

## LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO PENAL COMO EXIGENCIA DE LA REALIZACIÓN DEL POSTULADO DEL ESTADO DE DERECHO (SOCIAL Y DEMOCRÁTICO)\*

LUIS GRACIA MARTÍN

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Zaragoza

**Resumen:** Frente al carácter perverso y regresivo del discurso de resistencia a la modernización del Derecho penal, que quiere permanecer anclado en el Estado liberal de Derecho, se alza el discurso de modernización, que aspira a realizar en el Derecho penal el postulado del Estado social y democrático de Derecho. Desde esta premisa, única admisible hoy desde postulados éticos, políticos y sociales, no resulta difícil legitimar la protección penal de los bienes jurídicos que tienen un sustrato colectivo, respetando, además, los principios fundamentadores del Derecho penal, de modo que se priva de validez al discurso de resistencia.

**Palabras clave:** Derecho penal; modernización; Estado de Derecho (liberal); Estado de derecho (social y democrático); bien jurídico; objeto de protección; individual y colectivo; principios del derecho penal.

**Abstract:** There is a twisted and regressive body of thought against the modernization of the Criminal Law. Such approach celebrates the permanence of the Liberal State of Law, whereas the modernization movement aims at the achievement of the Criminal Law wit-

---

\* El presente artículo constituye una versión revisada y ampliada en detalles del publicado en Carbonell/González Cussac/Orts (directores)/Cuerda Arnau (coordinadora), Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 879 ss. Esta versión revisada y ampliada, se publicará en alemán en el fascículo de junio de 2010 del *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* bajo un título que todavía está por determinar. También constituye un avance de una obra más amplia y en curso sobre la Modernización del Derecho penal.

hin the assumption of the Social and Democratic State of Law. From such premise, which seems the only one acceptable ethically, politically and socially speaking, it is easy to legitimate the penal protection of interests with collective substrate, without jeopardizing the fundamentals of the Criminal Law. This is how the validity of the movement against modernization is denied.

**Key Words:** Criminal Law; modernization; Liberal State of Law; Social and Democratic State of Law; individual and collective interest of protection; fundamentals of the Criminal Law.

## I. Introducción

1. Lo «moderno» evoca «ruptura» con el pasado. Como ha escrito *Ignacio Sotelo*, «implica la conciencia de una *ruptura* en la continuidad histórica: lo que fue ya no es; se viven *tiempos nuevos*»<sup>1</sup>. La modernidad es la ruptura con el mundo feudal. Su constitución<sup>2</sup>, empero, no fue un hecho instantáneo, sino un largo proceso histórico en que los diferentes aspectos y dimensiones de la civilización occidental (eurocéntrica) —y siguiendo cada uno sus propios ritmos y vicisitudes— se fueron liberando poco a poco de sus ropajes feudales<sup>3</sup>. En el plano de las ideas, por ejemplo, la modernización sólo puede considerarse constituida tras el acoplamiento de los movimientos del Renacimiento y de la Ilustración<sup>4</sup>.

2. Hasta hoy la denominación «Derecho penal *moderno*» remitía al modelo penal derivado a fines del siglo XVIII y principios del XIX de las invenciones políticas y jurídicas de la Ilustración<sup>5</sup>. El Derecho penal ilustrado fue «moderno» porque supuso una *ruptura* con el del *Anciène Régime* en todos los aspectos fundamentales<sup>6</sup>. Los nuevos

<sup>1</sup> *Ignacio Sotelo*, en Elías Díaz/Ruiz Miguel (Eds.), *Filosofía Política II. Teoría del Estado*, Ed. Trotta, Madrid, 1996, pp. 26 ss.

<sup>2</sup> Sobre la formación histórica de la modernidad, véase la exposición crítica de *Juan Ramón Capella*, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*, 2.<sup>a</sup> ed., Ed. Trotta, Madrid, 1999, pp. 95 ss., 159 ss.

<sup>3</sup> Sobre todo ello, véase de nuevo la excelente exposición de *Juan Ramón Capella*, *Fruta prohibida* (n. 2), pp. 95-157.

<sup>4</sup> Véase, en este sentido, *Juan Ramón Capella*, *Fruta prohibida* (n. 2), p. 99.

<sup>5</sup> Véase *Cerezo Mir* PG I, 6.<sup>a</sup> ed., 2004, p. 124; en el mismo sentido, y para el Derecho en general, *Ferrajoli*, *Derecho y razón*, 5.<sup>a</sup> ed., Ed. Trotta, Madrid, 2001, pp. 218 y 868 ss., donde llama *premoderno* al anterior, es decir al romano y al común europeo.

<sup>6</sup> Véase *Ferrajoli*, *Derecho y razón* (n. 5) p. 868; *Cerezo Mir* PG I, 6.<sup>a</sup> ed., 2004, p. 94, y *Amelung*, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum Verlag, Frankfurt, 1972, pp. 16 ss.

principios político-criminales<sup>7</sup> son concreción del ideario *político* derivado por los ilustrados de las doctrinas de la secularización del Estado desarrolladas durante el siglo xvii por el Derecho natural racionalista<sup>8</sup> (especialmente por *Grocio* y *Hobbes*, y sobre todo por *Pufendorf*<sup>9</sup>), que liberaron a la idea y al fin del Estado de la fundamentación teológica y teocrática en que se sustentaron en el *Ancien Régime*<sup>10</sup> (ahora la autoridad terrenal ya no deriva de la voluntad divina, sino de un contrato social), y superaron la comprensión del delito como pecado y como lesión de la voluntad divina<sup>11</sup>: únicamente podrá ser delito el hecho *socialmente dañoso*<sup>12</sup>. En el debate actual de la Ciencia penal, el calificativo de «moderno» ya no designa más al Derecho penal de la Ilustración. Éste habría dejado de ser moderno<sup>13</sup>, y para distinguirlo del que ahora se subroga en este carácter, *Hassemer* ha propuesto denominarlo «clásico»<sup>14</sup>, y atribuir el adjetivo

<sup>7</sup> También a fines del siglo xviii tienen lugar los primeros esbozos de sistemas jurídico-penales a partir del ideario ilustrado; véase *Schaffstein*, *Die allgemeine Lehren vom Verbrechen*, 2.<sup>a</sup> reimpr. de la ed. de 1930-1932, Scientia Verlag, Aalen, pp. 21 ss.

<sup>8</sup> Véase *Württemberg*, *Das System der Rechtsgüterordnung in der deutschen Strafgesetzgebung seit 1532*, reimpresión de la edición de Breslau (1933) de Scientia Verlag, Aalen, 1973, pp. 210 ss.; *Oehler*, *Wurzel, Wandel und Wert der strafrechtlichen Legalordnung*, Walter de Gruyter, Berlin, 1950, pp. 83 ss., 86 ss.; *Eb. Schmidt*, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, segunda reimpresión de la 3.<sup>a</sup> ed. de 1964, Vandenhoeck & Rupprecht, Göttingen, 1995; pp. 163 ss., §§ 152 ss. y pp. 212 § 203; *Amelung*, *Rechtsgüterschutz* (n. 6), pp. 18 ss.; *Schünemann*, *GA* 1995, pp. 204 ss. = ADPCP 1996, pp. 190 ss.; *Ferrajoli*, *Derecho y razón* (n. 5), p. 93.

<sup>9</sup> Sobre la decisiva influencia de *Pufendorf* en la moderna teoría del Estado y del Derecho, a menudo ignorada, véase *Welzel*, *Die Naturrechtslehre Samuel Puffendorfs*, de Gruyter, Berlin/New York, 1958, *passim*, e *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. de Felipe González Vicén, Ed. Aguilar, Madrid, 1971, 133 ss., y particularmente pp. 146 ss.; véase también, *Touchard*, *Historia de las ideas políticas*, trad. de J. Pradera, 3.<sup>a</sup> ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1975, p. 256.

<sup>10</sup> Véase *Sabine*, *Historia de la teoría política*, revisada por Thomas Landon, 3.<sup>a</sup> ed., Fondo de Cultura económica, 2000, p. 324.

<sup>11</sup> Véase *Eb. Schmidt*, *Einführung* (n. 8), p. 163 (sobre la descripción de *Carpzovio*); *Schaffstein*, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, en *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935, p. 112; *Amelung*, *Rechtsgüterschutz* (n. 6), pp. 17 ss.

<sup>12</sup> *Amelung*, *Rechtsgüterschutz* (n. 6), pp. 16 ss., 18 ss. y 38 ss.; *Schünemann*, en *Hefendehl/von Hirsch/Wholers*, *Die Rechtsguttheorie*, Nomos, Baden-Baden, 2003, pp. 137 ss. = en *Hefendehl* (ed.) *La teoría del bien jurídico*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 203 ss.

<sup>13</sup> Véase *Hassemer* (*ZRP*, 1992, pp. 378 ss. = ADPCP, 1996, pp. 235 ss. y en *Hassemer/Muñoz Conde*, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 16 ss.).

<sup>14</sup> Igual que *Hassemer* (nota anterior), en Alemania *Naucke*, *KritV* 1993, pp. 135 ss.; *Hohmann*, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, Peter Lang, Frankfurt a. M./Bern/New York/Paris, 1991, pp. 5 ss.; *Herzog*, *KritV* 1993, pp. 247 ss. Para España

«moderno» al del *presente* en cuanto «institución distinta del Derecho penal clásico»<sup>15</sup>. Como se verá, el nuevo Derecho penal da lugar, ciertamente, a una ruptura con el de la Ilustración en determinados aspectos, y por ello no es desacertado atribuirle el carácter de «moderno». Pero esto no justifica la coronación del Derecho penal de la Ilustración como «clásico»<sup>16</sup>. Por un lado, porque las profundas transformaciones de la sociedad moderna hacen que, al menos, algunos objetos y enunciados político-criminales y policiales de la Ilustración, ya no puedan ser tomados hoy como modelo de referencia ni como medida de lo accesible a la intervención penal legítima<sup>17</sup>. Y por otro lado, porque exigencias de carácter ético-político y de justicia apuntan también a que algunos de aquellos objetos y enunciados tengan que ser vistos como unos que precisamente *no deben ser*<sup>18</sup>. Por esto, y porque el Derecho penal de la Ilustración y el actual derivan de dos modelos diferenciados —pero no excluyentes— de Estado de *Derecho*, he propuesto denominar al primero como «Derecho penal (del Estado) *liberal*»<sup>19</sup>, y al actual como «Derecho penal (del Estado) *social y democrático*»<sup>20</sup>. Pero, ¿qué es el nuevo Derecho penal moderno?

véase *Sánchez García*, El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal, Universidad de Valladolid, 1999, p. 11 y nota 1, y *Blanca Mendoza*, El Derecho penal en la sociedad del riesgo, Ed. Civitas, Madrid, 2001, especialmente p. 67.

<sup>15</sup> Por clásico entiende *Hassemer* (ZRP 1992 p. 379 = ADPCP 1996 p. 237; *Hassemer/Muñoz Conde*, La responsabilidad (n. 13), pp. 18 ss.: «un ideal, una aspiración por la que medir a dónde debemos dirigirnos, cuáles son los pasos que hay que dar para seguir el buen camino y evitar el malo, y cuáles son los que hay que desandar antes de llegar a las proximidades de la meta».

<sup>16</sup> Véase con más detalle, *Gracia Martín*, LH-Cerezo, 2002, p. 355; *el mismo*, Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 50 ss., y *el mismo*, Modernización del Derecho penal y Derecho penal del enemigo, Ed. Idemsa, Lima, 2007, pp. 38 ss.

<sup>17</sup> En el mismo sentido *Schünemann*, GA, 1995, pp. 206 ss. y 211 ss. = ADPCP, 1996, pp. 193 ss. y 199 ss.

<sup>18</sup> También *Schünemann*, en Kühne/Miyazawa Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, p. 21 = Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, p. 55 (razones de igualdad y de justicia).

<sup>19</sup> Denominación que, con mejor criterio que *Hassemer*, utilizan ya otros autores críticos del Derecho penal moderno. Así, por ejemplo, *Lüderssen*, Zurück zum guten alten, liberalen, anständigen Kernstrafrecht?, en Böllinger/Lutmann (eds.), Vom Guten, das noch stets das Böse schafft. Kriminalwissenschaftliche Essays zu Ehren von Herbert Jäger, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1993, pp. 268 ss.; y *Silva Sánchez*, La expansión del Derecho penal, 2.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 149 ss.

<sup>20</sup> Véase *Gracia Martín*, LH-Cerezo, pp. 356 ss., Prolegómenos (n. 16), pp. 51 ss., y Modernización (n. 16), pp. 39 ss.

3. La doctrina incluye en el actual «Derecho penal moderno»<sup>21</sup>, a una pluralidad de *nuevos* tipos penales que amplían la intervención penal a ámbitos que, como por ejemplo la actividad económica, habían permanecido antes en mayor o menor medida fuera de su alcance, y también a ciertas *extensiones* del alcance de algunos tipos penales tradicionales (vgr. la estafa de crédito) y a *agravaciones* de las penas. Existe un amplio acuerdo en describir al Derecho penal moderno como un fenómeno *cuantitativo* que se desarrolla principalmente en la Parte Especial<sup>22</sup>, y que al tener el aspecto de una *tendencia* que no encuentra límites<sup>23</sup>, se ve como un proceso de *expansión* del Derecho penal<sup>24</sup>.

El Derecho penal moderno no es homogéneo en sus contenidos. Cabría distinguir en él seis ámbitos concretos que frecuentemente se combinan y solapan<sup>25</sup>: a) El denominado *Derecho penal del riesgo*, con el cual se trataría de dar una respuesta, preferentemente por medio de los *tipos de peligro abstracto*, a los grandes riesgos que crean ciertas actividades en la actual «sociedad del riesgo», como las relativas a la tecnología atómica y nuclear, a la informática, a la genética, o a la fabricación y comercialización de productos<sup>26</sup>; b) el *Derecho pe-*

<sup>21</sup> Véase, por ejemplo, *Hassemer*, ZRP, 1992, pp. 379 ss. = ADPCP, 1992, pp. 235 ss.; *Lüderssen/Nestler-Tremel/E. Weigend* (eds.), *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, Peter Lang, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris, 1990; *Schünemann* GA 1995, pp. 212 ss. = ADPCP 1996, p. 200; *el mismo*, en Kühne/Miyazawa (n. 18), pp. 19, 24 ss., 29 = Temas actuales, pp. 53 ss., 58 ss. y 62 ss.; *Hettinger*, *Entwicklungen im Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Gegenwart*, C. F. Müller, Heidelberg, 1997, pp. 3 ss., 11 ss., 16 ss.; *Silva Sánchez*, *La expansión* (n. 19), pp. 20 y 157 ss., y nota 372 de p. 157; *Sánchez García*, *El moderno Derecho penal* (n. 14), p. 11 y nota 1; *Blanca Mendoza*, *El Derecho penal* (n. 14), especialmente p. 67; *Gracia Martín*, en LH-Cerezo Mir (2002), pp. 349 ss.; *el mismo*, *Prolegómenos* (n. 16), *passim*; *el mismo*, *Modernización* (n. 16), *passim*.

<sup>22</sup> *Hassemer*, ZRP, 1992, pp. 379, 381 = ADPCP, 1992, pp. 236, 241 y *Gracia Martín*, *Prolegómenos* (n. 16), pp. 57 ss.

<sup>23</sup> Véase, en este sentido, por ejemplo, *Seelmann*, *KritV*, 1992, pp. 452 ss.; *Kindhäuser*, *Universitas*, 1992, p. 227; *Prittwitz*, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 2000, p. 428, quien habla de «el día a día de una creciente criminalización».

<sup>24</sup> Así, *Hassemer*, ZRP, 1992, p. 381 (= ADPCP, 1992, p. 241), y en la doctrina española, *Silva Sánchez*, *La expansión* (n. 19), p. 20, quien ve en el Código penal español de 1995 un modelo ejemplar de Derecho penal moderno (*lug. cit.*, pp. 20 ss.).

<sup>25</sup> Véase *Gracia Martín*, *Prolegómenos* (n. 16), pp. 60 ss.; *el mismo*, *Modernización* (n. 16), pp. 44 ss.

<sup>26</sup> Véase por ejemplo *Hassemer*, *NStZ*, 1989, p. 558 = *Pena y Estado*, n.º 1, 1991, pp. 34, 35; *el mismo*, en *Philipps/Scholler*, *Jenseits des Funktionalismus*. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, Decker&Müller, Heidelberg, 1989, pp. 85, 88 ss.; *Herzog*, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, R. v. Decker, Heidelberg, 1991, pp. 48 ss.; *Prittwitz*, *Strafrecht und Risiko*, Frankfurt a. M. 1993, pp. 261 ss.; *Hilgendorf*, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der «Risikogesellschaft»*,

nal económico y del ambiente, que agrupa un conjunto de tipos penales orientados a proteger el ambiente<sup>27</sup> y otros «nuevos» bienes jurídicos de la Economía que, generalmente, remiten a substratos de carácter colectivo<sup>28</sup>; c) el *Derecho penal de la empresa*, en el cual se trata sobre todo de las cuestiones de imputación que plantea el hecho delictivo cometido a partir de una organización empresarial, y por esto con arreglo a los principios de división del trabajo y de jerarquía<sup>29</sup>; d) el *Derecho penal de la Unión Europea* para la protección de los bienes jurídicos «europeos» diferenciados de los nacionales<sup>30</sup>; e) el

---

Duncker & Humblot, Berlin, 1993, pp. 43 ss.; la exposición panorámica de Roxin AT I, 4.<sup>a</sup> ed., 2006, § 2 nm. 71 ss., pp. 36 ss.; y en la doctrina española, Silva Sánchez, La expansión (n. 19), pp. 22, 28 ss., 32 ss. y 36 ss.; Blanca Mendoza, El Derecho penal (n. 14), pp. 24 ss., 44 ss., 66 nota 127 *in fine*, 78 ss., 155 ss. y *passim*. Véase el Título XVII del Libro II del Código penal español de 1995 se dedica a los «delitos contra la seguridad colectiva», el Capítulo I de aquél comprende los «delitos de riesgo catastrófico» (relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (arts. 341 a 345), el Capítulo III «los delitos contra la salud pública» relacionados con la fabricación y comercialización de productos peligrosos para la vida y la salud de las personas, y el Título V, se dedica a los «delitos relativos a la manipulación genética».

<sup>27</sup> Véase sólo Hohmann, Das Rechtsgut der Umweltdelikte (n. 14), especialmente pp. 188 ss., 196 ss. y Schünemann, GA, 1995, pp. 205 ss.; *el mismo*, en FS-Trieffterer, pp. 452 ss.; *el mismo*, en Kühne/Miyazawa (n. 18), pp. 23 ss. = Temas actuales, pp. 56 ss., y para España Silva Sánchez, en Gómez Colomer/González Cussac (coord.), Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann, Castellón de la Plana, 1997, pp. 157 ss., 180 ss.; *el mismo*, La expansión (n. 19), pp. 122 ss., 129 y 131 ss.; Alastuey Dobón, El delito de contaminación ambiental, Ed. Comares, Granada, 2004, pp. 15 ss.

<sup>28</sup> Véase por todos Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin/Bonn/München, 2002, pp. 252 ss. y Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil (EuAT), Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/München, 2004, p. 30 nm. 60; y en España Silva Sánchez, La expansión (n. 19), pp. 25 ss., 91 ss., 160 ss. y Soto Navarro, La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna, Ed. Comares, Granada, 2003, pp. 256 ss.

<sup>29</sup> Véase sobre todo Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979; *el mismo*, «Umweltschutz und technische Sicherheit im Unternehmen, R. v. Decker's Verlag, pp. 139 ss.; Ransiek, Unternehmensstrafrecht, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1996; Terradillos, Derecho penal de la empresa, Ed. Trotta, Madrid, 1995; Paredes Castañón, en Paredes/Rodríguez Montañés, El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 138 ss.; Gracia Martín, en Mir/Luzón (coordinadores), Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 52 ss.

