puesto al servicio de meras aspiraciones políticas, en cuanto que su función es independiente de la Política. No obstante, en la protección subsidiaria de bienes jurídicos protectores de derechos humanos, la política tiene una importante y, en algunas ocasiones, una decisiva última palabra. Esto sucede en la determinación de lo que puede valer como bien jurídico, ya que no es algo que permanezca siempre igual, sino que está sujeto al cambio de las circunstancias.

Como ejemplo del primer caso elegiré el aborto, cuyo tratamiento jurídico-penal, no por casualidad, está regulado internacionalmente de forma muy diversa. El embrión no es ningún bien jurídico en la medida de que su existencia o inexistencia no afecta a la vida en común libre y segura de los seres humanos. Por ello, muchas mujeres conciben en relación al embrión que éste es una cuestión privada de ellas: «Mi vientre me pertenece». Pero, por otra parte, el embrión es un ser humano en potencia con todas las aptitudes del mismo, el cual en el avance de su evolución se aproxima más y más a la naturaleza de un ser humano vivo. También hay que considerar que el aborto en los casos en los que llegue a ser un fenómeno masivo, puede afectar parcialmente a la vida de la sociedad.

Si, eventualmente, se quisiera atribuir al embrión, a partir de un determinado momento, la cualidad de bien jurídico, se podrían dar respuestas muy diversas: desde la fecundación, a partir de la anidación del óvulo fecundado en el útero materno, una vez transcurridos los tres meses de embarazo, a partir de que alcance la capacidad para vivir fuera del claustro materno, pero también en todos estos casos se discute su cualidad como bien jurídico. Algunos países castigan el aborto en cualquier fase del embarazo, en otros está despenalizado. La mayoría opta por establecer etapas en el camino desde la fecundación hasta el nacimiento para el reconocimiento como bien jurídico o afirman su cualidad de bien jurídico, permitiendo, sin embargo, el aborto cuando concurren determinadas indicaciones. A menudo se combinan también ambas soluciones. No pretendo ahora decidir entre las numerosas y posibles regulaciones, sino sólo mostrar que se trata, en último término, de una decisión política. Esto significa que en los casos dudosos –¡sólo en éstos!– al valorar la cuestión de si existe un bien jurídico y en qué medida debe ser protegido, la política ejercerá una influencia decisiva sobre el Derecho penal.

La influencia de la política condiciona la variabilidad del concepto de bien jurídico, pudiendo servir como ejemplo el Derecho penal medioambiental. En tiempos pasados el medio ambiente no era ningún bien jurídico porque las posibilidades técnicas e industriales de los

seres humanos no eran suficientes para destruir las condiciones naturales exigidas para una vida sin riesgos. Una excepción a esto lo constituyó la contaminación del agua potable; por consiguiente la contaminación de los pozos de agua es una de los tipos penales más antiguos.

En la actualidad, por el contrario, es posible mediante la contaminación medioambiental, a través de la deforestación o la explotación abusiva de los recursos naturales convertir comarcas enteras en inhabitables o que su población quede expuesta a graves peligros para la salud. Esta evolución debe hacer surgir necesariamente un Derecho penal medioambiental, cuya conformación en detalle, sin embargo, se plasma en consideraciones y decisiones políticas que atienden a particularidades regionales.

Igualmente importante es la política en la determinación y delimitación de los bienes jurídicos controvertidos o en desarrollo como en el ámbito del principio de subsidiariedad. Así, es claro que un ruido molesto perturba la salud o, al menos, el bienestar de las personas, por lo que puede ser peligroso para un bien jurídico. Pero, llegados a este punto, cómo hay que diferenciar entre los diversos niveles de ruido, según los lugares y horas del día, son aspectos que están sujetos a un extenso ámbito de actuación de la discrecionalidad política. Pero, también en los casos en los que se impone una intervención, se renunciará, por regla general, al Derecho penal, si se puede obtener un logro mediante una infracción administrativa u otra sanción de rango inferior a la del Derecho penal (5). Por esta razón, la política tendrá aquí un amplio poder de configuración.

Esto demuestra por lo tanto que la política tiene sobre el Derecho penal una influencia relevante, pero limitada. Un Derecho penal completamente politizado es característico de un estado totalitario. Pero, también en el ámbito de influencia que le es reconocido –en los casos en los que se duda sobre la existencia de un bien jurídico o en el ámbito del principio de subsidiariedad– no debe decidir la política de un Estado de Derecho de forma arbitraria, sino que debe dejarse asesorar científicamente y observar los estándares culturales. La peligrosidad de los perjuicios medioambientales o de los ruidos molestos debería también ser valorada por la experiencia científica; y para la protección de la vida en formación no se debería desatender la representación de valores de la sociedad, ya que el Derecho penal sólo puede sustentar la paz social allí donde es aceptado por los seres humanos como garante de un orden de justicia material.