<sup>30</sup> Véase Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 2001, pp. 348 ss.; *el mismo*, Internationales und Europäisches Strafrecht, Nomos, Baden-Baden, 2005, pp. 97 ss. y 120 ss.; Hecker, Europäisches Strafrecht, Springer, Berlin/Heidelberg, 2005, pp. 240 ss.; los trabajos de Hefendehl, Bitzilekis/Kaiafa y Spinellis, incluidos en Schünemann (ed.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/München, 2006, pp. 204 ss., 222 ss. y 233 ss., respectivamente y la propuesta de Eurodelitos en Tiedemann, (ed.), Freiburg-Symposium, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 2002.

*Derecho penal de la globalización* para la protección de bienes jurídicos en el actual mercado global autorregulado y no controlado por los Estados nacionales<sup>31</sup>; y *f)* el tan controvertido —y por *Jakobs* denominado en 1985— *Derecho penal del enemigo*<sup>32</sup>.

## II. Las posiciones de la doctrina penal ante la modernización del Derecho penal

1. El proceso de modernización del Derecho penal ha generado en la doctrina penal dos discursos ideológicos y político-criminales claramente opuestos y enfrentados, y a los cuales he denominado, respectivamente, «de modernización» y «de resistencia a la modernización» del Derecho penal<sup>33</sup>.

En Alemania domina el discurso de la Escuela de Frankfurt, resistente a la modernización del Derecho penal<sup>34</sup>. En España, hasta la promulgación del nuevo Código penal de 1995, apenas se había debatido en profundidad sobre las cuestiones en torno a las que se iba formando en Alemania aquel discurso, pero hoy se les presta la mayor atención porque el Código penal de 1995 ha «codificado» a un Derecho penal económico que hasta entonces no era más que un objeto de reflexiones *de lege ferenda*<sup>35</sup>. Así lo prueba el volumen de monografías publicadas en España sobre singulares tipos penales económicos<sup>36</sup> y la publicación de obras generales<sup>37</sup>. En ellas han pe-

<sup>31</sup> Véase *Schünemann*, GA 2003, pp. 299 ss.; *el mismo*, en Jan C. Joerden/Roland Wittmann (eds.), *Recht und Politik*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2004, pp. 133 ss.; *Gracia Martín*, en Romeo Casabona (ed.), *Biotecnología, desarrollo y justicia*, Granada, 2008, pp. 23 ss.

<sup>32</sup> Véase *Jakobs* ZStW 97 (1985), pp. 756 ss. y 783 ss. La literatura es inabarcable; véase al respecto *Gracia Martín*, *El horizonte del finalismo y el «Derecho penal del enemigo»*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, y la obra colectiva monotemática de Cancio Meliá/Gómez Jara (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, I y II*, Edisofer/IBdF, 2006, con contribuciones de 72 autores europeos y latinoamericanos.

<sup>33</sup> *Gracia Martín*, LH-Cerezo, pp. 387 ss.; *el mismo*, *Prolegómenos* (n. 16), p. 163; *el mismo*, *Modernización* (n. 16), p. 106.

<sup>34</sup> Véase *Schünemann*, GA 1995, p. 211 = ADPCP 1996, p. 198, con más referencias.

<sup>35</sup> Cfr. el Título XIII CP: «De los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico».

<sup>36</sup> Véanse los listados bibliográficos del Manual de Parte Especial de *Martínez-Buján* (referencia en nota siguiente).

<sup>37</sup> Antes del nuevo Código, además del clásico Manual de *Miguel Bajo*, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Ed. Civitas, Madrid, 1978, *Juan Terradillos* publicó su *Derecho penal de la empresa* (n. 29), y para el nuevo Código, *Mar-*

netrando con fuerza y tendencia expansiva las esencias del discurso de Frankfurt<sup>38</sup>. En Alemania, el discurso de resistencia ha sido objeto de críticas concluyentes sobre todo por *Schünemann* y por *Kuhlen*<sup>39</sup>, y entre 2002 y 2007 publiqué en España, en Brasil y en Perú unos ensayos favorables a la modernización del Derecho penal<sup>40</sup>, que han sido vistos por *Schünemann* como el desarrollo de un «criticismo dogmático-filosófico»<sup>41</sup>, y cuyas directrices programáticas no han calado en la doctrina española<sup>42</sup>. Los autores españoles posicionados en el discurso de resistencia se han limitado, prácticamente, a hacer

---

*ttnez-Buján*, Derecho penal económico. Parte General, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; 2.ª ed., 2007; Derecho penal económico. Parte Especial, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; 2.ª ed., 2005; *E. Bacigalupo* (dir.), Curso de Derecho penal económico, Marcial Pons, Madrid, 1998; 2.ª ed., 2005; y *Bajo/S. Bacigalupo*, Derecho penal económico, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.

<sup>38</sup> Así, en 1997, *Mata y Martín* publica Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro, Ed. Comares, Granada, 1997, crítico con la protección penal de los bienes jurídicos colectivos; en 1999 aparecen la monografía crítica del Derecho penal moderno de *M.ª Isabel Sánchez* (n. 14), y como publicación especialmente relevante, el ensayo absolutamente crítico de *Silva Sánchez*, La expansión del Derecho penal, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, quien ya había publicado antes otros trabajos parciales con la misma carga crítica (ADPCP, 1996, pp. 93 ss.; AP n.º 15, 1996, pp. 309 ss.; y La Ley, 1997, tomo 3, pp. 1714 ss.); y en 2001, publica *Silva* una segunda edición ampliada del mencionado ensayo (n. 19), y aparece la monografía crítica del Derecho penal moderno de *Blanca Mendoza* (n. 14).

<sup>39</sup> Véase *Schünemann*, GA, 1995, pp. 203 ss. (= ADPCP, 1996, pp. 190 ss.); *el mismo*, en Kühne/Miyazawa (n. 18), pp. 19 ss. (= *Schünemann*, Temas actuales, pp. 53 ss.); *el mismo*, FS-Triffterer 1996, especialmente pp. 452 ss.; *el mismo*, en von Hirsch/Seelmann/Wohlers (eds.), Mediating Principles, Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 24 ss.; *el mismo*, en Cuestiones actuales del sistema penal, Ara Editores, Lima, 2008, pp. 13 ss.; *Kuhlen*, GA, 1994, pp. 347 ss.; *el mismo*, ZStW 105 (1993), pp. 711 ss., 720 ss.; véase también *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter (n. 28), pp. 148 ss., 156 ss., 182 ss. y 208 ss.

<sup>40</sup> Véase *Gracia Martín*, obras citadas en n. 16; y la edición brasileña de mis Prolegómenos para a luta pela modernização do Direito penal e para a crítica do discurso de resistência, traducción de Erika Mendes de Carvalho, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2005. En el discurso de modernización cabría incluir también, a mi juicio, a *Corcoy Bidasolo*, Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 183 ss., especialmente pp. 188 ss.; *Pozuelo Pérez*, RDPP, n.º 9, 2003, pp. 17 ss., *Soto Navarro*, La protección penal (n. 28), pp. 170 ss., 233 ss. y 277 ss.; *Mayo Calderón*, La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta, Ed. Comares, Granada, 2005, pp. 65 ss. Una postura moderada y matizadamente favorable a la modernización, mantiene *Martínez-Buján*, LH-Cerezo, 2002, pp. 402 ss. y pp. 408 ss.

<sup>41</sup> Véase *Schünemann*, Presentación de *Gracia Martín*, Prolegómenos (n. 16), pp. 19 ss.

<sup>42</sup> Véase sobre todo la reseña de *Paredes Castañón* a mis Prolegómenos (n. 16), publicada en RDPC n.º 17, 2006, pp. 437 ss., e incluida como apéndice II en la edición peruana de mi Modernización (n. 16), pp. 149 ss.

suyo el discurso de Frankfurt, y apenas sin debate con los argumentos de la modernización. El discurso de resistencia, pues, deberá de continuar con su tacha de insostenible mientras sus partidarios no opongan una réplica seria y convincente<sup>43</sup>.

2. Para el *discurso de resistencia*, lo que haría realmente moderno al nuevo Derecho penal sería su *ruptura* masiva con las garantías penales, de cuño liberal, del Estado de Derecho<sup>44</sup>, especialmente con las que derivan de los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de subsidiariedad y de *ultima ratio*. Los objetos protegidos por los nuevos tipos penales, sobre todo los económicos y del ambiente, carecerían de la condición de bienes jurídicos porque no estarían constituidos por ninguna realidad empírica perceptible y susceptible de ser referida a intereses concretos de las personas<sup>45</sup>, sino que serían meras «funciones», instituciones, modelos u objetivos de organización política, social o económica<sup>46</sup>, o bien contextos, entornos o condiciones previas del disfrute de los bienes jurídicos individuales<sup>47</sup>; en fin, sólo objetos ficticios de tutela<sup>48</sup> que sirven de pretexto para una ampliación de la incriminación<sup>49</sup>. Además, el Derecho penal moderno habría sustituido el modelo del tipo de lesión o peli-

<sup>43</sup> Así sólo puede verse como tentativa inidónea la pretensión de rebatir el discurso de *Schünemann* con el único y absolutamente infundado argumento de que entraría en conflicto con los principios de subsidiariedad y de *ultima ratio*, como hace *Blanca Mendoza* (El Derecho penal [n. 14], pp. 149 n. 368 y 150 ss.), pues la reivindicación de tales principios por *Schünemann* es realmente insistente, constante y permanente precisamente en relación con la modernización del Derecho penal, al decir que, en adelante, y en su opinión, la solución del Derecho penal moderno «puede ser desarrollada a partir de la idea jurídico penal fundamental, y no alterada desde la Ilustración, de que el Derecho penal sólo puede y tiene que ser empleado como *ultima ratio* para la prevención de daños sociales» (en Kühne/Miyazawa (n. 18), p. 34 = Temas actuales, p. 68); además, *el mismo*, en von Hirsch/Seelmann/Wohlens (n. 39), pp. 18 ss.

<sup>44</sup> Así *Silva Sánchez*, La expansión (n. 19), p. 20, y p. 101: «restricción, o la “reinterpretación” de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal»; en lo fundamental participa de la misma estimación, *Blanca Mendoza*, El Derecho penal, (n. 14), pp. 181 ss.: «se corre el riesgo de caer en la destrucción del sistema de garantías».

<sup>45</sup> Así *Hassemer*, en Philipps/Scholler (n. 26), p. 89; *Blanca Mendoza*, El Derecho penal (n. 14), p. 73.

<sup>46</sup> Véase *Hassemer*, en Philipps/Scholler (n. 26), p. 89; *Blanca Mendoza*, El Derecho penal (n. 14), pp. 72, 73.

<sup>47</sup> Véase *Silva Sánchez*, La expansión (n. 19), pp. 121 ss.

<sup>48</sup> Véase, en este sentido, *Moccia*, en Silva Sánchez (ed.), Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997 p. 116: «creación artificiosa de bienes jurídicos».

<sup>49</sup> Véase *Hassemer*, en *Dei delitti e delle pene*, 1984, pp. 112 ss.; *el mismo*, NStZ, 1989, pp. 353 ss.

gro concreto de bienes jurídicos individuales por otro en que predominaría el *peligro abstracto*, e incluso el presunto<sup>50</sup>. Con esto se desviaría de los principios de lesividad, de subsidiariedad y de *ultima ratio*, y daría lugar además a la lesión de otras garantías dependientes de ellos, como las de los principios de culpabilidad y de proporcionalidad<sup>51</sup>, y esto alcanzaría magnitudes exponenciales en el caso de la protección de substratos colectivos, ya que sus gigantescas dimensiones hacen prácticamente inimaginable que la conducta individual y aislada de un sujeto determinado pueda lesionarlos o ponerlos en peligro<sup>52</sup>. Por otro lado, el Derecho penal moderno tendría sólo un carácter *simbólico*<sup>53</sup>, pues los únicos fines del legislador con los nuevos tipos penales son producir en la sociedad y en los individuos el efecto meramente aparente —*simbólico*— de que con la criminalización de comportamientos conectados a los nuevos riesgos da la solución eficaz demandada, o el efecto pedagógico o educativo —exclusivamente simbólico— de que la población adquiriera conciencia de la necesidad de respetar determinados valores, el estándar o el buen orden de determinados sectores de actividad, etc<sup>54</sup>. En fin, estas supuestas amenazas para las garantías del Estado de Derecho<sup>55</sup>, llevan a proponer un desplazamiento de todos los ilícitos modernos a otros sectores jurídicos. En Alemania, *Hassemer* postula reconducirlos a un *Derecho de intervención* con elementos de Derecho civil y de Derecho

<sup>50</sup> Véase, *Hassemer*, en Philipps/Scholler (n. 26), p. 89; *el mismo*, NStZ, 1989, p. 558 = Pena y Estado, n.º 1, 1991, pp. 34 ss.; *el mismo*, ZRP, 1992, p. 381 = ADPCP, 1992, p. 242; *Silva Sánchez*, La expansión (n. 19), p. 121.

<sup>51</sup> Cfr. implícitamente, *Kindhäuser*, en Schünemann/Suárez (eds.), Madrid-Symposium f. Klaus Tiedemann, Carl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin/Bonn/München, 1994, p. 134, y antes en Lüderssen/Nestler-Tremel/E. Weigend (n. 21), pp. 29 ss.; para los delitos de acumulación, *Silva Sánchez*, La expansión (n. 19), pp. 132 ss.; también, *Blanca Mendoza*, El Derecho penal (n. 14), p. 80.

<sup>52</sup> Véase, *Silva Sánchez*, La expansión (n. 19), p. 121: «la combinación de la introducción de nuevos objetos de protección con la anticipación de las fronteras de la protección penal ha propiciado una transición rápida del modelo “delito de lesión de bienes individuales” al modelo “delito de peligro (presunto) para bienes supraindividuales”, pasando por todas las modalidades intermedias».

<sup>53</sup> Véase *Hassemer*, NStZ, 1989, pp. 553 y 556 ss. = Pena y Estado, n.º 1, 1991, pp. 23 ss. y 30 ss.; *el mismo*, ZRP, 1992, p. = ADPCP, 1992, p. 244; *el mismo*, StV, 1995, p. 486; *Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit (n. 26), pp. 59 ss., 68 ss.; *Prittwitz*, Strafrecht und Risiko (n. 26), pp. 255 ss., 365; *Sánchez García*, El moderno derecho penal (n. 14), pp. 96 ss.; *Blanca Mendoza*, El Derecho penal (n. 14), pp. 53 ss., 157 ss. y 160 ss.; *Silva Sánchez*, La expansión (n. 19), pp. 50 y 51 ss.

<sup>54</sup> Véase, por ejemplo, sólo *Hassemer*, NStZ, 1989, pp. 556 y 558 ss. (= Pena y Estado, n.º 1, 1991), pp. 30 y 34 ss.; *Hassemer*, ZRP, 1992, p. (= ADPCP, 1992, p. 240) y *Hassemer/Muñoz Conde*, La responsabilidad (n. 13), p. 25.

<sup>55</sup> Véase como significativo *Prittwitz*, Strafrecht und Risiko (n. 26), pp. 248 ss., donde diagnóstica «el potencial destructivo del Derecho penal (del control global) para el Derecho penal (relativo al Estado de Derecho liberal)».

administrativo<sup>56</sup>, y en España *Silva Sánchez* ha propuesto la formación de un Derecho *penal de segunda velocidad*<sup>57</sup> que operaría con garantías más flexibles que el Derecho penal tradicional (de la primera velocidad), pero en el cual, a cambio, no tendrían cabida las penas privativas de libertad<sup>58</sup>.

3. El discurso de modernización sólo plantea una adecuación del Derecho penal a las nuevas realidades sociales y al Estado social, pero contra lo afirmado por el discurso de resistencia, sin desviarse para nada ni flexibilizar lo más mínimo los principios y garantías del Estado de Derecho<sup>59</sup>, sino que los profundiza, y como precisa *Bustos*, para realizarlos en toda su plenitud<sup>60</sup>. La modernización se considera

<sup>56</sup> *Hassemer*, ZRP, 1992, p. 383 (= ADPCP, 1992, pp. 248 ss.); *el mismo*, StV, 1995, pp. 489 ss.; *el mismo*, FS-Bemman, 1997, p. 188; similar *Naucke*, KritV, 1993, pp. 158, 161, y ya antes en *Naucke*, Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff, Steiner Verlag, Stuttgart, 1985, p. 35.; *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, p. 156.

<sup>57</sup> Véase *Silva Sánchez*, La expansión (n. 19), pp. 159 ss.; en esta segunda edición de su libro, incorpora *Silva* el Derecho penal del enemigo (cfr. supra I.3 y nota 32) como un Derecho de medidas de seguridad para delincuentes imputables peligrosos, y para referirse al mismo utiliza la metáfora de la «tercera velocidad del Derecho penal»; véase *Silva Sánchez*, *lug. cit.*, pp. 163 ss.

<sup>58</sup> Véase *Silva Sánchez*, La expansión (n. 19), pp. 159 ss.

<sup>59</sup> Véase *Gracia Martín*, LH-Cerezo, 2002, p. 393; *el mismo*, Prolegómenos (n. 16), pp. 190 y 208; *el mismo*, Modernización (n. 16), pp. 124 ss.; *el mismo*, LH-Vives Antón, 2009, p. 896 ss.; en el mismo sentido que en el texto, véase *García-Pablos*, Introducción al Derecho penal, 4.ª ed., Ed. Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 225. *Schünemann*, en Kühne/Miyazawa (n. 18), pp. 16 ss. y 19 ss. = Temas actuales, pp. 50 ss. y 19 ss.; *Terradillos*, RFDUCM, n.º 63, 1981, pp. 140 ss.