(5) Como así se ha previsto en el § 117 de la Ley alemana sobre Infracciones Administrativas.

IV.

El Derecho penal –al menos en el ámbito cultural occidental– ha estado también siempre influenciado por las reflexiones filosóficas. Todavía hoy muchos penalistas opinan que mediante el recurso a la filosofía pueden dar a sus tesis un fundamento científico independiente de las opiniones coyunturales. Pero, también aquí se debe hacer una diferencia.

El modelo de pensamiento del contrato social, del que he deducido la función del Derecho penal, es en sí mismo una concepción filosófica de la teoría del Estado, la cual, prescindiendo de los antiguos precursores, le debemos a los pensadores de la Ilustración y en cuya mejora todavía hoy trabajamos. Ésta obtiene su legitimación de la comprensión de que de esta manera se permite organizar lo mejor posible la convivencia pacífica y en libertad de los seres humanos y del reconocimiento de esta comprensión por el pueblo de un estado. Que este reconocimiento, en modo alguno, se da por supuesto lo demuestra la historia y todavía muchos estados totalitarios, islamistas, u organizados étnicamente o en tribus sin una administración eficiente. De todos modos, este sistema es aceptado en gran parte del mundo como la mejor forma posible, aunque no sea perfecto, de estructuración estatal. De ahí se deriva que el Derecho penal tiene una base filosófica, aunque no todas las personas sean conscientes de ello.

Por el contrario, la teoría kantiana de la retribución, mencionada al principio, que concibe la pena como compensación por la culpabilidad, como un imperativo categórico abstraído de todos los fines sociales, no es, a pesar de su gran influencia histórica, un concepto útil para un moderno Derecho penal. Si el Derecho penal debe asegurar un orden social en paz y libertad, la pena, lógicamente, sólo puede perseguir fines sociales, a los que hacemos frente bajo las formas diversas de prevención general y especial. El pensamiento metafísico de una compensación retributiva de la culpabilidad no tiene ninguna relación con la función protectora de bienes jurídicos del Derecho penal. Se trata, por ello, de una construcción filosófica que no debe tener ninguna influencia en el Derecho penal (6).

Pero, por otra parte, la concepción del Derecho penal de la filosofía idealista contiene un pensamiento que es de relevancia central para

(6) Que ella tiene también todavía hoy influencia en la Ciencia del Derecho penal alemán, lo demuestra con numerosas indicaciones sobre opiniones contrapuestas mi nota a pie de página 3 del mencionado *Manual*, § 3, marginal 49-50, pp. 88-91.

un Derecho penal moderno –aunque en modo alguno está reconocido en todas partes– porque se corresponde plenamente con el concepto de un Derecho penal que preserva la libertad. Esta idea se materializa en el principio de culpabilidad (7), el cual está basado en la premisa filosófica de que el ser humano no es un mero objeto de la intervención jurídico-penal, sino que éste se presenta ante el Estado como sujeto de derecho con capacidad para actuar libremente, como una persona dotada de derechos ineludibles. A la libertad de la persona, la cual debe concebirse como un postulado filosófico y no como un conocimiento demostrable por las ciencias naturales, pertenece el reconocimiento de la particularidad de que la pena presupone culpabilidad y sólo se debe imponer la pena en la medida de la culpabilidad individual. Por tanto, sólo se debe hacer responsable jurídico-penalmente a alguien por algo en cuanto sea culpable. En caso contrario, lo trataremos no como a una persona, sino como a un objeto dañino. Estas ideas, formuladas por *Kant* y *Hegel*, son hoy tan actuales como hace doscientos años.

Pero, la influencia de la filosofía en el Derecho penal está necesitada de una valoración diferente no sólo en problemas fundamentales como la función del Derecho penal y el fin y límite de la pena, sino también en el ámbito de la Dogmática jurídico-penal. Así, en la actualidad, en Alemania la teoría dominante e internacionalmente muy discutida de la imputación objetiva (8), la cual hace décadas formulé y que con otros autores todavía sigo desarrollando, tiene su trasfondo filosófico en la teoría de la imputación de *Hegel*. Sin embargo, su significado para la moderna dogmática jurídico-penal no se lo debe a esta fundamentación filosófica, sino que la misma se puede deducir, con una lógica irrefutable, de la idea fundamental del derecho penal protector de bienes jurídicos. Si sólo se quiere proteger jurídico-penalmente bienes jurídicos, como la vida o la integridad física, entonces esto sólo se podrá hacer mientras se prohíban comportamientos que excedan del riesgo socialmente soportable para estos bienes jurídicos. Que el tipo objetivo presupone la realización de un riesgo no permitido, se deriva también directamente de la función del Derecho penal.

Para concluir mi sucinto estudio sobre la dependencia e independencia del Derecho penal de la filosofía, me gustaría exponer brevemente todavía cómo las deducciones filosóficas pueden inducir a

(7) Sobre el principio de culpabilidad como medio para delimitar la intervención penal, más detalladamente, ROXIN (nota 3), § 3, marginal 51-58, pp. 91-95.

(8) Ampliamente al respecto, ROXIN (nota 3), § 11, marginal 44-145, pp. 371-421.

error a la Dogmática jurídico-penal si no se orientan a la función del Derecho penal. Destaco esto en relación a la conocida controversia sobre la punición de la tentativa inidónea. Tomemos como supuesto para su demostración que alguien quiere disparar a otro mientras duerme, pero éste, pocos minutos antes del disparo, ha fallecido por un ataque al corazón –lo que el que dispara desconoce–. ¿Es correcto castigar penalmente tal «tentativa con objeto inidóneo» como tentativa de asesinato, o se debe dejar al autor sin pena porque la persona a la que se le debía matar, en realidad ya no existía? (9).

Esta es una de las cuestiones más controvertidas desde hace mucho tiempo en las discusiones internacionales del Derecho penal. En Alemania distintos autores propugnan una exclusión de la pena y proporcionan para ello una fundamentación filosófica. Deducen de la filosofía del idealismo la tesis de que la tentativa de homicidio debe lesionar la relación jurídica existente entre el autor y la víctima (10). Pero, tal relación jurídica no existe con un muerto y por tanto, tampoco es posible la tentativa.

Esta es una construcción teórica carente de significado jurídico porque deja fuera de consideración la función preponderante del Derecho penal para la Dogmática (11). El Derecho penal debe proteger bienes jurídicos y esto sólo puede hacerlo mientras se prohíban comportamientos peligrosos para éstos. Si un comportamiento es peligroso, quedará sólo después por determinar si un observador medio razonable en el lugar del autor, afirmaríala existencia de un riesgo para el bien jurídico de la vida humana. El supuesto está fuera de toda duda porque la muerte de la víctima no era conocida, así que según las reglas de la imputación objetiva, la cual da buenos resultados también para el ámbito de la tentativa, hay que aceptar que es una tentativa peligrosa y, por ello, punible (12).

Mi conclusión es, por tanto, que los conocimientos filosóficos –como las decisiones políticas– no carecen, en modo alguno, de significado para el Derecho penal. Pero éstos conducen a error si no se

(9) Cfr. ROXIN, «Zür Strafbarkeit des untauglichen Versuchs», en Britz, Koriath, Kunz, Momsen, Müller, Radtke (eds.), *Festschrift für Heike Jung* (en prensa, 2007).

(10) ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, pp. 255 ss.; RATH, Grundfälle zum Unrecht des Versuchs, en *JuS*, 1998, pp. 1111 ss.

(11) Cfr. sobre ambos autores y sobre los recientes y diversos esfuerzos para una limitación de la punición de la tentativa, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. II, 2003, § 29, marginal 51-57, pp. 348 ss.

(12) Esto es desarrollado más detalladamente en la nota 9 de mi citada contribución al Libro Homenaje de Jung.

orientan al principio de protección subsidiaria de bienes jurídicos que garantiza la libertad, siendo tal principio constituyente para un moderno Derecho penal.

V.

Con ello, llego a mi tercer tema: la influencia de la moral social en el Derecho penal. Que entre ambas esferas existe una estrecha relación, se percibe a primera vista, porque casi todas las prohibiciones o prescripciones jurídico-penales se refieren a formas de comportamiento ética y socialmente reprobables: homicidios, lesiones, daños, estafa, robos, etc. que contradicen también de manera manifiesta las representaciones de valores sociales. En todo caso, hay excepciones aparentes en delitos «imperceptibles» como los del Derecho penal económico, en los que el efecto de las manipulaciones socialmente dañosas para la colectividad no se descubren fácilmente, o en los «nuevos» bienes jurídicos como los del Derecho penal medioambiental, cuyo significado se va reconociendo gradualmente por la conciencia colectiva. Pero, también en estos ámbitos la explicación y la reflexión conducen a la desaprobación ético-social de la mayoría. Esto no puede ser de otra manera, ya que como «bien jurídico» sólo puede ser reconocido lo que es relevante para la existencia de la sociedad y asegura la vida de sus componentes, por lo que la ética social debe desaprobador toda lesión de un bien jurídico.