<sup>60</sup> Véase *Bustos Ramírez*, Control social y sistema penal, PPU, Barcelona, 1987, pp. 18 ss., donde advierte que de lo que se trata es «de elaborar el máximo de garantías posibles» y de «la construcción de un Derecho penal *materialmente* garantista». El Derecho penal moderno es, además, el más claro exponente de plena realización de los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de subsidiariedad y de *ultima ratio*; véase *Schünemann*, en Kühne/Miyazawa (n. 18), pp. 34 ss. = Temas actuales, p. 68, *el mismo*, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 12), pp. 141 ss. y 142 ss. = La teoría del bien jurídico, pp. 207 ss. y 209 ss.; *el mismo*, en von Hirsch/Seelmann/Wohlers (n. 39), pp. 21 ss.; y en el mismo sentido *Gracia Martín*, LH-Vives Antón, 2009, pp. 896 ss. Y así, según *Bustos Ramírez* (Control social (n. 60), p. 190), con el reconocimiento de bienes jurídicos colectivos no sólo no se abandona el concepto de bien jurídico sino que, por el contrario, se sobrepasan sus límites formales y se llega a una concepción material de él, y puesto que aquéllos son condiciones de posibilidad de la realización de la libertad y de la igualdad substanciales, su protección penal es una exigencia indeclinable para un Estado que tiene que garantizar aquella realización (*loc. cit.*, pp. 184 ss. y 195 ss.; y en el mismo sentido, *Gracia Martín*, LH-Vives Antón, 2009, pp. 905 ss.; *Portilla Contreras*, CPC n.º 39, 1989, pp. 740 y 745 ss; *Terradillos Basoco*, RFDUCM n.º 63, 1981, pp. 125 ss.; *Corcoy Bidasolo*, Delitos de peligro (n. 40), pp. 193 ss.; *Soto Navarro*, La protección penal (n. 28), pp. 233 y 244; *García-Pablos*, Introducción (n. 59), pp. 224 ss.; en la doctrina alemana, *Schünemann*, en Hefendehl/von

entre sus defensores una exigencia ética y política del presente precisamente como condición de posibilidad de la realización *efectiva* de las garantías del Estado de Derecho (social y democrático)<sup>61</sup>. Ahora bien, si el Derecho penal moderno es conforme en todo con las garantías del Estado de Derecho, ¿en qué aspectos de él se produce la *ruptura* histórica que lo hace realmente «moderno»? Como he sostenido en otro lugar, la ruptura de aquél con el Derecho penal liberal radica esencialmente en la criminalización formal de la criminalidad *material* de las clases sociales poderosas, que ha sido ignorada o tolerada casi en su totalidad, e incluso favorecida por el Derecho penal liberal<sup>62</sup>. Por ello, la tarea fundamental del discurso de modernización

---

Hirsch/Wohlers (n. 12), pp. 137 ss. y 141 = La teoría del bien jurídico, pp. 203 y 208 y Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter (n. 35), pp. 76 ss. y 116 ss.). Gimbernat (en Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología, UNED, Madrid, 2001, pp. 356 y 370) enfatiza que «los conceptos fundamentales de la Parte General siguen siendo adecuados —aún más: irrenunciables— para tratar —y penetrar en— estas nuevas manifestaciones jurídicopenales», pues «están plenamente en situación de asimilar esos nuevos fenómenos y de dar a los problemas que generan soluciones conformes con la justicia y con la seguridad jurídica». Romeo Casabona (en Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología, UNED, Madrid, 2001, pp. 104 ss.) sostiene que el «principio de precaución» en el Derecho penal en cuanto alternativa posible al de «previsibilidad» para algunos fenómenos actuales, no afectaría a ninguna de las garantías penales del Estado de Derecho. Según Schünemann (GA, 1995, p. 214 = ADPCP, 1996, p. 201), la alta definición de la acción típica y de las circunstancias del hecho en los delitos de peligro abstracto, los hace más conformes con el mandato de determinación que los tradicionales tipos imprudentes de resultado; y según Tiedemann (Wirtschaftsstrafrecht EuAT (n. 28), p. 31 núm 60) la legitimidad de los tipos de peligro abstracto no puede ser cuestionada desde el punto de vista de los límites de la punibilidad. Y por si no fueran ya suficientemente concluyentes los argumentos de Kühlen en favor de la legitimidad de los «delitos acumulativos» (ZStW 105 (1993), pp. 711 ss. y 720 ss.; ya antes en GA, 1986, pp. 399 ss. y 402 ss.), Hefendehl (Kollektive Rechtsgüter (n. 35), pp. 189 ss. y 306 ss. y *el mismo*, GA, 2002, p. 27) ha rebatido también la objeción de que en ellos se fundamenta lo injusto *ex iniuria tertii*, con el argumento de que su estructura típica no remite a ningún injusto de terceros con efectos de fundamentación de la responsabilidad.

<sup>61</sup> Así ya Bustos Ramírez, Control social (n. 60), pp. 186 ss. y 196 ss. (en relación con la fundamentación de los bienes jurídicos colectivos); Gracia Martín, LH-Cerezo, 2002, p. 393; *el mismo*, Prolegómenos (n. 16), pp. 189 ss., 199 ss. y 208 ss.; *el mismo*, LH-Vives Anton, 2009, pp. 896 ss.; Martínez-Buján, LH-Cerezo, 2002, pp. 430 ss.; García-Pablos, Introducción (n. 59), p. 225; y en la doctrina alemana claramente Schünemann, en Kühne/Miyazawa (n. 18), p. 21 = Temas actuales, p. 55, donde aclara que con la modernización «no se trata de retroceder a Proudhon y Karl Marx», sino más bien de satisfacer las exigencias de «la igualdad y, con ello, de la justicia».

<sup>62</sup> Según Silva Sánchez (La expansión (n. 19), pp. 157 ss.), el rechazo de la modernización no supone abogar por un Derecho penal *de clases sociales* porque con la criminalización o no de conductas no se distingue entre *sujetos*, sino sólo entre *hechos*, pero esto no es convincente; véase la opinión contraria de Lüdersen, Abschaffen des Strafans?, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1995, p. 11, y, aceptando y reforzando la

consiste en formular los enunciados y en determinar los objetos que permitan *incluir a toda* la criminalidad *material* —esencialmente económica y empresarial, y hoy de alcance global y planetario— de las clases sociales poderosas en el discurso político-criminal, pero todo esto de un modo estrictamente conforme con las garantías del Estado de Derecho.

### III. Marco y método para la solución del debate sobre la modernización del Derecho penal

1. Que el poder penal en cualquiera de sus manifestaciones está sujeto a límites estrictos cuyo traspaso arbitrario o discrecional lo hace ilegítimo, es una afirmación que actualmente tiene la fuerza de lo asertórico, es decir, una validez que no precisa de demostración alguna y que, por eso, condiciona asimismo la de todo objeto y enunciado de criminalidad. Aquellos límites derivan específicamente al ámbito político-criminal, de la limitación del poder estatal por la «idea del *Estado de Derecho*» que, prescindiendo de los antecedentes, se debe al pensamiento ilustrado de la segunda mitad del siglo XVIII y de principios del XIX, y se desarrolló posteriormente por los iusadministrativistas alemanes<sup>63</sup>. A diferencia del poder absoluto del soberano en el Estado absolutista, que le faculta para determinar —e intervenir en— la vida de sus «súbditos» de modo arbitrario y discrecional (*non ratio, sed voluntas facit legem*), el ejercicio de todo poder y actividad del Estado de Derecho se encuentran sujetos al Derecho y li-

---

opinión de éste con otra de *Schünemann*, también *Roxin AT I*, 4.<sup>a</sup> ed., 2006, p. 37 núm. 73. En un modo típico-ideal, se puede afirmar que el sistema de acción socialmente inadecuada y dañosa de las clases bajas ha tenido, tiene y tendrá siempre como objetos preferentes de agresión a substratos de naturaleza *individual* reconocidos *eo ipso* por el sistema penal como bienes dignos y necesitados de protección penal, mientras que el de las clases poderosas, excluido del sistema penal y tratado a lo sumo como *ilicitud administrativa*, se dirige preferentemente contra substratos de titularidad *colectiva*; véase *Foucault*, *Surveiller et punir*, Ed. Gallimard, 1975, p. 89: con el paso «de una sociedad de la exacción jurídico-política a una sociedad de la apropiación de los medios y de los productos del trabajo ... se ha separado el ilegalismo de los bienes del de los derechos; separación que cubre una oposición de clases, ya que, de una parte, el ilegalismo más accesible a las clases populares habrá de ser el de los bienes: transferencia violenta de las propiedades; y, de otra, la burguesía se reservará el ilegalismo de los derechos: la posibilidad de eludir sus propios reglamentos y sus propias leyes; de asegurar todo un inmenso sector de la circulación económica por un juego que se despliega en los márgenes de la legislación, márgenes previstos por sus silencios, o liberados por una tolerancia de hecho».

<sup>63</sup> Así *García Pelayo*, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2.<sup>a</sup> ed., Alianza Editorial, Madrid, 1985, pp. 52 ss.

mitados por éste (*non voluntas, sed ratio facit legem*)<sup>64</sup>. Estos límites fijados por el Derecho tornan ilegítimo a todo ejercicio del poder estatal que los sobrepase y, por ello, operan como *garantías* para las esferas de libertad de los ciudadanos frente a él. Uno de los límites más importantes, lo representa el *concepto material de delito* desarrollado a partir de la invención política ilustrada del «objeto» del delito<sup>65</sup>, y hoy reconocido como garantía fundamental del Estado de Derecho<sup>66</sup>. Este concepto determina las condiciones (materiales) que han de darse necesariamente para que un hecho pueda ser sometido legítimamente a una pena estatal y, de este modo, traza el límite a partir del cual ya no debe ser posible ningún ejercicio legítimo del poder penal<sup>67</sup>. El concepto material de delito vincula principalmente y sobre todo —aunque no sólo— al legislador, pues si la definición *legislativa* de un hecho como punible es la primera —y por exigencias del principio de legalidad, necesaria— secuencia del sometimiento legítimo de un hecho a la pena estatal, entonces tiene que operar por fuerza como baremo de enjuiciamiento de la legitimidad de la *definición* formal de hechos punibles por el legislador<sup>68</sup>. Pese a la inseguridad crónica que se cierne sobre la determinación del concepto material de delito, no parece haber ningún motivo relevante que fuerce a desviarse de los principios liberales ilustrados que limitan el ejercicio del poder penal a la protección subsidiaria y fragmentaria de bienes jurídicos frente a lesiones y peligros especialmente graves y como *ultima ratio*<sup>69</sup>. En sentido material, delitos pueden ser sólo conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos de un modo grave y frente a las que no existe ninguna otra reacción legítima que la pena estatal.

2. El debate sobre la modernización del Derecho penal se desarrolla precisamente en torno a un concepto material de delito como el descrito y esencialmente compartido por ambos discursos. Por esto, parece obvio preguntar por qué es lo que hace que uno y otro desarrollen luego enunciados y lleguen a resultados tan contrarios y excluyentes sobre unos mismos objetos. Pero la respuesta parece también obvia: porque para uno y para otro discurso lo único que tiene

<sup>64</sup> Sobre la inversión de la fórmula decisionista del Estado absoluto, *García Pelayo*, *Las transformaciones del Estado* (n. 63), p. 52.

<sup>65</sup> Sobre ello *Amelung*, *Rechtsgüterschutz* (n. 6), pp. 20 ss.

<sup>66</sup> Sobre el concepto material de delito como baremo de legitimidad de las leyes penales controlable por el Tribunal Constitucional, *Schünemann*, en *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (n. 12), pp. 141 y 142 ss. = *La teoría del bien jurídico*, pp. 207 ss. y 209 ss.

<sup>67</sup> Véase sólo *Roxin AT I*, 4.<sup>a</sup> ed., 2006, p. 13 nm. 1.

<sup>68</sup> Véase por ejemplo sólo *Roxin AT I*, 4.<sup>a</sup> ed., 2006, p. 13 nm. 1.

<sup>69</sup> Así *Schünemann*, como en *supra* notas 43 y 60.

«mismidad» son los objetos sobre los que debaten (los tipos penales modernos), pero ya no los referentes axiológicos del concepto material de delito, y por esto tampoco las cualidades materiales esenciales ni la intensión y extensión del «objeto» del delito. Puesto que de lo que se trata es de decidir nada menos sobre la legitimidad o ilegitimidad —*tertium non datur*— de la intervención penal en ámbitos de relación social hasta ahora liberados de ella, entonces no parece posible una coexistencia válida de dos discursos que llegan a conclusiones antagónicas sobre esto<sup>70</sup>. Por consiguiente, parece que no haya otra alternativa que someter a ambos a baremos de «validez», y que el resultado de esto sólo podrá ser el reconocimiento de uno en razón de su probada «validez» y el rechazo del otro por la sola razón de que esa comprobación tiene que invalidarlo *eo ipso*<sup>71</sup>. Ahora bien, puesto que toda crítica de un discurso *desde* el argumentario enunciativo del contrario sólo puede llegar a una reafirmación completamente circular y tautológica de sus propios enunciados (¡«este objeto no puede ser un bien jurídico *porque* no porta las cualidades que *yo* ya he definido de antemano como necesarias!»!), y así absolutamente nada se puede demostrar sobre la validez de los enunciados del uno y la invalidez de los del contrario, la elucidación sólo podrá ser alcanzada tras una indagación sobre la existencia y vigencia de las *condiciones de validez* de los enunciados mismos.

3. Una indagación como la indicada puede llevarse a cabo satisfactoriamente y con resultados plausibles, por medio de los procedimientos básicos de la filosofía del discurso *foucaultiana*<sup>72</sup>, que puede describirse globalmente como una filosofía de la sospecha que opera con estrategias de deconstrucción del discurso para desenmascararlo y para descubrir así las relaciones y los dispositivos reales del poder que oculta. Todo y cualquier discurso se constituye como un «orden» de «enunciados» que circunscribe un campo de la experiencia y en el cual selecciona y define a la vez a los «objetos» de sus enunciados<sup>73</sup>. Ahora bien, de acuerdo con la explicación *nietzscheniana*, ningún discurso es producto de ninguna evolución natural ni es continuidad de algún supuesto «origen» (*Ursprung*), sino que lo es, más bien, de

<sup>70</sup> Así ya Gracia Martín, Prolegómenos (n. 16), pp. 164 ss.

<sup>71</sup> Conforme a la tesis sobre la justicia de los juicios y emociones opuestos *mutatis mutandis* de Brentano, El origen del conocimiento moral, trad. de Manuel García Morente y Estudio preliminar de Juan Miguel Palacios, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, p. 23 ss. n.º 21 y p. 24 n.º 22.

<sup>72</sup> Como ya he hecho en Gracia Martín, Prolegómenos (n. 16), pp. 167 ss.

<sup>73</sup> Véase Foucault, L'archéologie du savoir, Editions Gallimard, Paris, 1969, pp. 44 ss. (para las formaciones discursivas), pp. 55 ss. (para la formación de los objetos de discurso) y pp. 68 ss. (para la formación de modalidades enunciativas).

alguna «invención» (*Erfindung*), motivada a menudo por oscuras relaciones de poder, que dio lugar a una *ruptura* histórica<sup>74</sup>. Según esto, todo discurso se forma sólo *históricamente* de una determinada manera y de ninguna otra, y —como advierte *Foucault*— sólo a partir de un *a priori* determinado e histórico de una época dada que acota un campo posible de la experiencia y define tanto el modo de ser de los objetos en ese campo como las condiciones de validez del discurso<sup>75</sup>. Por esto, la comprensión del discurso requiere de una indagación en el proceso de su formación histórica para descubrir e identificar «qué modalidades del orden» de entre todas las posibles fueron «reconocidas, puestas, (y) anudadas con el espacio y el tiempo», y para sacar a la luz aquellas *condiciones de posibilidad* de su formación con unos enunciados —y no con *otros* distintos— y también de la continuidad *histórica* (espacial y temporal) de su validez<sup>76</sup>. Ahora bien, como advierte *Foucault*, la historia no cesa de enseñarnos que el discurso es «aquello que traduce las luchas o los sistemas de dominación ..., aquéllo por lo que, y por medio de lo cual se lucha, aquel poder del que uno quiere adueñarse»<sup>77</sup>. Por esto, el discurso que se constituye e impone es siempre el resultado de la victoria de unos enunciados sobre otros diferentes —incluso contrarios y excluyentes— que se hallaban también en la pugna por la constitución del discurso. De este modo, el discurso que se impone permite realizar efectivamente la utopía a la que apuntaban los enunciados victoriosos, y como no podría ser de otro modo, a la vez que *integra* sólo a éstos y a sus objetos, *excluye* de él a los vencidos<sup>78</sup>

<sup>74</sup> Véase *Nietzsche*, *Die fröhliche Wissenschaft*, edición Insel Taschenbuch, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1982, n.º 99 (pp. 112 ss.), n.º 151 (p. 151), n.º 353 (pp. 234 ss.), y cfr. *Foucault*, *La verdad y las formas jurídicas*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1980, pp. 20 ss.

<sup>75</sup> Véase *Foucault*, *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines*, Éditions Gallimard, Paris, 1966, p. 171; *L'archéologie du savoir* (n. 158), p. 40, y *El orden del discurso* 2.ª ed., Tusquets Editores, Barcelona, 1980, pp. 43 ss.

<sup>76</sup> *Foucault*, *Les mots et les choses* (n. 75), p. 13; *L'archéologie du savoir* (n. 73), p. 39; sobre todo, *El orden del discurso* (n. 75), pp. 44 ss.

<sup>77</sup> Véase *Foucault*, *El orden del discurso* (n. 75), p. 12.

<sup>78</sup> Véase *Gracia Martín*, *Prolegómenos* (n. 16), pp. 167 ss. *Foucault* (*El orden del discurso* (n. 75), p. 55) expone un ejemplo concluyente. En los siglos XVI y XVII se formulan series de discursos sobre la riqueza y la pobreza, la moneda, la producción y el comercio, integrados por conjuntos de enunciados completamente heterogéneos y contradictorios según quienes sean los que hablan: los ricos o los pobres, los sabios o los ignorantes, los protestantes o los católicos, los oficiales reales, los comerciantes o los moralistas, etc., y aunque ninguno de ellos por sí solo «prefigura exactamente esa otra forma de regularidad discursiva que tomará el aspecto de una disciplina y que se llamará “análisis de la riqueza”, y después “economía política”», lo cierto es que a partir de ellos, sí «se forma una nueva regularidad» —la disciplina de la Economía política— que integra en su «verdad» a *algunos* y, a la vez, excluye a *otros* enunciados.

y opera de este modo como sistema de dominación sobre la utopía de los enunciados vencidos y excluidos. Y como observa *Foucault*, «en realidad, hay dos especies de utopías: las utopías proletarias socialistas que gozan de la propiedad de no realizarse nunca, y las utopías capitalistas que, desgraciadamente, tienden a realizarse con mucha frecuencia»<sup>79</sup>.

#### IV. El carácter perverso y regresivo del discurso de resistencia

1. El discurso de resistencia deduce de su concepción personal del bien jurídico que incluso para el presente sólo debe ser conforme con el Estado de Derecho un Derecho penal «nuclear» de tipos orientados a la protección de un sistema de bienes jurídicos individuales; la protección de substratos colectivos sería admisible, pero sólo frente a ataques que afecten a la vez los bienes individuales a los que prestan su función<sup>80</sup>. El discurso de resistencia propugna así una «retirada» al modelo político-criminal de los siglos XVIII y XIX<sup>81</sup>. Si la sociedad y el Estado de Derecho fueran los *liberales* de esa época, entonces aquel modelo penal reinvidicado por el discurso de resistencia sería plenamente válido. Pero esto hoy ya no es así<sup>82</sup>. Los nuevos fenómenos y conflictos provocados por la evolución social no pueden ser afrontados ni resueltos por el Estado liberal, y además han propiciado el brote de condiciones con potencial para una realización efectiva de la libertad, la igualdad y la justicia *substantiales* —que aquel sólo reconoció de modo formal o nominal— que sólo puede llevar a cabo un nuevo Estado de carácter *social* y *de-*

<sup>79</sup> Véase *Foucault*, La verdad y las formas jurídicas (n. 74), p. 124.

<sup>80</sup> Así, por ejemplo, *Hassemer*, en Philipps/Scholler (n. 26), pp. 90 ss.; *el mismo*, AKStGB I, 1990, previo al 1, nm. 274 ss.; *el mismo*, ZRP 1992, p. 383 = ADPCP 1992, p. 248; *el mismo*, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 12), p. 57 = La teoría del bien jurídico, p. 96; y extensamente *Stenberg-Lieben*, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 12), pp. 67 ss. = La teoría del bien jurídico, pp. 109 ss.

<sup>81</sup> Véase *Schünemann*, GA, 1995, p. 217 (= ADPCP, 1996, p. 205); crítico *Silva Sánchez*, La expansión (n. 19), p. 149, para quien «la verdadera imagen del Derecho penal del siglo XIX no es, pues, la que por algunos pretende dibujarse en nuestros días».

<sup>82</sup> En este sentido *Bustos Ramírez*, Control social (n. 60), pp. 186 ss.: «un Estado liberal democrático sería incapaz de ofrecer una base ... para ir más allá de los condicionamientos a la democracia que impone el sistema actual». No obstante, en la actual sociedad moderna permanecen de facto las condiciones de posibilidad de funcionamiento del discurso y del Derecho penal liberales en sentido estricto, como prueba el actual despliegue de todas sus fuerzas devastadoras en el proceso de la actual globalización económica neoliberal a escala planetaria; al respecto véase sólo *Gracia Martín*, en Romeo Casabona (n. 31), pp. 28 ss.