Las normas ético-sociales desempeñan también un papel importante y, en ocasiones, decisivo en la delimitación de los bienes jurídicos individuales. Si una determinada expresión se entiende o no como ofensiva dependerá de la concepción del respectivo círculo de personas; y la aceptación de un pedido de comidas y bebidas en un local, abarca la seguridad de la solvencia y disposición a pagar del cliente; aunque éste *expressis verbis* no haya manifestado nada en absoluto al respecto, las concepciones sociales harán posible atribuir una pena al cliente que se marcha sin pagar.

La amplia coincidencia de las normas jurídico-penales con las representaciones ético-sociales de la mayoría puede inducir fácilmente a la conclusión de que de la desaprobación de la moral social de un comportamiento se desprende, sin más, la admisibilidad de su punición. Esto no es ninguna hipótesis profana, sino que era también la concepción del legislador alemán, el cual en la fundamentación del Proyecto Gubernamental de un nuevo Código penal del año 1962

recalcó que el legislador debe –cito textualmente (13)– «establecer también la amenaza de la pena en determinados supuestos de comportamientos especialmente reprobables por la ética y según la convicción de la mayoría, aunque con este hecho no se lesione directamente ningún bien jurídico determinado».

En este punto existe un error decisivo, el cual hace cuarenta años fue un tema central de discusión en la reforma del Derecho penal alemán. El eje de la crítica se puede deducir fácilmente de lo que he dicho sobre la influencia de la política y la filosofía en el Derecho penal: la ética social sólo es significativa para el Derecho penal en el ámbito de la protección subsidiaria de los bienes jurídicos, pero no puede fundamentar de forma independiente ninguna punibilidad. Sin embargo, esta fue la finalidad del por aquel entonces legislador alemán, el cual con la ayuda del Derecho penal quería someter la esfera humana íntima de las personas a las concepciones morales dominantes. Así, quiso que se castigara penalmente la homosexualidad entre hombres adultos, para, de esa manera –cito otra vez literalmente– «levantar un dique contra la propagación de una conducta depravada». Las representaciones de *striptease* debían ser castigadas para «hacer frente... a la propagación de síntomas de decadencia». El citado Proyecto contenía una lista de sucesivas disposiciones de esta índole (14).

Esta tendencia fue contestada por aquel entonces por jóvenes penalistas, entre los que yo me encontraba, con la redacción del Proyecto Alternativo. Éste circunscribía el Derecho penal a la protección de bienes jurídicos y, consiguientemente, contenía formas de exteriorización de la sexualidad necesitadas de pena, pero sólo en aquellos casos en los que se lesionaba un concreto bien jurídico. Esto tiene lugar sólo en un triple orden de casos: cuando se perturba el desarrollo sexual de niños y jóvenes, cuando se ataca la libre autodeterminación sexual y cuando existen peligros para la salud. Pero, en todo lo demás que se refiera a cómo una persona adulta da su consentimiento a otro interesado en su cuerpo y su sexualidad, es una cuestión privada y no puede ser objeto del Derecho penal, puesto que no se aprecia en qué medida es lesionada de este modo la convivencia libre y segura de los seres humanos.

En la actualidad, esta batalla se halla saldada con éxito y sólo es un objeto de consideración histórica. La posición del Proyecto Alterna-

(13) Así, el Proyecto Gubernamental alemán de 1962, «Boletín Oficial del Parlamento» alemán, IV/650, p. 376.

(14) Más ampliamente, por todos, ROXIN, «Sittlichkeit und Kriminalität», en Baumann (ed.), *Misslingt die Strafrechtsreform?*, 1969, pp. 156 ss.

tivo (15) se ha impuesto en el ámbito público, en el Congreso de Juristas Alemanes –la organización más importante de nuestros juristas– y en esencia también la ha adoptado el legislador alemán, el cual en el año 1973 reformó radicalmente el Derecho penal sexual y, salvo algunos supuestos controvertidos, lo ha circunscrito a la protección de bienes jurídicos. Así mismo, la Jurisprudencia alemana ha seguido por este camino y ha declarado no punibles las prácticas sadomasoquistas que durante mucho tiempo habían sido penadas como lesiones (16). También actualmente en el ámbito europeo la discriminación de orientaciones sexuales que se apartan de la normalidad se considera inadmisibles.

La idea de la protección de los bienes jurídicos ha producido también una amplia modificación en las concepciones de la moral social, aunque esto sólo es aceptado más o menos en los círculos eclesiásticos o conservadores. Pero, todavía en el Derecho penal actual hay tipos en los que es más que dudoso que comportamientos mal vistos por la moral social hagan referencia a un bien jurídico. Esto vale, por ejemplo, para la controvertida desde siglos punición del incesto entre personas adultas. En la medida en la que se aprovechen las relaciones de dependencia familiar y social, la infracción de la autodeterminación sexual conllevaría la amenaza de una pena. Pero, por lo demás –por ejemplo en el caso de una inevitable relación de amor entre hermanos– tal comportamiento está sometido a la desaprobación social. Sin embargo, todos los intentos de hallar una lesión de un bien jurídico que afecte a la pacífica vida en común de los seres humanos, hasta el momento han fracasado. Por esto, en este punto el Proyecto Alternativo propugnó la despenalización. El legislador alemán no asumió esta fórmula. Pero, los supuestos que, ocasionalmente, se producen en la práctica muestran que el Derecho penal puede provocar efectos perturbadores para la vida sin que conlleven una necesidad social (17).

Un extenso campo de aplicación de los límites de la moral social en su influencia sobre el Derecho penal lo ofrece la denominada protección de los sentimientos, a los que sólo me puedo referir brevemente. Mi tesis es que la producción de sentimientos desagradables como tal no supone ninguna lesión de bien jurídico alguno. Muchas personas se enojan por formas de comportamientos y aspectos que

(15) Está expuesta específicamente en el tomo III del Proyecto Alternativo: Delitos sexuales, Delitos contra la paz religiosa y de los muertos, 1968.

(16) *BGHSt* 49, pp. 166 ss.

(17) Cfr., por ejemplo, el relato del trágico caso por Gisela Friedrichsen en el *Spiegel*, núm. 44, 2004, pp. 64 ss. Para un análisis crítico de los argumentos aducidos para la punición del incesto, cfr. también ROXIN, (nota 3), § 2, marginal 43/44, p. 27.

contradican su sensibilidad o su representación de los que es una vida «correcta». Pero, este enojo no debe evitarse con ayuda del Derecho penal porque una sociedad libre se basa en el presupuesto de que cada uno puede hacer y dejar hacer lo que él quiera en tanto no afecte a la esfera jurídica del otro. Esto no excluye totalmente, en la medida que la Constitución deje margen para ello y se halle una mayoría democrática que lo legitime, una regulación obligatoria de buenas costumbres, pero esto se puede llevar a cabo con sanciones más suaves que las del Derecho penal. Así, por ejemplo, en regiones de costumbres muy estrictas el bañarse desnudo puede estar prohibido, pero no se debe admitir su criminalización. Allí donde estén necesitados de protección jurídico-penal los sentimientos, allí se generará miedo. Así pues, la coexistencia libre que asegura el Derecho penal implica una vida en común sin miedo.

De la gran cantidad de ejemplos relativos al caso, tomaré sólo algunos. Así, el comportamiento exhibicionista, penado en Alemania (18), es con razón objeto de una amenaza penal en la medida que eventualmente resulte, como en la mayoría de las veces, que pueda causar miedo de abusos sexuales en las mujeres afectadas. De este modo, entonces se afectaría la seguridad de la convivencia social. Pero, donde no haya ocasión para el miedo, el exhibicionismo será un caso para el psiquiatra. Así mismo, la realización de actos sexuales en público, castigada penalmente en Alemania como «exaltación del escándalo público» (19), no justifica suficientemente una pena criminal, en tanto que las conductas de esta clase, infractoras de la moral, no amenacen a nadie. En caso necesario, un comportamiento decoroso en el ámbito público se puede garantizar con medios extrapenales como, por ejemplo, mediante multas de Derecho administrativo. Sin embargo, sí es razonable castigar penalmente el que se denigre a grupos de población de una sociedad por motivos étnicos, religiosos o de otra clase, porque genera miedo en los colectivos de población afectados, menoscabando la libertad y seguridad de la convivencia social.

VI.

Para finalizar aludiré al significado de las creencias religiosas en el Derecho penal. Está fuera de toda consideración que existieron esta-

(18) § 183 StGB.

(19) § 183 a StGB.

dos teocráticos y que en los que todavía hoy existen, aisladamente, su Derecho penal se deriva de los mandatos y prohibiciones de su religión. Ahora bien, la separación entre Estado e Iglesia constituye un elemento fundamental de las democracias parlamentarias.