*mocrático*<sup>83</sup>. Como se mostrará, estas nuevas condiciones no sólo tienen que invalidar ya, al menos, a ciertos enunciados liberales perversos enquistados en el discurso de criminalidad, sino también permitir integrar en éste a los que apuntan a la realización efectiva de aquéllos valores, pues éste es el fin que tiene que garantizar y realizar el nuevo Estado de Derecho, cuyo carácter *social y democrático* lo hace sin la menor duda *más* Estado de Derecho que el liberal porque, a diferencia de éste, lo es en sentido *material* y no sólo *formal*<sup>84</sup>. Y puesto que el Derecho penal tiene que seguir el camino trazado por la evolución de la sociedad y del Estado<sup>85</sup>, el discurso de resistencia ya no puede pretender hoy validez alguna porque, como ha dicho *García-Pablos*, su cobertura ideológica «no se aviene a los postulados del Estado *social* de Derecho» y lo hace «perverso y regresivo»<sup>86</sup>.

2. En la constitución del discurso político moderno pugnaron, por lo menos, dos series enunciativas opuestas: la de *Rousseau*, contraria a la formación de propiedad privada<sup>87</sup>, y la de *Locke*, para quien todos tienen derechos (naturales) a todo lo adquirido en el estado de naturaleza, y en el contrato social se acuerda respetarlos y atribuir al

<sup>83</sup> Véase sólo *García Pelayo*, *Las transformaciones del Estado* (n. 63), pp. 19 ss. y sobre todo pp. 26 ss., quien destaca como condiciones históricas que han hecho posible la atribución de un fin *social* al Estado «de un lado, un reto histórico, una necesidad de resolver problemas agobiantes irresolubles dentro de la estructura del Estado liberal y de la sociedad del *Hochkapitalismus* y, de otro, las posibilidades ofrecidas por el desarrollo cultural y tecnológico de la época industrial» (p. 19).

<sup>84</sup> Véase *Bustos Ramírez*, *Control social* (n. 60), p. 184 y en general *infra* nota 248.

<sup>85</sup> Véase *Cerezo Mir*, *PG I*, 6.<sup>a</sup> ed., 2004, pp. 17 ss., donde explica con gran detalle y numerosos ejemplos cómo la determinación y selección de bienes jurídicos y del alcance de su protección penal, dependen históricamente de las concepciones ético-sociales, jurídicas y políticas dominantes en la sociedad en cada época. Véase también la amplia exposición de *Würtenberger*, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 2.<sup>a</sup> ed., Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1959, pp. 67 ss., y ya antes *el mismo*, *Das System der Rechtsgüterordnung* (n. 8), pp. 1 ss., y asimismo *Oehler*, *Wurzel, Wandel und Wert der strafrechtlichen Legalordnung* (n. 8), *passim*.

<sup>86</sup> Véase *García-Pablos*, *Introducción* (n. 59), pp. 224 y 225, y en sentido parecido *Bustos Ramírez*, *Control social* (n. 60), p. 186.

<sup>87</sup> Como observa *M.<sup>a</sup> José Villaverde*, *Estudio preliminar a Rousseau, El contrato social o principios de derecho político*, 4.<sup>a</sup> ed. (1999), Ed. Tecnos, Madrid, 2000 (reimpresión), p. XVII y sobre todo p. XX: «Jean-Jacques encabeza ciertamente en el siglo XVIII la lista de los enemigos de la propiedad privada capitalista, legitimada por Locke»; véase el decidido rechazo de la propiedad privada por *Rousseau*, en su *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres* y otros escritos; estudio preliminar, traducción y notas de Antonio Pintor Ramos, 4.<sup>a</sup> ed. [1998], Ed. Tecnos, Madrid, 2001 (reimpresión), pp. 161 ss.

Estado el fin esencial de su defensa<sup>88</sup>. El discurso liberal se articuló con los enunciados victoriosos de *Locke*, excluyó a los rousseauianos<sup>89</sup>, ha abortado todo intento posterior de recuperación de éstos<sup>90</sup>, y así ha garantizado absolutamente el despliegue de la libre existencia de la burguesía<sup>91</sup>. La sociedad se entiende como un orden espontáneo dotado de racionalidad por leyes inmanentes a su propia ordenación cuyos presupuestos fundamentales son la libertad y los derechos individuales (naturales), y el Estado como otra organización racional separada de la sociedad, que debe abstenerse de intervenir en el juego de la ordenación natural de ésta, y limitarse a establecer y mantener una *legalidad* que no puede tener cualquier contenido, sino sólo aquéllos que garanticen y aseguren la libertad y los derechos naturales individuales como presupuesto y fundamento de la ordenación natural de la sociedad<sup>92</sup>, es decir: «el libre despliegue de la existencia burguesa»<sup>93</sup>. El Estado deriva ahora sólo de un contrato<sup>94</sup> que ya *limita* su *fin* a asegurar y a proteger su vigencia, por lo que la actividad estatal legítima queda reducida a *vigilar* el respeto de las condiciones del contrato<sup>95</sup> y, en su caso, a *castigar* sus violaciones por medio del poder penal que le ha otorgado el contrato *para* el cumplimiento de aquel fin, y para nada más, y por esto únicamente podrá castigar hechos lesivos de las condiciones del contrato (*socialmente dañosos*)<sup>96</sup>. Ahora

<sup>88</sup> Véase, *Locke*, Segundo Tratado sobre el Gobierno civil, trad., prólogo y notas de Carlos Mellizo, Alianza Editorial (1990), Madrid, reimpr. de 1998, pp. 74 n.º 50, 133 ss. n.º 123, 134 n.º 124, 136 ss. n.º 131, y además pp. 146 ss. n.º 138-139.

<sup>89</sup> Véase M.<sup>a</sup> José Villaverde, Estudio preliminar (n. 87), pp. X-XI.

<sup>90</sup> Véase M.<sup>a</sup> José Villaverde, Estudio preliminar (n. 87), pp. XX-XXI.

<sup>91</sup> M.<sup>a</sup> José Villaverde, Estudio preliminar (n. 87), pp. XVII-XVIII: «Es Locke, y no Rousseau, quien logra la cuadratura del círculo», pues «legítima ... la propiedad privada ilimitada, propia de la sociedad capitalista, y la división de ésta en dos clases antagónicas, todo ello en el marco del derecho natural; fundamentación que es básica para la existencia del nuevo orden capitalista». Contra esta interpretación, véase Pérez del Valle, CPC n.º 84, 2004, pp. 153 ss.

<sup>92</sup> Véase García Pelayo, Las transformaciones del Estado (n. 63), pp. 21 ss. y 52 ss.

<sup>93</sup> Véase García Pelayo, Las transformaciones del Estado (n. 63), pp. 52 ss.

<sup>94</sup> Y no de alguna autoridad divina, como ya había anticipado el Derecho Natural de la Razón, *cfr.* supra I.2, y nota 10.

<sup>95</sup> Es decir: el respeto de «las condiciones (leyes) con que los hombres aislados e independientes se unieron en sociedad» (*Beccaria*, De los delitos y de las penas, Cap. 1). Sobre ello, *Amelung*, Rechtsgüterschutz (n. 6), pp. 20 y 26, y en general García Pelayo, Las transformaciones del Estado (n. 63), p. 22.

<sup>96</sup> *Beccaria*, De los delitos y de las penas, Capítulos 1 y 2: «todas las penas que sobrepasan la necesidad de conservar este vínculo son injustas por su naturaleza»; véase además Caps. 6 y 8, y *Hommel*, Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen, ed. de Lekschas y Griebel, Akademie Verlag, Berlin, 1966, Vorrede, pp. 2 y 15. Por su parte, el art. 5 de la Declaración de los derechos del hombre de 1789 estableció que: «la ley no tiene derecho a prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad».

bien, condiciones del contrato son *exclusivamente* aquéllas por las que los hombres se unieron en sociedad<sup>97</sup>, y éstas no son otras que los derechos (o bienes) individuales «anteriores» (naturales) a ella y al Estado<sup>98</sup>, o sea las condiciones de posibilidad del «libre despliegue de la existencia burguesa»<sup>99</sup>. Por el contrario, la distribución de bienes necesarios para asegurar la existencia y la satisfacción de necesidades materiales de los individuos se entiende como un problema social ulterior a resolver por medio de regulaciones de la administración del bienestar que, al no ser derivables de las condiciones del contrato, no podrán protegerse nunca con la pena sino, a lo sumo, con sanciones del Derecho de *policía*<sup>100</sup> que no pueden consistir en privación de libertad<sup>101</sup>. Las acciones que no *lesionan* derechos, sino sólo mediatamente el fin del Estado con la puesta en *peligro* de la seguridad y del orden jurídico tampoco podrán ser delito, sino sólo infracciones de policía<sup>102</sup>.

**3.** Ahora bien, todo discurso despliega una *doble positividad operativa*: define sus *objetos* y las condiciones de validez de sus *enunciados*, y a la vez invalida y *excluye* a otros enunciados y a sus objetos correspondientes<sup>103</sup>. Como en aquel momento el poder había pasado a manos de la burguesía, el discurso de criminalidad que se impuso *incluyó* preferentemente enunciados y objetos de criminalidad relativos al sistema de acción de las capas sociales bajas y materialmente *excluidas* de la participación en buen número de los bienes jurídicos, y

<sup>97</sup> *Beccaria*, De los delitos y de las penas, Caps. 1 y 2.

<sup>98</sup> Para cuya garantía y aseguramiento se formó el depósito de las porciones de libertad cedidas por cada uno, y para cuya defensa ante las usurpaciones privadas de cada hombre en particular se establecieron las penas (*Beccaria*, De los delitos y de las penas, Cap. 1).

<sup>99</sup> Véase, en general, *García Pelayo*, Las transformaciones del Estado (n. 63), p. 55: «tal criterio coincidía con el sistema de las concepciones políticas y de los intereses de los grupos y estratos dominantes, de manera que la dimensión axiológica de la legitimidad coincidía con su dimensión sociológica, es decir, había una adecuación entre la idea válida del Derecho y los intereses de los estratos que, dadas las condiciones históricas, estaban en condiciones de establecer el Derecho»; *Amelung*, Rechtsgüterschutz (n. 6), pp. 19 ss. y 26.

<sup>100</sup> Véase *Amelung*, Rechtsgüterschutz (n. 6), p. 26.

<sup>101</sup> *Globig/Huster*, Abhandlungen von der Criminalgesetzgebung, reimpresión de la edición de Zurich de 1783, Verlag Sauer/Auermann KG, Frankfurt/Main, 1969, p. 240 («la policía no puede nunca llegar a privar de libertad al culpable») y *Hommel*, Philosophische Gedanken über das Criminalrecht, Beslau, 1784, p. 148 § 72 («los delitos de policía no son verdaderos delitos, ni las penas policiales verdaderas penas»).

<sup>102</sup> Así *Feuerbach*, Lehrbuch, 13. ed., Giessen, 1.840, § 22.

<sup>103</sup> *Supra* III.3. Así ya para la definición de delitos, *Dorado Montero*, Bases para un nuevo Derecho penal, Manuales Soler, Barcelona, 1902, edición con Prólogo, bibliografía y notas de Manuel de Rivacoba, de Depalma, Buenos Aires, 1973, §§ 12, 18, 19.

*excluyó* a la vez a los relacionados con el sistema de acción social de las clases poderosas<sup>104</sup>. El Derecho penal liberal es así uno cargado de *garantías*, pero la función declarada de éstas oculta a otras funciones reales que siguen una dirección opuesta a partir de las relaciones de clase y de poder que están en su base<sup>105</sup>. Como escribe *García Pelayo*, los «derechos individuales, (el) *principio de legalidad*, (la) división de poderes, etc.» se instituyeron *precisamente* para *limitar* «la expansión de la acción estatal», que era el «adversario de los valores burgueses clásicos»<sup>106</sup>. El principio de legalidad ha funcionado así de hecho como una *triple garantía* para las clases altas: *de protección* de «sus» esferas de libertad real abundante frente a las clases con libertad real escasa<sup>107</sup>; *de exclusión* de sus propias acciones socialmente

<sup>104</sup> Pues como observa *García Pelayo* (Las transformaciones del Estado (n. 63), pp. 40 ss.): «se hablaba, en verdad, de la *comunidad nacional*, pero lo cierto era que si bien las clases bajas participaban en los aspectos más extensos y penosos de las cargas de la defensa militar y de la producción económica, en cambio, no participaban en los beneficios más que en una parte despreciable y —hablando en términos típico-ideales— tan sólo en la medida necesaria para mantenerse y reproducirse, ... el *cuarto estado* parece estar de hecho fuera de la nación» (p. 41); véase la descripción de *Hermann Heller*, *Sozialismus und Nation* (1925), en sus *Gesammelte Schriften*, 1971, pp. 468 ss. y 473; la elocuente y enfática denuncia de *Rousseau*, *Discurso sobre la Economía política*, trad. y estudio preliminar de José E. Candela, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, pp. 46 ss., («la confederación social protege fuertemente las inmensas propiedades del rico y apenas le permite al miserable disfrutar de la cabaña que él mismo construyó con sus propias manos»), *Dorado Montero*, *Bases* (n. 103), § 19, pp. 22 ss. («sólo vienen a ser delitos las acciones que caprichosamente prohíben y castigan los que mandan»); los asimismo elocuentes testimonios y corroboraciones de *Foucault*, *La verdad y las formas jurídicas* (n. 74), p. 106 («a partir de este momento el control ... se convierte así en un instrumento de poder de las clases ricas sobre las clases pobres, de quienes explotan sobre quienes son explotados»); *Foucault*, *Surveiller et punir* [n. 62], pp. 280 ss., 287, 294 («sería hipócrita o ingenuo creer que la ley se ha hecho para todo el mundo ...; es más prudente reconocer que ... se dirige principalmente a las clases más numerosas y menos ilustradas» (pp. 280 ss.); *Bustos Ramírez*, *Control social* (n. 60), pp. 17 y 20 («las leyes penales son expresión del poder de una clase y, por tanto, no pueden recaer sobre ella, sino sobre la clase sometida» (p. 17); *Terradillos Basoco*, *RFDUCM*, n.º 63, 1981, p. 140 («la sociedad no desviada define y reprime a la desviada»); y también *Schünemann*, en *Kühne/Miyazawa* (n. 18), pp. 16, 19 ss., y 21 = *Temas actuales*, pp. 50, 53 ss. y 55.

<sup>105</sup> Sobre los engaños persuasivos del poder como constante histórica, *García Pelayo*, *Las transformaciones del Estado* (n. 63), p. 47, y *el mismo*, *Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político*, *Revista de Occidente*, Madrid, 1968, pp. 289 ss. Sobre la doble cara de las garantías penales liberales, *Gracia Martín*, *Prolegómenos* (n. 16), pp. 181 ss.; me sigue *Mayo Calderón*, *La tutela* (n. 40), p. 65.

<sup>106</sup> Véase *García Pelayo*, *Las transformaciones del Estado* (n. 63), p. 27.

<sup>107</sup> Los exponentes son la sobreprotección penal de la propiedad (*Schünemann*, *GA* 1995, p. 207 = *ADPCP* 1996, p. 194; *el mismo*, en *Kühne/Miyazawa* (n. 18), pp. 20 ss. = *Temas actuales*, pp. 53 ss.; *el mismo*, *Presentación de mis «Prolegómenos»* (n. 16), p. 15; *Bustos Ramírez*, *Control social* (n. 60), pp. 153 ss.) y la sobreprotección de la economía de mercado, así *Terradillos Basoco*, *RFDUCM*, n.º 63, 1981, pp. 142 ss.

dañosas del discurso de criminalidad<sup>108</sup>; y *de expansión* de su libertad real, pues la exclusión de su criminalidad del discurso, les ha garantizado una «libertad de acción» prácticamente ilimitada<sup>109</sup>. Para las clases bajas, el principio ha sido una garantía *formalmente*, pero *de hecho* ha funcionado como *instrumento de contracción* de su libertad de acción —de por sí ya escasa— pues la mayoría de los objetos de criminalidad se han extraído de su sistema de acción social condicionado por las estructuras sociales y económicas<sup>110</sup>. Y puesto que el volumen de condiciones de libertad teóricamente distribuibles entre todos los hombres es *constante e invariable* en cada espacio y tiempo históricos, aquella acumulación de libertad (y de bienestar) por las clases dominantes se ha traducido, a la vez y necesariamente, en la correspondiente «contracción» de la libertad material (y de bienestar) —de por sí escasa— de las clases dominadas, pues toda expansión de la libertad de una clase sólo es imaginable a costa de la correspondiente contracción de la libertad de las otras<sup>111</sup>.

4. Contra la exclusión de la protección penal de bienes jurídicos colectivos, pretendida por el discurso de resistencia, se opone por algunos que aquélla no sería ninguna invención *ex novo* del nuevo Derecho penal moderno<sup>112</sup>, pues todos los Códigos penales del siglo XIX han incluido en sus catálogos tipos que, como el falso testimonio, la falsificación de moneda o las falsedades de instrumentos del tráfico jurídico y económico, protegen específicamente bienes jurídicos inequívocamente colectivos como la Administración de Justicia, la mo-

<sup>108</sup> Véase *Dorado Montero*, Bases (n. 103), § 19, p. 23; *Foucault*, La verdad y las formas jurídicas (n. 74), p. 106; *Bustos Ramírez*, Control social (n. 60), pp. 17 y 20 («las leyes penales son expresión del poder de una clase y, por tanto, no pueden recaer sobre ella» (p. 17))

<sup>109</sup> *Bernd Schünemann* (GA 1995, p. 208 = ADPCP, 1996, p. 195) parece referirse a esto cuando objeta a la teoría personal del bien jurídico que haya elevado de hecho a la categoría de objeto de protección del mayor rango al despilfarro de los recursos de las generaciones futuras, que cumple con el concepto primigenio de delito; y también cuando denuncia (en Kühne/Miyazawa (n. 18), p. 21 = Temas actuales, p. 55) que el Derecho penal haya dejado escapar a formas socialmente dañosas de adquisición y de uso de la propiedad.

<sup>110</sup> Recuérdense la famosa narración sobre el «hurto forestal» del joven Marx en la Gaceta renana; en el mismo sentido que el texto, recordando dicha narración, *Schünemann*, en Kühne/Miyazawa (n. 18), pp. 20 ss. = Temas actuales, pp. 53 ss.

<sup>111</sup> Véase también *Terradillos Basoco*, RFDUCM, n.º 63, 1981, p. 138, al razonar que «la tendencia a la acumulación infinita lleva no a la multilateralidad igualitaria, sino a que el crecimiento, por su carácter cuantitativo, sea a expensas de la cobertura de las necesidades de otro, que es subordinado al primero y utilizado como medio». Como denuncia *Zaffaroni*, PG, 2.ª ed., p. 9, esto lesiona el principio de igualdad que no sólo «ante la ley, sino también en la ley».

<sup>112</sup> Así *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter (n. 28), p. 217.

neda o la fe pública respectivamente<sup>113</sup>, y por otro lado, que *Birnbaum* reconoció junto a los denominados por él como «innatos», a otros bienes que serían «producto de la evolución social» y distinguió claramente entre delitos contra bienes individuales y contra colectivos (contra la comunidad)<sup>114</sup>. Esta objeción, sin embargo, tiene que ser relativizada en el sentido, apuntado por *Mayo Calderón*, de que la legitimidad negada por el discurso de resistencia no se refiere a la protección penal de bienes jurídicos colectivos como los mencionados, sino sólo a la de los substratos que la pretenden ahora al amparo del Estado *social*<sup>115</sup>, como por ejemplo el ambiente y los recursos naturales, los recursos tributarios o las condiciones mínimas del contrato de trabajo, que el sistema liberal consecuentemente no podía proteger porque con ello hubiera limitado el libre despliegue de la existencia burguesa. Es cierto que el discurso de resistencia reserva espacios de *ilicitud* para las lesiones de estos nuevos objetos en un Derecho de intervención o en un Derecho penal de segunda velocidad. Sin embargo, esto no es más que una fiel reproducción de la distribución liberal de la ilicitud, pues el orden liberal, igual que reconoce bienes jurídicos según clases sociales, distribuye luego la ilicitud también en campos diferenciados. Como observa *Foucault*, «no hay una justicia penal destinada a perseguir todas las prácticas ilegales ... (sino) un instrumento para el control diferencial de los ilegalismos»<sup>116</sup> que «se traducirá incluso en una especialización de los circuitos judiciales: para los ilegalismos de bienes —para el robo—, los tribunales ordinarios y los castigos; para los ilegalismos de derechos —fraudes, evasiones fiscales, operaciones comerciales irregulares— unas jurisdicciones especiales, con transacciones, componendas, multas atenuadas, etc; la burguesía se ha reservado la esfera fecunda del ilegalismo de los derechos»<sup>117</sup>. Una distribución así de la ilicitud llegó a su cumbre con la teoría iusnaturalista del *Derecho penal administrativo* de fines del siglo XIX y principios del XX<sup>118</sup>, pero por imperati-

<sup>113</sup> En este sentido, por ejemplo, *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter (n. 28), p. 215.

<sup>114</sup> Véase *Birnbaum*, AdC-Neue Folge, 1834, pp. 174, 177 y 178. Sobre ello han llamado la atención *Hirsch*, Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología, UNED, Madrid, 2001, p. 375 y nota 23, *Schünemann*, en *Hefendehl/von Hirsch/Wohlens* (n. 12), p. 140 = La teoría del bien jurídico, p. 206; y *Amelung*, Rechtsgüterschutz (n. 6), pp. 44 ss.

<sup>115</sup> Véase *Mayo Calderón*, La tutela (n. 40), p. 44.

<sup>116</sup> Véase *Foucault*, Surveiller et punir (n. 62), p. 287.

<sup>117</sup> Véase *Foucault*, Surveiller et punir (n. 62), p. 89.

<sup>118</sup> Sus raíces se encuentran en *Feuerbach* (*supra* nota 102); véase *Mattes*, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten I, Duncker&Humblot, Berlin, 1977, pp. 105 ss. y 109 ss., y su desarrollo más depurado se debe especialmente a *Goldschmidt*, Das Verwaltungsstrafrecht, reimpression. de la ed. de Berlin (1902), de Scientia Verlag, Aalen, 1969, pp. 529 ss., quien basa la distinción entre Derecho penal

vo de la igualdad y, en definitiva, de la justicia<sup>119</sup> ya no puede pretender validez en el Estado *social* del presente contra lo pretendido por el discurso de resistencia con apoyo en una concepción ultraliberal y, en el mejor de los casos, obsoleta del contrato social y del fin del Estado<sup>120</sup>.

## V. La modernización del Derecho penal como lucha por el postulado del Estado de Derecho (*social y democrático*)

1. La modernización del Derecho penal es una exigencia ético-política de la realidad social de un presente como el de hoy que hunde sus raíces en una larga historia de lucha a menudo penosa contra los efectos perversos del discurso político liberal<sup>121</sup> que hoy, lamentablemente, potencia a escala planetaria el proceso de la globalización económica neoliberal<sup>122</sup>. Tendría que parecer obvio que la síntesis entre garantías *liberales* y Estado de Derecho es una que hoy ya no puede pretender ninguna validez, pues su fabricación sólo pudo tener lugar *a posteriori* e históricamente a partir de unas condiciones que hicieron posible la tajante separación de la sociedad y del Estado<sup>123</sup>

y penal administrativo en una distinción a su vez de sus objetos de protección, que serían, respectivamente, «objetos del Derecho» y «objetos del bienestar» (p. 529); sobre la teoría, véase *Mattes*, loc. cit., pp. 135 ss., 141 ss.; v. *Hippel*, Deutsches Strafrecht II, reimpr. de la ed. de Berlin (1930) de Scientia Verlag, Aalen, 1971, pp. 106 ss.; y *Cerezo Mir* PG I, 6.<sup>a</sup> ed., 2004, pp. 51 ss., con numerosas referencias doctrinales. Sobre la crítica a la teoría, véase *H. Mattes*, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, II, Duncker&Humblot, Berlin, 1982, pp. 93 ss. *passim*, y especialmente sobre la fundamentación *iusnaturalista* del Derecho penal administrativo pp. 247 ss.; asimismo véase *Cerezo Mir* PG I, 6.<sup>a</sup> ed., 2004, pp. 54 ss.

<sup>119</sup> Así *Schünemann*, GA 1995, p. = ADPCP 1996, p. en conexión con Kühne/Miyazawa (n. 18), p. 21 = Temas actuales, p. 55.

<sup>120</sup> Véase *Hassemer*, ZRP, 1992, p. 379 = ADPCP, 1992, p. 237. Sobre las arbitrariedades e inexactitudes en que incurre *Hassemer*, *Schünemann*, como *supra* en nota 13.

<sup>121</sup> Sobre todo ello, véase ahora sólo *García Pelayo*, Las transformaciones del Estado (n. 63), pp. 13-82 *passim*.

<sup>122</sup> Véase ahora sólo *Gracia Martín*, en Romeo Casabona (n. 31), pp. 28 ss., con numerosas referencias.

<sup>123</sup> Véase *Gracia Martín*, Prolegómenos (n. 16), pp. 202 ss., con apoyo en la filosofía kantiana sobre los juicios y en una recomendación textual de *Foucault* conforme a la cual, en general, habría que «poner en cuestión estas síntesis completamente hechas ... en virtud de las cuales se tiene la costumbre de ligar entre sí» a determinados enunciados y objetos como formaciones *políticas* con un *origen necesario* en vez de ver juegos de relaciones entre ellos meramente *inventadas* y, por ello, *contingentes* y dependientes en todo de sus propias *condiciones —necesariamente históricas— de posibilidad*, y «antes de hacerlas valer espontáneamente, aceptar por una preocupación de

pero que hoy ya no se dan más<sup>124</sup>. Por esto, debería parecer también obvio que hoy la única síntesis entre Estado de Derecho y garantías que puede pretender validez es una que resulte del abrazamiento o anudamiento de ambos momentos por medio del postulado del Estado *social y democrático*<sup>125</sup>. Desde luego las garantías conservan en éste sus elementos liberales *formales*<sup>126</sup>, pero sus *contenidos* sólo pueden tener validez en la medida de su conformidad con las exigencias ético-políticas y de justicia de los fines sociales y democráticos que tiene atribuidos hoy un Estado que, con la realización de estos fines, tiene que contrarrestar y limitar la fuerza de aquella mera formalidad liberal sin contenido para encubrir y mantener la desigualdad real entre clases sociales<sup>127</sup> y que, sólo por esto, ya es *mucho más* Estado de Derecho que el liberal<sup>128</sup>. Por ello, el discurso de resistencia es con-

---

método y en primera instancia, que no tienen que ver más que con una población de acontecimientos *dispersos*»; véase *Foucault*, *L'archéologie du savoir* (n. 73), p. 32 (el texto no entrecomillado es completamente mío).

<sup>124</sup> Salvo en el mercado global actual, cuya libre autorregulación ante la ausencia de una autoridad política mundial que establezca e imponga un Derecho para ese mercado son los equivalentes a escala global y planetaria de aquella separación típica del liberalismo del siglo XIX entre la sociedad y el Estado nacionales; véase *Gracia Martín*, en *Romeo Casabona* (n. 31), pp. 28 ss.

<sup>125</sup> Véase *Gracia Martín*, *Prolegómenos* (n. 16), pp. 199 ss. y especialmente pp. 208 ss.

<sup>126</sup> Pues con el Estado social nunca se había pretendido nada distinto a adaptar el Estado de Derecho tradicional a las exigencias de la sociedad industrial y post-industrial en razón de la incapacidad del Estado liberal para satisfacerlas y con el fin de promover una realización material efectiva de los postulados meramente formales de aquél; véase *Böckenförde*, en *FS-Arndt*, Frankfurt a. M., 1969, pp. 66 ss.; *Benda*, en *Manual de Derecho constitucional*, 2.<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2001, p. 490 nm. 6; *García Pelayo*, *Las transformaciones sociales* (n. 63), pp. 18 ss. y *Elías Díaz*, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8.<sup>a</sup> ed., Ed. Taurus, Madrid de 1986, pp. 83 ss.

<sup>127</sup> Así *Bustos Ramírez*, *Control social* (n. 60), pp. 18 ss., 186 ss. y 196 ss. Debe recordarse que con la constitucionalización en 1949 por la Ley Fundamental de Bonn (arts. 20 y 28) de la idea del Estado *social*, formulada en 1929 por *Hermann Heller* (*Rechtsstaat oder Diktatur?*, J.C.B.Mohr, Tübingen, 1930, recogida en sus *Gesammelte Schriften*, Leiden, 1971, t. II, pp. 443 ss.), y tras su desarrollo posterior por los constitucionalistas alemanes, el Estado de Derecho ha adquirido un carácter *material* (social y democrático) que obliga al poder político a actuar en dirección a la efectiva *realización* de la libertad, de la igualdad social y de la democracia (art. 9.2 CE) precisamente para superar el carácter meramente formal que tuvieron en el liberal, pues según la afortunada expresión de *García Pelayo* (*Las transformaciones del Estado* (n. 63), pp. 26 ss.), mientras éste sólo «asignaba derechos sin mención del contenido (y) se limitaba a asegurar la justicia legal formal», el social «distribuye bienes jurídicos de contenido material y se extiende a la justicia legal material»

<sup>128</sup> En este sentido véase, por ejemplo, *Böckenförde*, en *FS-Arndt*, Frankfurt a. M., 1969, pp. 66 ss., 72; *Hesse*, en *Forsthoff* (ed.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Wissenschaftliches Buchgesellschaft, Darmstadt, 1968, pp. 560 ss. 562; *Merkel*, en *FS-Kelsen*, *Deutike*, Wien, 1971, p. 126; *Hartwich*, *Sozialstaatspostulat und gesellschaftliche status quo*, Westdeutsche Verlag, Opladen, Köln, 1970, pp. 344 ss.;

trario al Estado de Derecho, y no el de modernización, que es conforme con él en todo como se tiene que poder demostrar con la elaboración de un concepto material de delito que, conforme a las exigencias ético-políticas y de justicia material del Estado social, alcance a la dañosidad social de agresiones y lesiones de bienes colectivos que tienen que percibirse hoy como elementales, y algunos incluso como de rango superior a otros individuales, tal y como, por ejemplo, tendría que parecer obvio respecto del ambiente y los recursos naturales en comparación con la propiedad privada<sup>129</sup>.

2. En sentido *formal*, bien jurídico es «todo bien, situación o relación deseados y protegidos por el Derecho»<sup>130</sup>. En sentido *material*, sin embargo, no parece posible aprehenderlo en la forma de un «concepto» clasificatorio<sup>131</sup>, sino sólo en la de un «tipo» o *directriz normativa*<sup>132</sup>. Alcácer Guirao advierte con razón que «más importante que el mero concepto de bien jurídico es el *programa* ético-político del que deban emanar los fundamentos, y los argumentos, de lo que se considera valioso»<sup>133</sup>. El bien jurídico no es ni un objeto de la realidad en cuanto tal<sup>134</sup> ni un valor ideal<sup>135</sup>, sino una «composición» o síntesis

*Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, t. 1, 2.<sup>a</sup> ed., 1984, p. 781; *Benda*, en Manual, 2.<sup>a</sup> ed. (n. 126), p. 490 nm. 7, y p. 526 nm. 91 ss.; *Lucas Verdu*, Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho, Acta Salmanticensia, Salamanca, 1955, p. 70; *Elías Díaz*, Estado de Derecho (n. 126), pp. 33, 83 ss.; y *García Pelayo*, Las transformaciones del Estado (n. 63), pp. 16 ss., 51 ss.

<sup>129</sup> Al respecto *Infra* 8 y nota 332.

<sup>130</sup> Así *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11.<sup>a</sup> ed., 1969, pp. 4 ss.; *Cerezo Mir* PG I, 6.<sup>a</sup> ed., 2004, p. 14, quien no obstante atribuye carácter «material» a tal descripción (nota 6 de p. 14) y *Gracia Martín*, Fundamentos de Dogmática penal, Ed. Atelier, Barcelona, 2006, p. 215.

<sup>131</sup> Así con razón *Stratenwerth*, FS-Lenckner, 1998, pp. 388 ss. y *Stratenwerth/Kuhlen* AT I, 5.<sup>a</sup> ed., 2004, p. 29 nm. 7; *Schünemann*, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 12), pp. 135 ss. = La teoría del bien jurídico, pp. 200 ss.; también *Roxin* AT I, 3.<sup>a</sup> ed., 1997, pp. 29 ss. nm. 48, y AT I, 4.<sup>a</sup> ed., 2006, § 2 nm. 3, p. 14, y además § 2 nm. 120, p. 53; *Portilla Contreras*, CPC n.º 39, 1989, pp. 726 y 735; *Alcácer Guirao*, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Ed. Atelier, Barcelona, 2003, pp. 77 ss.

<sup>132</sup> Como recientemente ha puesto de relieve *Schünemann*, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 12), p. 137 = La teoría del bien jurídico, pp. 202 ss., con amplias referencias al método en nota 20. En sentido similar *Roxin* AT I, 4.<sup>a</sup> ed., 2006, § 2 nm. 12, p. 18 y *Alcácer Guirao*, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? (n. 132), pp. 77 ss. También *Ferrajoli*, Derecho y razón (n. 5), p. 471.

<sup>133</sup> Véase *Alcácer Guirao*, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? (n. 132), p. 71, con cita de *Papageorgiu*; también *Paredes Castañón*, RDPC n.º 11, 2003, pp. 95 ss. y especialmente pp. 107 ss., y *Terradillos Basoco*, RFDUCM, n.º 63, 1981, p. 136.

<sup>134</sup> Véase, por ejemplo, *Mir Puig*, PG, 8.<sup>a</sup> ed., 2008, p. 162 nm. 40.

<sup>135</sup> Véase, por ejemplo, *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter (n. 28), pp. 28 ss. con numerosas referencias; *Amelung*, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 12), pp. 173 ss.; ahora también *Roxin* AT I, 4.<sup>a</sup> ed., 2006, § 2 nm. 66 y 67, p. 34; *Terradillos Basoco*, RFDUCM, n.º 63, 1981, pp. 126 y 132 ss.; *Soto Navarro*, La protección penal (n. 28), pp. 284 ss.

entre un *substrato de la realidad* (objeto de valoración) y una determinada valoración de éste (valoración del objeto)<sup>136</sup>. El *substrato* es siempre una realidad con consistencia física o incorporal<sup>137</sup>, la *valoración* tiene que derivarse de las «directrices axiológicas» del programa ético-político fijado<sup>138</sup>, y la relación entre el uno y la otra es de interdependencia, pues un *substrato* real sólo puede obtener el valor de bien jurídico en virtud de su potencial de realización de los fines y objetivos del programa ético-político. Los *substratos* de los bienes jurídicos son así instrumentos que proporcionan «posibilidades de acción» para el logro de fines y de metas mediante su «potencial de realización»<sup>139</sup>. Por esto, los bienes jurídicos tienen que comprenderse y explicarse como instrumentos *dinámicos* y *funcionales*<sup>140</sup>, pues si como advirtió *Welzel*, «toda vida social consiste en el *uso* y *consumo* de bienes jurídicos», entonces su existencia sólo puede comprenderse como un «estar en *función*»<sup>141</sup>. La necesidad de reconocer bienes jurídicos es consecuencia de la *escasez* de los *substratos*

<sup>136</sup> Así *Amelung*, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 12), pp. 155 ss., 164 ss.; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter (n. 28), pp. 31 ss.; *Mir Puig*, PG, 8.ª ed., 2008, pp. 162 ss.; *Díez Ripollés*, en su Política criminal y Derecho penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 35; *Alcacer Guirao*, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? (n. 132), pp. 72 ss.; *Soto Navarro*, La protección penal (n. 28), pp. 290 ss.

<sup>137</sup> Este componente material es lo que permite comprobar empíricamente la existencia de un *daño* o de un peligro; véase *Alcacer Guirao*, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? (n. 132), pp. 72 ss. y en sentido similar *Díez Ripollés*, JD, n.º 30, noviembre de 1997, pp. 17 ss. Sobre la relación entre bien jurídico y *substrato*, véase *Schulenburg*, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 12), pp. 247 ss. y 250 ss. Sobre el *substrato* de los bienes jurídicos, véase *Cerezo* PG I, 6.ª ed., 2004, p. 14.

<sup>138</sup> Véase *Alcacer Guirao*, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? (n. 132), pp. 71 ss. Como dice *Amelung* (en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 12), p. 155 = La teoría del bien jurídico, p. 228), en el juicio de valor se analiza la relación del bien jurídico con la política, y en el objeto de la valoración, lo que se denomina «objeto» de la protección jurídico-penal; véase también en esta línea *Bustos Ramirez*, Control social (n. 60), p. 28 y *Terradillos Basoco*, RFDUCM, n.º 63, 1981, pp. 136 ss. y 141 ss.

<sup>139</sup> Sobre los bienes jurídicos como «potenciales de realización», *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter (n. 28), pp. 80 ss., y sobre los bienes jurídicos como instrumentos que proporcionan «posibilidades de acción», *Amelung*, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 12), pp. 166 ss. = La teoría del bien jurídico, pp. 242 ss.

<sup>140</sup> Véase especialmente *Rudolphi*, FS-Honig, 1970, pp. 162 ss.; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter (n. 28), pp. 80 ss., con referencias; *Terradillos Basoco*, RFDUCM, n.º 63, 1981, p. 139; *Mayo Calderón*, La tutela (n. 40), p. 77. Véanse definiciones expresamente funcionales de bien jurídico (unidades socialmente funcionales, objetos que posibilitan la autorrealización personal, el desarrollo del individuo en el sistema social o la participación en los sistemas sociales, etc.) en *Stratenwerth*, FS-Lenckner, 1998, p. 378.

<sup>141</sup> *Welzel*, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, de Gruyter, Berlin/New York, 1975, p. 140 y Das deutsche Strafrecht, 11.ª ed., 1969, p. 5; *Cerezo Mir* PG I, 6.ª ed., p. 15; *Gracia Martín*, Fundamentos de Dogmática penal (n. 130), pp. 215 ss.

con potencial de realización, y de que éstos son susceptibles de usos sólo *alternativos* y, en la mayor parte de los casos, *excluyentes*<sup>142</sup>. Si fueran abundantes y susceptibles de uso y consumo ilimitados para cualquiera, entonces no sería necesaria ninguna distribución *normativa* de ellos *conforme a fines* ni, por eso, su reconocimiento como objetos dignos y necesitados de protección por el Derecho. Y puesto que la dinámica de los usos y consumos funcionales de bienes jurídicos produce siempre determinados *efectos* en el contexto social, y éstos generalmente tienen que ser soportados por los mismos bienes jurídicos utilizados o por otros distintos<sup>143</sup>, de aquí tiene que resultar que, una vez que ya se ha reconocido a determinados substratos reales como bienes jurídicos, tenga que resolverse otra cuestión ulterior cuyo objeto es la decisión *política* acerca de qué usos y consumos de aquéllos tienen que permitirse y cuáles prohibirse. La necesidad de esta decisión resulta de la *escasez* de los substratos de los bienes jurídicos, que fuerza a no poder reconocer una libertad *ilimitada* de uso y consumo de ellos que imposibilitaría toda realización de los fines y objetivos del programa ético-político porque con aquélla —dicho de otro modo— se retornaría a un estado de naturaleza con un «derecho» absoluto de todos a todo y, con ello, de guerra de todos contra todos<sup>144</sup>. Por esto, aquella libertad tiene que encontrar un límite infranqueable allí donde la acción del usuario y consumidor de bienes jurídicos tiene como efecto una privación o restricción relevante de las posibilidades de uso y consumo legítimos de ellos por terceros. Puesto que la idea del bien jurídico remite en última instancia a su instrumentalidad para el legítimo autodesarrollo y autorrealización personales y para la satisfacción de necesidades e intereses legítimos<sup>145</sup>, de aquí tiene que resultar como obvio que, ante todo, las

<sup>142</sup> Esta comprensión de los bienes jurídicos la expuse por primera vez en mi «Proyecto docente y de investigación en Derecho penal», escrito inédito de 1990, ahora publicado como Fundamentos de Dogmática penal (n. 130), pp. 216 ss. También han relacionado a los bienes jurídicos con la escasez Terradillos Basoco, RFDUCM, n.º 63, 1981, p. 131, y Jakobs, Sociedad. Norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, p. 45.