Sin embargo, también en los modernos estados occidentales las enseñanzas de la iglesia no dejan de influir en el Derecho penal porque las iglesias son en mayor o menor medida poderosas instituciones sociales que influyen indirectamente sobre la moral social y también directamente en la legislación. La iglesia tiene todavía hoy en muchos países cierta influencia en la conformación del Derecho penal a través de los comunicados eclesiásticos y por medio de la participación de los teólogos en los organismos de asesoramiento ético. Esta influencia ayuda en muchos aspectos, pero tiene también sus límites que se han de determinar por las mismas reglas que he desarrollado para los otros ámbitos de influencia.

No es necesario explicar que, por ejemplo, la negación de Dios o la apostasía de las creencias –a diferencia de lo que todavía hoy sucede en parte del ámbito cultural islámico– no puede ser objeto del Derecho penal, ya que, como muestran muchos países, es posible una convivencia pacífica de los seres humanos en Estados ateos o multirreligiosos. De aquí no se deriva ninguna desvaloración de la religión, la iglesia y las creencias, los cuales pueden tener para la conformación de la vida de los particulares un significado decisivo. Pero, la actitud ante esto es una cuestión privada que pertenece a una esfera que ha de quedar libre de la intervención estatal. Esto resulta más útil para el libre desarrollo de la personalidad y para el grado de intensidad de las creencias vividas que lo que puedan serlo las disposiciones religiosas impuestas por el Estado mediante sanciones.

También la crítica a las enseñanzas de la Iglesia y a determinadas orientaciones de las creencias no debe estar sometida a pena, porque la mera protección de sentimientos no contiene ningún bien jurídico y colisiona además con la libertad de expresión, sin la cual no se concibe una sociedad liberal. El ámbito de relevancia jurídico-penal se alcanza tan sólo allí donde se discriminan las convicciones religiosas de forma que afecten a la seguridad de sus miembros o al libre ejercicio de la religión, o conlleven perjuicios sociales. Por tanto, sólo en este estrecho margen puede ser la protección de la religión función del Derecho penal.

La relevancia de las concepciones religiosas para el Derecho penal se extiende más allá del tratamiento social de los creyentes, pero queda dentro del ámbito de la protección de los bienes jurídicos generales, como yo quisiera significar al menos con dos ejemplos. La

moderna iglesia cristiana, a la que me quiero aquí circunscribir, concibe, independientemente de diferencias confesionales, la protección de la vida y la dignidad humana como función esencial de su magisterio. La protección de ambos bienes jurídicos es también, por supuesto, independiente de su fundamentación religiosa. Pero, su afinidad con el de las convicciones religiosas cristianas es inconfundible.

La prohibición de matar es una parte central de los Diez Mandamientos. La vida humana se entiende como un regalo de Dios. Cristo concebía la curación de los enfermos como una importante función estrechamente ligada a la fe. Todavía hoy en día las instituciones cristianas se dedican en gran parte al cuidado de los enfermos y al acompañamiento en el morir, lo cual conserva también el sentido de la vida en el momento de la muerte. Así mismo, en la protección de la vida en formación, la iglesia sopesa sus palabras. En qué medida se impondrá con ellas, es ciertamente, como se expuso al principio, una cuestión de voluntad política.

La dignidad humana en su construcción jurídica –aunque todavía está acompañada de muchas cuestiones polémicas– es una concepción filosófica (20). Pero, tiene también un fuerte fundamento cristiano en la representación del ser humano como viva imagen de Dios, en su aspecto trascendente y en su rango en el orden de la creación, lo que ha contribuido de manera esencial a su reconocimiento en las modernas discusiones sobre derechos humanos. En este sentido, hay que agradecer a las enseñanzas cristianas que hayan ayudado a la protección de los bienes jurídico-penales. Pero, el significado de la protección de los bienes jurídicos fija, como se aclaró en la exposición anterior, las fronteras de su legítima influencia

Ante todo, me gustaría ilustrarlo tomando como ejemplo la vida humana. Según la concepción cristiana dominante, el suicidio está prohibido y constituye un pecado grave porque la existencia terrenal no es de disposición humana, sino que está sujeta a la voluntad de Dios. Sin embargo, el estado no tiene la facultad de castigar con pena el suicidio intentado, que es mucho más frecuente que el consumado, porque el Derecho penal tiene únicamente la función de evitar la lesión de bienes jurídicos de otros, que es lo que falta aquí.