<sup>143</sup> En este sentido Welzel, Abhandlungen (141), p. 140: están en función *para producir y soportar* efectos en su contexto social».

<sup>144</sup> Véase Hobbes, El ciudadano, edición bilingüe de Joaquín Rodríguez Feo, Ed. Debate-CSIC, Madrid, 1993, Capítulo I, pp. 17 ss.: «en el estado de naturaleza a todos les es lícito tener y hacer cualquier cosa» (p. 19), y Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil, versión, prólogo y notas de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1999, Capítulo 13, p. 110 y Capítulo 14, p. 120, y sobre la limitación de la libertad, Leviatán, Capítulo 26, p. 233, y también Capítulo 21, p. 189, y Beccaria, De los delitos y de las penas, Capítulo 1: los hombres «sacrificaron por eso una parte de ella (sic.: de su libertad) para gozar la restante en segura tranquilidad».

<sup>145</sup> Véase sólo Terradillos, RFDUCM, n.º 63, 1981, pp. 136 ss.

propiedades existenciales y vitales del individuo con potencial de realización de aquéllo tienen que ser reconocidas como bienes jurídicos<sup>146</sup>, pero también que la libertad de uso y consumo de estos bienes individuales tiene que encontrar su límite en la salvaguarda de unas mismas posibilidades de uso y consumo legítimos para terceros. Por esto, ya la protección de *bienes jurídicos individuales* impone una restricción normativa conforme a fines de las posibilidades de acción que proporcionan sus substratos. Ahora bien, de esta dinámica del actuar en la vida social mediante usos y consumos de bienes jurídicos que producen efectos que en la realidad social fáctica recaen en —y tienen que soportar— también bienes jurídicos, tiene que resultar ahora que el conjunto de éstos reconocido y disponible en una sociedad y época determinadas no pueda comprenderse como una masa atomizada, sino como la «suma» *configuradora* del «orden social» de la época<sup>147</sup> que forma con todos ellos un «sistema» en que ninguno de ellos debe ser contemplado aisladamente, sino sólo en sus conexiones e interacciones funcionales con los demás y con la *totalidad* del sistema<sup>148</sup>. Esto se explica en razón de que en los diferentes contextos de la vida social se establecen entre los diferentes bienes jurídicos singulares relaciones de intercambio y de prestación de utilidades de unos a otros para hacer posible la realización de los fines y objetivos

<sup>146</sup> A estos bienes individuales *Birnbaum* (AdC-Neue Folge, 1834, p. 174) los denominó «innatos», y son tan elementales que —así *Würtenberger* (Die geistige Situation (n. 85) p. 69)— constituyen un «núcleo casi inalterado» de todo orden legal de bienes jurídicos.

<sup>147</sup> Así *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11.ª ed., 1969, pp. 4 ss.; *Hellmuth Mayer* AT, 1967, p. 52; *Würtenberger*, Das System der Rechtsgüterordnung (n. 8), pp. 1 ss., y más ampliamente *el mismo*, Die geistige Situation (n. 85), pp. 67 ss.; *Cerezo Mir* PG I, 6.ª ed., 2004, p. 14; *Gracia Martín*. Fundamentos de Dogmática penal (n. 130), pp. 215 ss.

<sup>148</sup> Véase *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11.ª ed., 1969, pp. 4 ss.; *Bustos Ramírez*, Control social (n. 60), pp. 166 ss. *Würtenberger*, Die geistige Situation (n. 85), pp. 67-87 *passim*, hace de la autonomía de la persona, entendida desde el prisma de la teoría del Derecho natural existencial y teniendo en cuenta las aportaciones de la Antropología filosófica, el criterio rector del reconocimiento de bienes jurídicos y de su ordenación (p. 71), e inspira la teoría personal del bien jurídico que constituye el eje del discurso de resistencia de la Escuela de Frankfurt; sobre esto *Schünemann* (GA 1995, pp. 205 y 208 = ADPCP 1996, pp. 192 y 194 ss.). A partir de la concepción dinámica y funcional de *Welzel*, formulé bases para la economía de un «sistema» de los bienes jurídicos en mi «Proyecto docente y de investigación en Derecho penal», escrito inédito de 1990 y ahora publicado como Fundamentos de Dogmática penal (n. 253), pp. 215 ss. 224 ss. y 227 ss., que luego han desarrollado y enriquecido mis discípulas *M.ª Angeles Rueda*, La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, pp. 247 ss. y *Belén Mayo*, La tutela (n. 40), pp. 76 ss., ésta última precisamente en el ámbito de las relaciones sistemáticas funcionales entre bienes jurídicos colectivos e individuales.

del programa ético-político<sup>149</sup> y que influyen en la jerarquización, al menos, abstracta de los bienes<sup>150</sup>.

3. La teoría del bien jurídico que acabo de exponer, que es compartida generalmente en lo esencial, permite fundamentar y explicar prácticamente como «evidencias» tanto el carácter de bienes jurídicos de las propiedades existenciales y vitales esenciales del individuo<sup>151</sup>, como la prohibición y amenaza bajo pena de algunos usos y consumos de ellas dirigidos voluntaria o, en su caso, imprudentemente a la lesión de esos mismos bienes jurídicos<sup>152</sup>, pero también debe poder permitir sin necesidad de la mínima modificación<sup>153</sup> la fundamentación y explicación como bienes jurídicos de los substratos colectivos protegidos por los tipos penales modernos, pues si así no fuera, entonces habría que dar la razón en todo al discurso de resistencia a la modernización del Derecho penal.

Lo que la teoría del bien jurídico no puede hacer es mostrar el carácter de bien jurídico de los substratos colectivos como una «evidencia», pero esto no significa que no pueda fundamentarlo y explicarlo, sino sólo que para esto es necesario un desarrollo argumenta-

<sup>149</sup> Sobre las interrelaciones funcionales entre los diferentes bienes jurídicos del sistema, como referentes para la determinación de ámbitos de «adecuación social», véase *Gracia Martín*, *El horizonte del finalismo* (n. 78), pp. 77 ss.; *el mismo*, FS-Tiedemann, 2008, pp. 216 ss., y ya antes en mi «Proyecto docente» de 1990, ahora *Fundamentos de Dogmática penal* (n. 253), pp. 222 ss.

<sup>150</sup> En este sentido, con respecto a los substratos de los bienes jurídicos económicos, *Paredes Castañón*, RDPC n.º 11, 2003, pp. 113 ss., y también *Hefendehl*, *Kollektive Rechtsgüter* (n. 28), pp. 120 ss., 220 ss. y *el mismo*, en *Hefendehl/von Hirsch/Wohlens* (n. 12), p. 125 = en *La teoría del bien jurídico*, pp. 187 ss., quien apela a la «ley de la fuerza de los valores» de Nikolai Hartmann (*Ethik*, 4.ª ed., 1962, p. 602). Sobre la jerarquización de los bienes jurídicos en general véase *Würtenberger*, *Die geistige Situation* (n. 85), pp. 68 ss.

<sup>151</sup> *Cfr. supra* nota 146 y el texto al que corresponde. Sobre ello ha llamado la atención implícitamente *Hirsch*, en *Modernas tendencias* (n. 114), p. 381; véase también *Corcoy Bidasolo*, *Delitos de peligro* (n. 40), pp. 219 ss. y *Soto Navarro*, *La protección penal* (n. 28), p. 277.

<sup>152</sup> Como muestra, véase *Roxin AT I*, 4.ª ed., 2006, § 2 nm. 9, p. 17: «El homicidio y las lesiones corporales, el hurto y la estafa tienen que ser penados, porque una convivencia humana pacífica sería imposible si tales hechos no fueran prohibidos como criminales».

<sup>153</sup> Por este motivo, me parece inapropiada la contraposición que se hace por una amplia doctrina entre una concepción del bien jurídico «monista» (sólo son protegibles penalmente los bienes jurídicos individuales) y otra «dualista» (son protegibles bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos), pues esta última podría inducir al equívoco de que serían distintos los elementos y los criterios de legitimación de una y de otra clase de bienes jurídicos, lo cual, a mi juicio y como expondré en el texto, tiene que ser rechazado de plano; sobre aquella contraposición, véase, por ejemplo, ampliamente *Hefendehl*, *Kollektive Rechtsgüter* (n. 28), pp. 61-83.

tivo más amplio y complejo que la teoría personal del bien jurídico no parece dispuesta a hacer porque parece no tener en cuenta que de la evidencia de que todo bien jurídico tenga que estar referido en última instancia a la persona<sup>154</sup>, no resulta sin embargo «ningún principio del que se pueda deducir *more geométrico* cuándo un tipo penal o cuándo un bien jurídico que sirve de base a éste es o no es legítimo»<sup>155</sup>. Además, como sostiene *Bustos Ramírez*, el concepto de bien jurídico ni viene dado por la naturaleza de las cosas, ni es una revelación metafísica al legislador no susceptible de discusión<sup>156</sup>. Por el contrario, *todo* bien jurídico surge *en* la dinámica del funcionamiento de un sistema social determinado con respecto a la conflictividad de intereses y necesidades contrapuestos y, por ello, son producto de decisiones *políticas* dentro del sistema cuyo contenido «dependerá del grado de democratización de la instancia política de poder y de sus fallos estructurales»<sup>157</sup>. Conforme a la concepción crítica de *Bustos*<sup>158</sup>, el significado y la legitimidad de lo que se protege no surge del bien jurídico mismo, sino más bien de los *presupuestos* de éste, es decir, de los *substratos* de la realidad social en torno a los que se configuran «relaciones sociales determinadas» —históricamente condicionadas y, por ello mismo, cambiantes— «en que los individuos se encuentran en determinadas posiciones, intermedian con objetos y entes, e interaccionan socialmente produciendo consecuencias entre ellos y respecto del conjunto de relaciones sociales, es decir, de la totalidad del orden social», y por ello, los bienes jurídicos son síntesis normativas determinadas de las correspondientes relaciones sociales concretas y dialécticas subyacentes<sup>159</sup>. Por esto, ninguna época puede

<sup>154</sup> Véase *Arthur Kaufmann*, en *Rechtstheorie*, 1986, pp. 268 ss., 275; le sigue *Hassemer*, en *Philipps/Scholler* (n. 26), p. 86.

<sup>155</sup> Así *Hefendehl*, *Kollektive Rechtsgüter* (n. 28), p. 65. Además, como dice con razón *Hefendehl* (loc. cit., p. 80), la construcción de los bienes jurídicos colectivos requiere de una mayor complejidad que no puede ajustarse al canon de los individuales.

<sup>156</sup> Véase *Bustos Ramírez*, *Control social* (n. 60), p. 27, donde rechaza «dar por sentada la inmutabilidad y eternidad de los objetos de protección del Derecho penal» (p. 28).

<sup>157</sup> Así *Bustos Ramírez*, *Control social* (n. 60), p. 28.

<sup>158</sup> A la doctrina crítica de *Bustos*, y a su descripción del bien jurídico, me adherí expresamente ya en mi inédito «Proyecto docente y de investigación en Derecho penal», escrito inédito de 1990, y publicado como *Fundamentos de Dogmática penal* (n. 130), pp. 224 ss., y posteriormente la ha asumido también mi discípula *Belén Mayo Calderón*, *La tutela* (n. 40), pp. 72 ss.

<sup>159</sup> Sobre esto, *Bustos Ramírez*, *Control social* (n. 60), pp. 166 ss.; *el mismo*, PG, 3.<sup>a</sup> ed., pp. 54 ss.; y extensamente, con profundo desarrollo de los detalles, *Hormazábal Malarée*, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, PPU, Barcelona, 1991, pp. 142 ss. Véase también *Bustos/Hormazábal*, *Lecciones de Derecho penal*. Parte General, Ed. Trotta, Madrid, 2006, pp. 72 ss., con importantes aclaraciones respecto de la formulación original del bien jurídico como «síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica».

tomar al sistema de bienes jurídicos válido en la anterior como uno cerrado y válido también para ella, sino como uno abierto a la reconfiguración y a la reordenación que demande la realidad social y el horizonte del programa ético-político de su tiempo<sup>160</sup>. Ahora bien, si esto es así, entonces el desarrollo cultural y tecnológico, las transformaciones materiales de las relaciones sociales en la sociedad moderna como consecuencia de su dialéctica histórica, y los fines sociales y de democratización materiales atribuidos al Estado social —que en absoluto podría realizar el liberal<sup>161</sup>— tienen que proporcionar argumentos suficientemente válidos para el reconocimiento de la cualidad de bienes jurídicos a determinados substratos *colectivos* de la realidad social del presente<sup>162</sup>.

4. Puesto que lo que se pretende ante todo con el Derecho penal moderno es «añadir» al sistema de tipos penales para bienes jurídicos individuales otro «nuevo» sistema orientado a la protección de objetos de distinta naturaleza, el discurso de modernización<sup>163</sup> tiene que desplazar la teoría del bien jurídico a un «campo de la experiencia» distinto del acotado por los enunciados relativos a aquellos bienes individuales, pues de lo que se trata es de encontrar y definir a «otros» substratos distintos que puedan ser también objetos de los enunciados de la teoría del bien jurídico<sup>164</sup>. Por consiguiente, hay que salir del campo de las indiscutidas limitaciones de la libertad de acción para salvaguarda inmediata de bienes jurídicos individuales concretos en situaciones concretas (homicidio, lesiones, estafa, etc. dolosos o, en su caso, imprudentes), y situarse en otro distinto que, a la entrada, sólo muestra acciones de uso y consumo de tales bienes —especialmente de la libertad y de la propiedad privada— que *no* están dirigidas a lesionar ningún otro *de la misma clase* y que, por eso, parecen tener que estar permitidas. Sin embargo, el que tales usos y consu-

<sup>160</sup> Así lo reconoce expresamente *Würtenberger*, *Die geistige Situation* (n. 85), pp. 68 ss., remitiendo a su estudio sobre las transformaciones históricas del sistema alemán de bienes jurídicos; véase *Würtenberger*, *Das System der Rechtsgüterordnung* (n. 8), pp. 1 ss. *Hirsch* advierte frente a *Hassemer* que precisamente el catálogo de bienes jurídicos colectivos tiene que ser uno abierto; véase *Hirsch*, en *Modernas tendencias* (n. 114), p. 375 con más referencias.

<sup>161</sup> Véase en este sentido *García Pelayo*, *Las transformaciones del Estado* (n. 63), p. 19.

<sup>162</sup> Además, como dice *Hefendehl* (en *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (n. 12), p. 121 = *La teoría del bien jurídico*, p. 182), la tesis de que *todos* los bienes jurídicos colectivos serían ilegítimos no precisa de un análisis detenido, pues ni siquiera se sostiene coherentemente.

<sup>163</sup> De acuerdo con la definición de discurso asumida aquí, cfr. *supra* VI.3.

<sup>164</sup> Matizo y aclaro así lo expresado por mí al respecto en *Gracia Martín*, *Prolegómenos* (n. 16), pp. 164 ss.

mos no estén prohibidos, no elimina el fenómeno real de que con ellos se habrá producido el efecto pretendido en primera instancia y probablemente también algunos otros que habrán afectado en mayor o menor medida a algún o a algunos otros bienes individuales de terceros. La cuestión, pues, que ahora se plantea es una relativa al significado de estos efectos en la realidad social, y más concretamente a si materialmente son «socialmente dañosos» a pesar de la permisión de las acciones que los han producido y, por consiguiente, a si éstas deberían prohibirse. Una respuesta válida a esta pregunta sólo puede darla la aplicación de la teoría del bien jurídico a la realidad social *concreta* que suscita la pregunta y demanda la respuesta, y que como se vio, es una en que de hecho solamente ciertos grupos de individuos gozan de un modo abundante de los potenciales de realización que ofrecen los bienes jurídicos individuales, mientras que la gran mayoría sólo puede disponer de ellos de modo escaso. Por esto, más allá de los límites trazados a la libertad de acción para salvaguarda de bienes jurídicos individuales de terceros frente a ataques directos, la de unos es una ilimitada de hecho y la de los otros una escasa o prácticamente nula<sup>165</sup>. Pero si el programa ético-político garantiza posibilidades de autorrealización a todos por «igual»<sup>166</sup>, y esto sólo se puede lograr si *todos* disponen de hecho de unas mismas posibilidades de uso y consumo de los bienes jurídicos individuales, de aquí tiene que resultar *eo ipso* que la realidad social concreta se encuentra en un estado de «daño social permanente», pero también que aquella libertad de acción prácticamente ilimitada de quienes de hecho gozan abundantemente de aquellos bienes tiene que ser limitada aún *más allá* de lo que exige la mera salvaguarda de bienes individuales frente a lesiones directas y peligros concretos, pues la causa de aquel daño social no pueden ser nada más que ciertas acciones típicas de aquella libertad de hecho superabundante e ilimitada. Ahora bien, como el *Estado de Derecho* puede limitar la libertad de acción sólo para la protección de *bienes jurídicos*, y por ningún otro motivo, una prohibición de tales acciones —y, en su caso, bajo amenaza de pena— sólo podrá ser legítima bajo la condición de que aquel daño social que es consecuencia de ellas sea uno concretado en la lesión o, al menos, en el peligro de *bienes jurídicos*. Con un ejemplo: ciertos *usos y modos de adquisición* de la propiedad conllevan un despilfarro

<sup>165</sup> Cfr. la cita de *García Pelayo* en *supra* nota 104.

<sup>166</sup> *Beccaria*, De los delitos y de las penas, Introducción: «La felicidad mayor dividida entre el mayor número debiera ser el punto a cuyo centro se dirigiesen las acciones de la muchedumbre». Con este término, *Beccaria* no quiere distinguir a una parte de la sociedad, sino que se refiere a la totalidad de los ciudadanos —a quienes a veces denomina «súbditos»— en oposición al Estado («soberano»).

con tendencia al agotamiento de los recursos naturales y a la catástrofe ecológica, y para que la prohibición y, en su caso, amenaza bajo pena estatal de aquéllos sea legítima, los substratos del ambiente y los recursos naturales tienen que tener la condición de *bienes jurídicos*<sup>167</sup>. Los ejemplos podrían multiplicarse.

5. En mi opinión, el fundamento y la legitimidad de todo bien jurídico remiten al contrato social y al fin del Estado<sup>168</sup>, pero el contrato social no puede ser entendido en el sentido *retrospectivo* y *conservador* que le dio el discurso iusnaturalista ilustrado victorioso<sup>169</sup>, sino como uno de tipo *cooperativo* entre partes *iguales* y *pro futuro* para la realización de fines más allá de la mera conservación de lo ya existente en la posición original<sup>170</sup>. La finalidad primordial del contrato, de superar el *bellum omnia contra omnes*<sup>171</sup>, tiene que imponer un *primer compromiso* de respeto de las condiciones de la existencia de todos en libertad<sup>172</sup>, incluyendo por fuerza al ambiente y a los recursos naturales en la medida en que son las condiciones de posibilidad de la subsistencia de la especie en cada momento y en el futuro<sup>173</sup>. Un contrato social cooperativo y *pro futuro* tiene que incluir un *segundo compromiso* cuyo objeto tiene que ser la *solidaridad* de los asociados, pero también un *tercero* cuyo objeto debe ser el *desarrollo* y el *progreso* de todos y cada uno y de la especie, y que obliga a producir y fomentar condi-

<sup>167</sup> Véase *Schünemann*, GA 1995, p. 208 = ADPCP 1996, p. 195, donde ve al despilfarro de recursos naturales como una clara expresión del concepto primigenio de delito, es decir, como hecho socialmente dañoso, y en Kühne/Miyazawa (n. 18), p. 21. = Temas actuales, p. 55, donde reivindica un control jurídico-penal de la dañosidad social de ciertas formas de uso y adquisición de la propiedad.

<sup>168</sup> Así *Schünemann*, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 12), pp. 137 ss., 141 = La teoría del bien jurídico, pp. 203, 208; *Kindhäuser*, GA 1989, p. 496; *Alcacer Guirao*, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? (n. 132), pp. 94 ss.; *el mismo*, ADPCP, 1998, pp. 473 ss.; *Gracia Martín*, Fundamentos de Dogmática penal (n. 130), pp. 216 ss.; *Mayo Calderón*, La tutela (n. 40), pp. 70 ss. y 79 ss.

<sup>169</sup> Es decir, no puede entenderse en el sentido de *Locke* (cfr. *supra* IV.2) que, a mi juicio, lo hace uno de *dominación* y de *sumisión* respectivamente de quienes *habían* y *no habían* adquirido propiedad en el estado de naturaleza.

<sup>170</sup> Una concepción así es la *John Rawls*, Teoría de la Justicia, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, reimpresión de 1997, pp. 17 ss. (para las generalidades), pp. 103 ss. (para la tendencia a la igualdad), pp. 119 ss. (para la posición original), y pp. 470 ss. (para la idea de unión social), donde dice que los individuos en la posición original «consideran la sociedad como una empresa de cooperación para mutuo beneficio» aunque aquélla esté «típicamente marcada por un conflicto y, a la vez, por una identidad de intereses» (p. 470).

<sup>171</sup> Por ejemplo *Welzel*, *Abhandlungen* (141), pp. 289 ss.

<sup>172</sup> En este sentido véase *Amelung*, *Rechtsgüterschutz* (n. 6), p. 19 y *Zaffaroni*, *Tratado I*, pp. 49 ss.

<sup>173</sup> En este sentido *Schünemann*, *FS-Triefferter*, 1996, pp. 441, y ya antes en GA 1995, p. 206 = ADPCP 1996, pp. 192 ss.

ciones de posibilidad de uso y desarrollo legítimos de los bienes individuales para todos y cada uno de los asociados por «igual». Para la realización y ejecución del contrato, la sociedad tiene que fundar un Estado que vigile y garantice su vigencia y cumplimiento con las revisiones y transformaciones que exija cada momento histórico. Este acuerdo impone al Estado obligaciones de no hacer nada contrario al contrato, pero también de hacer legítimamente lo necesario para su ejecución y para la realización efectiva de sus fines<sup>174</sup>, y para ello le provee de poderes de realización, entre los cuales se encuentra el de penar, que por la gravedad de sus consecuencias, sólo deberá poder utilizar legítimamente en caso de estricta necesidad y como *ultima ratio*. De una concepción así del contrato social se deriva, pues, que tienen que reconocerse como bienes jurídicos no sólo substratos individuales, sino también colectivos compartidos solidariamente y *pro indiviso* por todos los asociados<sup>175</sup>, como la solidaridad, el ambiente y los recursos naturales, y todos los objetos del tercer compromiso contractual<sup>176</sup>. Cuestión distinta, aún pendiente de resolver<sup>177</sup>, es la relativa a una determinación de los bienes jurídicos colectivos<sup>178</sup> que evite presentar como tales a bienes jurídicos sólo *aparentes*<sup>179</sup>.

<sup>174</sup> Véase *García Pelayo*, Las transformaciones del Estado (n. 63), p. 56.

<sup>175</sup> Así también *Schünemann*, en *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (n. 12), pp. 141 ss. = La teoría del bien jurídico, p. 208. También deriva a los bienes jurídicos colectivos del contrato social *Mayo Calderón*, La tutela (n. 40), pp. 69 ss.; de modo similar, *Alcacer Guirao*, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? (n. 132), pp. 96 ss., y *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter (n. 28), pp. 113 ss. y 116 ss.

<sup>176</sup> Evidentemente, son también bienes jurídicos colectivos los instrumentos dados por la sociedad al Estado para el cumplimiento de sus fines —Administración pública, Administración de Justicia, Hacienda pública, etc.—; véase, *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter (n. 28), pp. 119 ss. y *Soto Navarro*, La protección penal (n. 28), pp. 244 ss. Y también obtienen la cualidad de bienes jurídicos colectivos, en este caso de carácter «internacional», determinados substratos pertenecientes *pro indiviso* al género humano que se reconocen en los Tratados internacionales, véase *Alicia Gil Gil*, Derecho penal internacional, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pp. 28 ss.

<sup>177</sup> No obstante, además de los autores citados supra nota 6, véase *Santana Vega*, La protección penal de los bienes jurídicos colectivos, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, passim; *Paredes*, RDPC n.º 11, 2003, pp. 128 ss. y *passim*; *Portilla Contreras*, CPC n.º 39, 1989, pp. 736 ss.

<sup>178</sup> Así con razón *Bustos Ramírez*, Control social (n. 60), pp. 195 ss.; *Corcoy Bidasolo*, Delitos de peligro (n. 40), pp. 212 ss.; *Soto Navarro*, La protección penal (n. 28), p. 192; *Paredes Castañón*, RDPC n.º 11, 2003, p. 131; *Mayo Calderón*, La tutela (n. 40), pp. 37 ss., 44 y *Portilla Contreras*, CPC n.º 39, 1989, p. 740 y nota 41, advirtiendo con razón que, de todos modos, una falta de concreción y de determinación se encuentra también respecto de algunos bienes tradicionales sobre los que no se discute su condición de bienes jurídicos.

<sup>179</sup> Sobre ello, véase por todos *Schünemann*, en *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (n. 12), pp. 149 ss. = La teoría del bien jurídico, pp. 218 ss.; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter (n. 28), pp. 37 ss.; *Mayo Calderón*, La tutela (n. 40), p. 38.

6. La legitimidad de los bienes jurídicos colectivos<sup>180</sup> deriva de la potencialidad de sus substratos para maximizar las posibilidades de uso y consumo de los bienes individuales para la satisfacción de necesidades e intereses legítimos y para la autorrealización personal *a todos por igual*<sup>181</sup>. Este potencial de los substratos colectivos los hace «funcionales» para los bienes jurídicos individuales *en la realidad social*, en la medida en que prestan a éstos utilidades<sup>182</sup> con virtualidad de posibilitar el libre desarrollo personal y la satisfacción de necesidades e intereses legítimos<sup>183</sup>, y por esto tienen que ser pensados como *antepuestos* a los individuales, en el sentido de que los circundan y *complementan*<sup>184</sup>. Por esto, no adquieren la condición de bienes por sí mismos, es decir, por su valor intrínseco, sino sólo en razón de esa funcionalidad específica. *Aristóteles* distinguió entre bienes *en sí* y los que lo son en razón de las prestaciones y utilidades que proporcionan a aquéllos. Bienes *en sí* son las cosas a las que se aspira por sí mismas, pero también son bienes aquéllas otras «cosas que *producen* bienes (en sí), que contribuyen a *conservarlos* de cualquier manera que sea, o que *previenen* lo que les es contrario y los destruye»<sup>185</sup>. Según esto, los bienes jurídicos colectivos tienen que desempeñar una doble función<sup>186</sup>. Una *negativa* —ligada al principio *neminem laede-*

<sup>180</sup> Sobre sus caracteres descriptivos (titularidad compartida, indisponibilidad, indivisibilidad, no-rivalidad en el consumo, no-exclusión en su uso, no desgaste, etc.), véase *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter (n. 28), pp. 111 ss. y *Soto Navarro*, La protección penal (n. 28), pp. 194 ss.

<sup>181</sup> En este sentido *Bustos Ramírez*, Control social (n. 60), p. 190 y sobre todo p. 196.

<sup>182</sup> Así *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter (n. 28), p. 60; asimismo *Roxin AT*, 4 ed., 2006, § 2 nm. 11, pp. 17 ss.; *Bustos Ramírez*, Control social (n. 60), pp. 199 ss., 201 ss.; *el mismo*, en Pena y Estado, n.º 1, 1991, pp. 102 ss.; *Corcoy Bidasolo*, Delitos de peligro (n. 40), pp. 184 y 208; *Soto Navarro*, La protección penal (n. 28), p. 174; *Mayo Calderón*, La tutela (n. 40), pp. 66 ss.; *Alcacer Guirao*, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? (n. 132), pp. 96 ss. *Portilla Contreras* (CPC n.º 39, 1989, p. 740), considera con razón que los bienes jurídicos colectivos son los que «posibilitan el desarrollo de las demás garantías».

<sup>183</sup> En este sentido *Paredes Castañón*, RDPC n.º 11, 2003, p. 136; *Alicia Gil Gil*, Derecho penal internacional (n. 300), pp. 164 ss.; *Soto Navarro*, La protección penal (n. 28), p. 233, con más referencias de doctrina española en nota 11.

<sup>184</sup> Así *Bustos*, Control social (n. 60) p. 198. Como describe *Hefendehl* (Kollektive Rechtsgüter (n. 28), pp. 116 ss.), ciertos bienes jurídicos colectivos «*flanquean* de modo presente (o latente) y permanente la vida de los miembros de la sociedad».

<sup>185</sup> Véase *Aristóteles*, *Moral*, a Nicómaco, Edición de Espasa, con Introducción de L. Castro Nogueira, 11.ª ed., Madrid, 1999, p. 71; una concepción parecida en *Franz Brentano*, El origen del conocimiento moral (n. 71), p. 25 n.º 24: «lo bueno se distingue en bueno primario y bueno secundario ... lo bueno primario es bueno en sí mismo y lo bueno secundario es bueno para otra cosa». Esta concepción la manejé ya en lo fundamental en *Gracia Martín*, La infracción (n. 35), pp. 270 ss. y en en AP, n.º 18, 1994, pp. 355 ss.

<sup>186</sup> Estas funciones las apunté ya en *Gracia Martín*, AP n.º 10, 1994, pp. 210 ss., y las acepta *Mayo Calderón*, La tutela (n. 40), pp. 77 ss.

re— de prestación de *seguridad* y, con ello, de garantía de *conservación* para los bienes jurídicos individuales, en la medida en que la estabilidad y el equilibrio de los substratos colectivos contienen y neutralizan riesgos para ellos. Y otra *positiva* —ligada a la procura existencial— de *promoción* y, con ello, de garantía de *desarrollo* y expansión de sus potenciales, en la medida en que la estabilidad y el equilibrio de los substratos colectivos proporciona *a todos por igual* la explotación de las posibilidades de uso y consumo legítimos de los bienes jurídicos individuales complementados<sup>187</sup>. En todo caso, la función *esencial* de los bienes jurídicos colectivos es la *positiva*, pues es la fuente de legitimidad de su posible protección penal *autónoma*. Y como los substratos colectivos son los objetos preferentes de agresión del sistema de acción social de las clases poderosas, su reconocimiento como bienes protegidos por el Derecho supone una limitación de este sistema de acción y, con esto, una traba al monopolio de las clases sociales poderosas sobre las posibilidades de acción y el potencial de realización de los bienes individuales<sup>188</sup>.

7. El reconocimiento y la protección de bienes jurídicos colectivos es una exigencia ético-social y ético-política<sup>189</sup> que deriva de —e imponen— los referentes axiológicos del contrato social y los fines del Estado *social y democrático*<sup>190</sup>. El reconocimiento general de bienes colectivos, y el mandato de su protección por el Estado, son garantías *constitucionales* del Estado de Derecho, pues como advirtió pronto Terradillos, el artículo 9.2 CE dispone que «corresponde a los poderes públicos promover las *condiciones* para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social»<sup>191</sup>. De este modo, las *condiciones de*

<sup>187</sup> Véase Díez Ripollés, JD, n.º 30, noviembre de 1997, p. 18, quien advierte con razón que el daño del substrato del bien jurídico, da lugar «por lo general a la *privación de la posibilidad* de realizar determinados comportamientos sociales».

<sup>188</sup> Como advierte con razón Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter (n. 28), p. 78, «garantizan una justicia distributiva, por sobre la monopolización de determinados bienes y rendimientos, que no se daría con un libre juego de las fuerzas».

<sup>189</sup> Sobre la necesaria justificación moral y política de los bienes jurídicos, Paredes Castañón, RDPC n.º 11, 2003, pp. 107 ss., y sobre las condiciones de la realidad, sobre todo económica, que pueden justificar el reconocimiento de bienes jurídicos colectivos y, en su caso, la *necesidad* de su protección penal, *ibidem*, pp. 100 ss., y además pp. 130 ss.

<sup>190</sup> Como ya se viene indicando aquí y advierte atinadamente y con claridad Soto Navarro, La protección penal (n. 28), p. 243.

<sup>191</sup> Véase Terradillos, RFDUCM, n.º 63, 1981, pp. 125 ss. En esta línea Soto Navarro, La protección penal (n. 28), p. 244.

*posibilidad* de la efectividad real de la libertad, igualdad y participación de todos los ciudadanos por igual en la vida política, económica, cultural y social, como exigencia de la lucha legítima por la dignidad humana y por el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) definen, a mi juicio, el común denominador de los substratos materiales que tienen que ser elevados a la categoría de bienes jurídicos colectivos con base y fundamento en las directrices axiológicas del programa ético-político específico que, por exigencia de la sociedad actual y por imperativo constitucional, tiene que cumplir hoy el Estado social y democrático de Derecho<sup>192</sup>.

8. Pero un reconocimiento de substratos colectivos como bienes jurídicos, no es suficiente para legitimar su protección penal<sup>193</sup>, pues para esto se tiene que comprobar aún, sobre todo que sean susceptibles de alteración substancial con significado de «daño social» (lesión o peligro), y a continuación los requisitos que hacen *fragmentario* al Derecho penal, es decir, la *necesidad* de una reacción coactiva legítima a consecuencia de este daño y que el ordenamiento jurídico no disponga de ninguna otra menos grave que la pena (proporcionalidad, subsidiariedad, *ultima ratio*)<sup>194</sup>. La «dañosidad social» de las afecciones de bienes jurídicos colectivos, sólo puede comprenderse si antes se despeja el craso error en que incurre la opinión según la cual aquéllos carecerían de contenido *material* y, por ello, no serían susceptibles de lesión ni de puesta en peligro. Este error parece tener una primera fuente en el hecho de que para la determinación de lo que pueda ser un bien jurídico se parte del modelo de los que lo son

<sup>192</sup> De manera similar *Portilla Contreras*, CPC n.º 39, 1989, pp. 745 ss.; véase además *Paredes Castañón*, RDPC n.º 11, 2003, p. 136 y *Corcoy Bidasolo*, Delitos de peligro (n. 40), pp. 193 ss., observando con razón que la protección de bienes colectivos es, en definitiva, protección de la libertad. Para la doctrina alemana véase *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter (n. 28), pp. 116 ss., (bienes jurídicos que crean espacios de libertad para el individuo, que distingue de los que protegen «condiciones marco de la actividad estatal» (pp. 119 ss.).

<sup>193</sup> La Constitución española, no obstante, impone la protección *penal* de algunos, como por ejemplo del ambiente (art. 45.3 CE). Sobre la problemática de los mandatos constitucionales de criminalización, véase *Hassemer*, en *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (n. 12), pp. 62 ss. = en *La teoría del bien jurídico*, pp. 101 ss., y para la doctrina española, *Muñoz Llorente*, RdPP n.º 6, 2001, pp. 103 ss. *passim*.

<sup>194</sup> Sobre todos estos principios limitativos relacionados entre sí y que hacen que la protección penal de bienes jurídicos sea solo fragmentaria, véase ahora sólo *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11.ª ed., pp. 6 y 278; *Roxin*, AT I, 4.ª ed., 2006, § 2 nm. 97 ss., pp. 45 ss. y en relación especialmente con el Derecho penal moderno, *Schünemann*, en *Kühne/Miyazawa* (n. 18), pp. 34 ss. = *Temas actuales*, p. 68; *el mismo*, en *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (n. 12), pp. 141 ss. y 142 ss. = *La teoría del bien jurídico*, pp. 207 ss., 209 ss.; y *el mismo*, en *von Hirsch/Seelmann/Wohlers* (n. 39), pp. 21 ss.

«evidentemente», es decir, de los individuales, y en la falsa deducción de que el carácter «corporal» que generalmente tienen los substratos de éstos tiene que ser requisito constitutivo de todo bien jurídico<sup>195</sup>, y una segunda fuente, que aún agudiza más el error, en la confusión de lo *material* y lo *corpóreo*. La «corporalidad» no es característica constitutiva del bien jurídico, sino *sólo* la *realidad material* de su substrato. Los bienes jurídicos colectivos deben tener siempre un substrato «material»<sup>196</sup> que generalmente —aunque no siempre: por ej. ambiente— será de carácter «incorporal», y por lo tanto también son susceptibles de lesión y de puesta en peligro<sup>197</sup>. Ciertamente, esta incorporalidad de la mayor parte de los substratos colectivos fuerza a una determinación de ellos más laboriosa. Sin embargo, como *directriz* especialmente provechosa para esto, se podría entender generalmente que tales substratos se identifican con modos de *orden* objetivo de conjuntos determinados de circunstancias dadas o del desarrollo de procesos y procedimientos determinados en los diferentes ámbitos de la interacción social y cuya finalidad última es favorecer o incrementar las posibilidades legítimas de acción por igual para todo *posible* participante en el ámbito social de que se trate<sup>198</sup>. Puesto que la mayor parte de estas *ordenaciones* de si-

<sup>195</sup> Así lo ve en parte *Hirsch*, en *Modernas tendencias* (n. 114), p. 381: «esto» —dice— «funciona correctamente en el caso de los bienes jurídicos de naturaleza física, como la integridad corporal y la vida. Es por ello que en la enseñanza del derecho la mayor parte de la teoría general del Derecho penal se expone de la mano de los delitos que afectan a esos bienes jurídicos, pues ellos están claramente a la vista y se identifican con el objeto del hecho. La lesión y la causalidad son fáciles de demostrar». Véase también *Corcoy Bidasolo*, *Delitos de peligro* (n. 40), pp. 219 ss. y *Soto Navarro*, *La protección penal* (n. 28), p. 277.

<sup>196</sup> Por ello, hay que rechazar de plano al discurso actual sobre la supuesta —y a mi juicio inexistente— «desmaterialización» del bien jurídico. De acuerdo con el antiguo estoicismo entiendo que todo lo existente es material aunque no encarne en un ente (corporal). Sobre el «materialismo de los incorporales» en el estoicismo antiguo, véase *Copleston*, *Historia de la Filosofía*, 1: Grecia y Roma, 6.<sup>a</sup> ed., Ed. Ariel, Barcelona, 2001, pp. 386 ss.; *Reale/Antiseri*, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, I, Antigüedad y Edad Media, Herder, Barcelona, 1995, pp. 228 ss., 232 ss.; *Maria Jesús Imaz*, *Sobre el estoicismo. Rasgos generales y figuras centrales*, en García Gual (ed.), *Historia de la Filosofía Antigua*, Ed. Trotta, Madrid, 1997, pp. 303 ss.