Más compleja es la cuestión cuando se trata del homicidio a petición (u homicidio consentido). La mayoría de los Estados –también el Derecho alemán (21)– lo prohíben categóricamente. En nuestros tiem-

(20) Cfr. la última versión abreviada de «Einführung» de Paul TIEDEMANN, *Was ist Menschenwürde?*, 2006, la cual incluye también (pp. 51 ss.) un «concepto histórico filosófico».

(21) § 216 StGB.

pos, la medicina de aparatos permite un mantenimiento de la vida con dolores insoportables. Pero son muchas las voces que, en tales casos, quieren que se permita una muerte por compasión hacia el paciente. En Holanda y Bélgica esto ya sucede –con la garantía de ciertos controles–. Como se comprende de lo expuesto, esto entra casi totalmente en una honda contradicción con las instancias de inspiración eclesias-tica y de la Iglesia. Por otra parte, se debe advertir que en las personas enfermas sin esperanza, cuya existencia no encierra ya valor vital, mediante su muerte no se lesiona los bienes jurídicos de nadie y tampoco se afecta la convivencia social.

En este punto, entran en un conflicto de difícil solución las concepciones cristianas sobre la protección de la vida y la función de un Derecho penal laico. No puedo en esta ponencia tratarlo en profundidad, pero quisiera, al menos, apuntar a continuación la solución que he propuesto como corredactor del Nuevo Proyecto Alternativo del año 2005 (22). En él se mantiene la punición del homicidio consentido sin límites porque la misma se puede fundamentar en el principio de protección de bienes jurídicos, ya que se parte de que una voluntad firme e irrevocable de morir sólo puede hacerse patente mediante la ejecución de propia mano. Se protege mejor la vida humana contra intervenciones de terceros cuando se deja sólo libre de pena su extinción producida por su propia mano y a su propia responsabilidad, porque la admisión del homicidio a petición puede poner a las personas mayores y enfermas bajo la presión de expectativas sociales, así como limitar los cuidados familiares y médicos de las personas gravemente enfermas, no pudiéndose, además, excluir los abusos y problemas probatorios. En este sentido, se encuentran en total sintonía la ética cristiana y la protección jurídico-penal de la vida.

Otras cuestiones distintas son las que se suscitan en la complicidad en el suicidio, la cual es punible en la mayoría de los países (a menudo limitándolo bajo requisitos). En Alemania está exenta de pena, pero se considera por el estándar de la ética médica como inadmisibles; así que en el caso de una persona con padecimientos insufribles para cuyos males no existe ninguna posibilidad de alivio, será difícil que se le facilite por un médico medios con cuya toma se posibilite una muerte sin dolor. Por ello, en el mencionado Proyecto de Ley hemos permitido expresamente para casos sin solución un suicidio asistido médica-

(22) Proyecto Alternativo sobre Acompañamiento al Morir (AE-StB) de SCHÖCH/VERREL conjuntamente con los Profesores Alternativos, GA, 2005, pp. 553 ss. «Sobre el análisis jurídico-penal de la eutanasia» me he pronunciado acerca del nuevo estado de la discusión, en ROXIN/SCHROTH, *Medizinstrafrecht*, 3.^a ed., 2007.

mente (23). En un supuesto como éste no se ataca a ningún bien jurídico ajeno, ya que al enfermo que ejecuta por sí mismo la acción que conduce a su muerte, tampoco se le puede cuestionar la seriedad e irrevocabilidad de su voluntad de morir. Además, la libertad de conciencia de los médicos permite asegurar que no se responsabilizará a nadie por la cooperación en el suicidio solicitado.

También, ante padecimientos insufribles y sin solución, la propuesta de permitir una asistencia médica en la que por el propio enfermo se ejecute su suicidio, es una cuestión muy controvertida en Alemania. El «Consejo Nacional de Ética», grupo de expertos al que se les dirige las cuestiones de bioética, no ha podido lograr un consenso sobre este extremo (24). También los teólogos se oponen a tal concepción. Sin embargo, ésta se corresponde no sólo con la delimitación que sostuve de la función del Derecho penal, sino que es también la solución más humana, porque una vida en la que sólo existen padecimientos horribles no es exigible. Además, es inhumano que el ordenamiento jurídico fuerce a tales personas, en una situación desesperada, a intentar matarse ellos mismos de forma inexperta, lo que a menudo produce dolores adicionales, a realizar hechos desesperados como saltar por la ventana o a provocar accidentes mortales en los que, frecuentemente, son puestas en peligro otras personas (25).

Una última palabra para la dignidad humana, la cual se protege de forma amplia y sin excepción en los países europeos en el ámbito de la protección de los bienes jurídicos individuales, como la vida, la integridad física o la libertad. Esta protección todavía hoy se está puliendo —como, por ejemplo, en el ámbito de la autodeterminación sexual—. También deben prohibirse no sólo los métodos de interrogatorio, desposeídos de dignidad, sino también castigarse, en muchos casos, con penas más severas que las existentes hasta ahora. En todos estos puntos coinciden el Derecho penal y la doctrina social cristiana.

Existe un ámbito de consenso siempre que se trate de la lesión de la dignidad de otro. Pero, ¿qué sucede con la lesión de la propia dignidad humana? Se puede responder diciendo que, desde el punto de partida proporcionado por la concepción cristiana, la prostitución, el

(23) § 4 del Proyecto Alternativo de una Ley de Acompañamiento al Morir.

(24) En su informe sobre «Autodeterminación y Asistencia al final de la vida» de 13 de julio de 2006, pp. 46 ss.

(25) Las conclusiones del 66.º del Congreso de Juristas Alemanes (19-22.9.2006) han seguido ampliamente las propuestas preconizadas por el Proyecto Alternativo (cfr. las conclusiones de la Sección C, *Derecho penal*, IV, V, pp. 5-7). Habrá que ver si el legislador alemán también las asume.

intercambio consentido de parejas, o las relaciones sexuales con animales atentan contra la dignidad humana del que actúa de esta manera. Algunos círculos eclesiásticos incluyen también los comportamientos homosexuales bajo este veredicto. No quiero discutir sobre la justificación de tales juicios, ya que se afirman sobre la base de doctrinas religiosas de las que no resulta ninguna legitimación para una amenaza penal. El fundamento para ello se desprende –sobre todo en relación con la moral social– de lo ya dicho: todas estas formas de comportamiento o afectan sólo al que actúa o se realizan con consentimiento de otro adulto, pero no menoscaban bienes jurídicos de otros. Por tanto, las doctrinas de la Iglesia pueden ser vinculantes para los creyentes, pero no para los ciudadanos del Estado.

La dignidad humana sólo puede ser objeto de protección jurídico-penal cuando mediante su lesión se afecte a otro o se menoscabe sus derechos. Esto vale también para formas controvertidas de comportamiento que van más allá de la moral sexual, lo que quisiera exponer con un único ejemplo. El Derecho alemán castiga la modificación artificial de la información genética (26). Esto está justificado porque las acciones de esta clase anteriores al nacimiento afectan a la libertad de desarrollo del ser humano que nacerá más tarde. Nadie necesita que se permita manipular de esa forma su disposición natural. La fundamentación de la ley remite con acierto a la lesión de la dignidad humana y en este punto coincide con las doctrinas de la iglesia, las cuales condenan estas acciones como una intromisión en el orden de creación divina.

Pero, ¿qué sucede cuando tal intromisión en la identidad genética germinal subsana una grave enfermedad hereditaria? El caso que todavía hoy no sea posible hacerlo con éxito, no cambia en nada el significado de esta cuestión en la teoría y en una futura práctica. El Derecho alemán considera punibles las intervenciones genéticas, haciendo referencia a la dignidad humana, incluso cuando tengan una finalidad exclusivamente terapéutica. No percibo esta lesión de la dignidad humana. Pero, sea como sea esta situación, una intervención de esta clase no manipula arbitrariamente la evolución del futuro ser humano, sino que mejora decisivamente sus posibilidades de desarrollo. En esta clase de intervención no existe lesión de bien jurídico alguno, sino sólo una curación, por lo que una amenaza penal resulta totalmente desacertada (27).

(26) § 5 de la Ley de Protección de Embriones.

(27) Fundamental a este respecto, NEUMANN, «La tiranía de la dignidad», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1998, pp. 153 ss.

VII.

Con ello llego al final de mi intervención. He podido tratar, si bien de forma resumida, la dependencia e independencia del Derecho penal de la política, la filosofía, la moral y la religión bajo un punto de vista unitario. Si se elaboraran suficientemente las construcciones aquí expuestas sobre las concepciones fundadoras del Derecho penal hasta los estudios de detalle de los concretos tipos penales, se podría desarrollar, partiendo de aquí una teoría de la legislación jurídico-penal, de la cual se halla carente hasta hoy nuestra ciencia en una forma comprensiva. Esto podría ser útil para la conformación del contenido de un código penal europeo, el cual tendremos probablemente dentro de algún tiempo.