<sup>197</sup> En este sentido también, con razón, *Soto Navarro*, *La protección penal* (n. 28), pp. 278, 282 ss., 306 ss. (sobre la materialidad), y pp. 316 ss. (sobre el concepto de lesión); véase además *Graul*, *Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991, p. 57, y *Hefendehl*, *Kollektive Rechtsgüter* (n. 28), p. 80, quien si bien parece identificar la «corporalidad» y el «carácter material», deriva la legitimidad de un bien jurídico de su «realidad», la cual no presupone «corporalidad» como explica en pp. 28 ss.

<sup>198</sup> Similar, *Bustos Ramírez*, *Control social* (n. 60), pp. 191, 196 y 200: «están en referencia a la satisfacción de necesidades de carácter social y económico, están en relación a la participación de todos en el proceso económico-social» (p. 200).

tuaciones y procesos «macrosociales»<sup>199</sup>, resultan ya de regulaciones jurídicas primarias *materialmente fundadas*<sup>200</sup> —por ej. del procedimiento de contratación bursátil, del mercado de inversión de capitales o de funcionamiento de las sociedades mercantiles, pero también el límite tolerado de impureza de las aguas o del aire y el periodo de caza vedada, etc.—, los substratos colectivos deben poder identificarse a partir de ellas con un alto grado de determinación<sup>201</sup>. La *lesión* —y en referencia a ella el peligro— de los bienes jurídicos colectivos consistirá, pues, en la desestabilización de las circunstancias o en la desviación de los procedimientos *reales* con respecto al modelo de ordenación establecido en la regulación jurídica primaria, y para comprobarla deberá bastar con la comparación correspondiente (así, por ejemplo, del grado de impureza de hecho de las aguas o del aire, de la inveracidad del folleto de emisión en el mercado de capitales, de la utilización de información privilegiada en la contratación bursátil, etc.).

Ahora bien, si los substratos colectivos sólo adquieren el carácter de bienes jurídicos en razón de su «funcionalidad» *en la realidad social* para los bienes jurídicos individuales<sup>202</sup>, cabe preguntar por si puede bastar con una simple lesión de ellos para legitimar una reacción punitiva, o si para esto debe de requerirse además la producción de algún efecto adicional para los bienes individuales a los que prestan su función. Los defensores del concepto personal del bien jurídico, consideran que la protección penal de bienes colectivos sólo debe ser legítima bajo la condición de que la acción produzca, a la vez o posteriormente, una lesión o un peligro para bienes jurídicos individuales<sup>203</sup>. Sin embargo, ésta deducción es errónea porque con ella se pasa por alto que aquella funcionalidad se da sólo *en la realidad social* y no tiene por qué ser vinculante para la valoración jurídica ni, por ello, para la decisión sobre el alcance del tipo. La «funcionalidad» *real* de los substratos colectivos no fuerza a ninguna «funcionalización»

<sup>199</sup> Véase *Bustos Ramírez*, Control social (n. 60), pp. 199: «se trata aquí de relaciones macrosociales».

<sup>200</sup> En este sentido, véase *Cerezo Mir* PG I, 6.ª ed. pp. 54 ss., quien pone el ejemplo de la ordenación del tráfico.

<sup>201</sup> Véase en este sentido *Soto Navarro*, La protección penal (n. 28), p. 316.

<sup>202</sup> Así lo observa atinadamente *Soto Navarro*, La protección penal (n. 28), pp. 236 ss.

<sup>203</sup> Véase en ese sentido *Hassemer*, AK-StGB, vor § 1, nm. 289; *el mismo*, en Philipps/Scholler (n. 26), pp. 90 ss.; *el mismo*, ZRP, 1992, p. (= ADPCP, 1992, p. 248); *Cerezo Mir*, RDPC n.º 10, 2002, pp. 56 ss., si bien acepta el mero peligro abstracto para el bien jurídico individual (p. 58). Una concepción personal del bien jurídico se basa en la siguiente derivación: «una norma que tiene por objeto a un bien jurídico colectivo, es legítima sólo si la conducta penalizada es apropiada para lesionar o poner en peligro concreto a un bien jurídico individual».

de su *protección penal*, que sería posible, pero a costa de una completa renuncia a la protección penal de los bienes jurídicos colectivos, porque de ese modo los tipos resultantes no podrían tener ninguna otra naturaleza que la de tipos de lesión o de peligro de bienes *individuales*<sup>204</sup>. Toda protección penal de bienes jurídicos colectivos, pues, debe de ser *autónoma*, en el sentido de no condicionada a la producción de ninguna lesión o peligro para ningún bien jurídico individual<sup>205</sup>. Estos posibles resultados no deben formar parte de la estructura de los correspondientes tipos, sino acaso sólo de su *ratio legis*<sup>206</sup>. Esto no ofrece ningún motivo para deducir, como cree una opinión tan extendida como errónea, que así «todos» los tipos que protegen bienes jurídicos colectivos son de «peligro abstracto». Esta calificación sólo sería correcta si el tipo se pusiera en relación con los bienes jurídicos *individuales* que están detrás del colectivo protegido, pero esto carece de sentido porque, como se ha dicho, la protección de ellos no tiene cabida en una estructura típica que resulta sólo del bien colectivo mismo<sup>207</sup>. Pese a todo, la mera lesión del bien jurídico colectivo no debe poder explicar por sí misma la «dañosidad social» del hecho, pues ésta, a mi juicio, no puede fundamentarse al margen de todo menoscabo, aunque sea mínimo, de bienes jurídicos indivi-

<sup>204</sup> Así *Gracia Martín*, LH-Cerezo, p. 391 nota 270; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter (n. 28), pp. 62 ss. (a los delitos ambientales habría que verlos casos especiales de delitos clásicos como por ejemplo las lesiones corporales); *Méndez Rodríguez*, Los delitos de peligro abstracto y sus técnicas de tipificación, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1993, pp. 32 ss., 160 ss. *Soto Navarro*, La protección penal (n. 28), pp. 179 y 237; *Mayo Calderón*, La tutela (n. 40), pp. 53 ss., así como la crítica de *Paredes Castañón* (RDPC n.º 11, 2003, p. 136 nota 109) a la tesis de la funcionalización de la protección penal del bien colectivo. Sobre el carácter determinante de la naturaleza del bien jurídico para la «estructura del delito» (típica), véase *Wohlers*, Deliktstypen des Prävention-strafrchts, 2000, pp. 281 ss. y *el mismo*, GA 2002, pp. 17 ss. y la atinada observación de *Corcoy Bidasolo* (Delitos de peligro (n. 40), p. 183), de que es la reticencia ante la legitimidad de la protección de bienes jurídicos colectivos la que lleva a ver a los tipos correspondientes como de peligro abstracto para bienes individuales.

<sup>205</sup> Sobre la protección penal autónoma de los bienes jurídicos colectivos, véase, por ejemplo, *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1969, pp. 66 ss. y especialmente pp. 117 ss.; *el mismo*, JuS, 1989, pp. 689, 691; *AE-Straftaten gegen die Wirtschaft*, p. 19; *Schünemann*, en Kühne/Miyazawa (n. 18), pp. 24 ss.; *Hefendehl*, GA, 2002, pp. 25 ss.; y en la doctrina española *Bustos Ramírez*, Control social (n. 60), pp. 195 ss.; *Gracia Martín*, La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho penal, Ed. Trivium, Madrid, 1990, pp. 270 ss. y nota 105; *Soto Navarro*, La protección penal (n. 28), pp. 236 ss.; *Portilla Contreras*, CPC n.º 39, 1989, p. 741; *Paredes Castañón*, RDPC n.º 11, 2003, p. 136; *Mayo Calderón*, La tutela (n. 40), p. 78.

<sup>206</sup> En este sentido, véase *Soto Navarro*, La protección penal (n. 28), pp. 179 ss. y *Mayo Calderón*, La tutela (n. 40), p. 78.

<sup>207</sup> Véase en este sentido *Tiedemann*, Poder económico (n. 19), p. 36; *Bustos*, Control social (n. 60), p. 198; *Gracia Martín*, La infracción (n. 205), pp. 266 ss.

duales. Pero la lesión de bienes jurídicos colectivos, sí conlleva *eo ipso* este menoscabo, como se deduce de las funciones que desempeñan aquéllos con respecto a estos. Este menoscabo no consiste, desde luego, en una lesión en el sentido de una «destrucción» del substrato, pero sí en una «devaluación» de éstos<sup>208</sup>. Esto resulta ya de la función *positiva* de promoción e incremento de las posibilidades de uso y consumo de bienes individuales que prestan los bienes jurídicos colectivos a estos últimos, pues la lesión de un bien colectivo se traduce siempre en una disminución de las posibilidades de acción que proporcionan los bienes individuales y que es determinante *eo ipso* de una pérdida de valor de éstos, lo que además, por añadidura, alcanza a —y tiene que ser soportado por— una pluralidad de individuos cuyo número puede llegar a ser gigantesco. Así, la contaminación del lago priva de toda posibilidad de practicar actividades deportivas acuáticas a una masa indeterminada de potenciales usuarios que podrían haber querido hacerlo en el ejercicio legítimo de su libertad y para su autorrealización personal. He aquí un último fundamento de legitimidad para la *posible* protección penal de bienes colectivos que, como quiere el discurso de resistencia, remite inmediatamente a los posibles intereses legítimos de las personas y a nada más.

Por lo demás, la protección penal de bienes jurídicos colectivos frente a determinadas formas de agresión no tiene por qué entrar en conflicto con las garantías de proporcionalidad, de subsidiariedad y de *ultima ratio*. Desde la perspectiva del Estado social no puede haber la mínima duda sobre la importancia de los bienes colectivos —según *Bustos* son *esenciales*<sup>209</sup>— ni sobre el valor y jerarquía muy superiores de alguno de ellos con respecto a algunos otros individuales tradicionalmente protegidos por el Derecho penal, como por ejemplo el ambiente en comparación con la propiedad privada<sup>210</sup>, con lo que la protección penal de ésta tendría que hacer derivar ya prácticamente de la naturaleza de las cosas la proporcionalidad y la legitimidad de esa misma protección del ambiente y de los recursos naturales. En

<sup>208</sup> En sentido similar *Kindhäuser*, Madrid Symposium für Klaus Tiedemann (n. 51), pp. 130 y 131, aunque a diferencia de lo sostenido por mí, sólo en relación con la que más atrás denominé como función negativa o garantía de seguridad de los bienes colectivos; según *Kindhäuser* «el daño que puede sufrir una persona no sólo reside en el substancial menoscabo de un bien, sino también en la privación de la posibilidad de disponer de forma segura del mismo» (p. 130), y «la genuina lesividad del peligro abstracto reside en que un bien sobre el que no puede disponerse de forma despreocupada no es racionalmente aprovechable en su totalidad».

<sup>209</sup> Véase *Bustos Ramírez*, en *Pena y Estado*, n.º 1, 1991, pp. 102 ss.

<sup>210</sup> Así *Schünemann*, GA, 1995, p. 206 = ADPCP, 1996, p. 193, para quien, con razón, el ambiente es el segundo bien jurídico más importante después de la existencia y de la preservación de la especie del *homo sapiens*.

todo caso, si se dan los requisitos de subsidiariedad y *ultima ratio*, la proporcionalidad de la protección penal de los bienes colectivos será ya una cuestión de fijación del marco penal, y no una de criminalización de la conducta. La protección de bienes jurídicos colectivos tampoco tiene que ser contraria en general a los principios de subsidiariedad y de *última ratio*<sup>211</sup>. Un ejemplo para ilustrarlo: en el Derecho español, el bien jurídico «funciones del tributo» no se protege penalmente frente a cualquier lesión, sino sólo frente a derivadas de comportamientos «defraudatorios», y aún así sólo si la cuota tributaria defraudada excede de 120.000 euros (art. 305 CP). Prescindiendo de la incertidumbre que se cierne sobre la concreción de estos principios y de que, además, en ellos no cabe ver mandatos de forzoso cumplimiento sino sólo directivas político-criminales<sup>212</sup>, la decisión de criminalización subsidiaria puede orientarse en muy diversos factores indiciarios que aquí no pueden ser desarrollados, como por ejemplo el de la pérdida del dominio por el autor, el carácter reparable o no, o, en su caso, el tiempo y los costes de la reparación de la lesión del substrato colectivo, el grado de pérdida de confianza en el funcionamiento de la institución, etc.

9. No es posible tratar en este lugar con detalle la cuestión de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, pero un rechazo global de los mismos carece, a mi juicio, de todo fundamento<sup>213</sup>. La necesidad de los tipos de peligro abstracto para la protección de los bienes jurídicos individuales de mayor valor en los ámbitos específicos de riesgo característicos de la sociedad moderna tendría que estar fuera de toda duda. Cuando las relaciones sociales tenían lugar entre sujetos claramente identificados e individualizados que se comunicaban directa y personalmente, y por ello gozaban así de amplias posibilidades de autoprotección frente a posibles peligros en la relación<sup>214</sup>, la intervención penal podía retardarse hasta el momento de la lesión o, como mucho, del peligro concreto. Sin embargo, estos modos de re-

<sup>211</sup> Precisamente *Schünemann*, en Kühne/Miyazawa (n. 18), pp. 34 ss. insiste en que la solución del Derecho penal moderno «puede ser desarrollada a partir de la idea jurídica penal fundamental, y no alterada desde la Ilustración, de que el Derecho penal sólo puede y tiene que ser empleado como *ultima ratio* para la prevención de daños sociales».

<sup>212</sup> En este sentido *Roxin*, AT I, 4.<sup>a</sup> ed., 2006, § 2 nm. 101, p. 47, y también *Paredes Castañón*, RDPC n.º 11, 2003, p. 143 nota 138, y ya antes, en *El riesgo permitido*, Madrid, 1995, p. 115 nota 79 y en ADPCP, 1996, p. 933 nota 70.

<sup>213</sup> Sobre la mayor conformidad de estos tipos con el mandato de determinación, cfr. la opinión de *Schünemann supra* II.3 y nota 60.

<sup>214</sup> Sobre ello, con ejemplos concretos, *Corcoy Bidasolo*, *Delitos de peligro* (n. 40), p. 194.

lación social han sido sustituidos en la sociedad actual por otros de carácter masificado y anónimo en cuyos ámbitos (por ejemplo en los procesos de producción y distribución de alimentos), se desarrollan y confluyen multitud de cursos causales de diversa procedencia, y cuyos peligros ya no tienen como destinatario a un individuo o a un grupo reducido de éstos, sino a una masa anónima de individuos que pueden entrar eventualmente en contacto con el peligro ignorando su existencia, con escasas posibilidades de detectarlo y, por esto, con unas posibilidades de autoprotección prácticamente nulas<sup>215</sup>. Que en estas circunstancias es necesario anticipar la protección penal al momento en que se exterioriza el peligro inherente a la actividad es algo que «deriva prácticamente de la naturaleza de las cosas»<sup>216</sup>. Por otro lado, que estos peligros tengan como potenciales destinatarios a una multitud de individuos, es un dato que debe otorgar al desvalor de la acción abstractamente peligrosa una gravedad que no sólo compensa, sino que a mi juicio supera el déficit de un resultado concreto, y que hace a la intervención penal conforme con los principios de proporcionalidad y de subsidiariedad y *ultima ratio*<sup>217</sup>.

**10.** La producción de efectos simbólicos es consubstancial a la pena<sup>218</sup> y expresión de la función pedagógica ético-social que, a mi juicio, tiene que cumplir<sup>219</sup>. Si se dan las condiciones aquí esbozadas,

<sup>215</sup> Véase *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter (n. 28), pp. 164 ss., 167 ss.; *el mismo*, en *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (n. 12), p. 130 = en *La teoría del bien jurídico*, pp. 193 ss. Como ha advertido *Mayo Calderón* (*La tutela* (n. 40), p. 76), en estos contextos la indefensión de quienes entran en contacto con el peligro resulta también de que la actividad peligrosa es una que normalmente se lleva a cabo en el ejercicio de una función permitida. Sobre la relevancia de las posibilidades de autoprotección de la víctima para la ponderación base de la decisión de incriminación penal, véase *Paredes Castañón*, RDPC, n.º 11, 2003, pp. 126 ss.; y sobre este principio victimodogmático, véase sobre todo *Schünemann*, ZStW 90 (1978), pp. 54 ss.; *el mismo*, FS-Bockelmann, 1979, pp. 130 ss.; *el mismo*, FS-Faller, 1981, pp. 361 ss.; *el mismo*, en *Schneider* (ed.), *Das Verbrechensopfer in der Strafrechtspflege*, 1982, pp. 407 ss.; *el mismo*, en *Schünemann* (ed.), *Strafrechtssystem und Betrug*, Centaurus Verlag, Herbolzheim, 2002, pp. 61 ss. y *el mismo*, en *von Hirsch/Seelmann/Wohlers* (n. 39), pp. 31 ss.

<sup>216</sup> Así *Schünemann*, GA, 1995, p. 212 (= ADPCP, 1996, p. 199).

<sup>217</sup> Así *Schünemann*, en *Kühne/Miyazawa* (n. 18), pp. 34 ss.; *Kuhlen*, ZStW 105 (1993), pp. 711 ss., 720 ss.

<sup>218</sup> Así *Roxin AT I*, 4.ª ed., 2006, § 2 nm. 38, p. 25 y § 3 nm. 26 ss., pp. 80 ss.

<sup>219</sup> Que refuerza la función instrumental de protección de bienes jurídicos y es inseparable de ésta, véase *Welzel*, *Abhandlungen* (n. 141), pp. 263 ss. y más amplio en *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed., 1969, pp. 1 ss.; *Armin Kaufmann*, *Die Aufgabe des Strafrechts*, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Westdeutscher Verlag, 1983, p. 17; *Cerezo Mir*, PG I, 6.ª ed., 2004, pp. 16 y 31 (función de ejemplaridad de la pena); *Soto Navarro*, *La protección penal* (n. 28), pp. 187 y 298 ss.; *Gracia Martín*, *Fundamentos de Dogmática penal* (n. 130) pp. 158 ss. y 172 ss.; *Alicia Gil Gil*, LH-Cerezo, 2002, pp. 17 ss.

carece de fundamento la tacha de los tipos penales modernos como meramente «simbólicos», pues ninguna ley penal orientada a la protección de la convivencia pacífica puede verse como puramente simbólica<sup>220</sup>. *Cualquier* ley que careciera de este fin, debería de ser tachada de ilegítima en relación con la *totalidad* del ordenamiento jurídico. En otro caso, se aceptaría que fuera del Derecho penal<sup>221</sup> pudiera haber regulaciones cuya finalidad se agotaría en la simple motivación de los ciudadanos a la obediencia. Sin embargo, superada ya la doctrina del Derecho penal administrativo, en el presente se postula con razón que también la protección de bienes jurídicos es un baremo de legitimidad para el Derecho administrativo sancionador<sup>222</sup>. El legislador establece sus mandatos y prohibiciones sólo para crear un estado o situación valiosos o para impedir la producción de un daño<sup>223</sup>. Por ello, toda prohibición o mandato que se desviara de los objetivos de protección de *bienes jurídicos* sería arbitraria<sup>224</sup>, pues su fin se agotaría en el mero ejercicio de los ciudadanos en la obediencia<sup>225</sup>, y por esto debería ser expulsada del ordenamiento jurídico<sup>226</sup>. Por lo demás, en el Derecho administrativo sancionador deberían regir las mismas garantías que en el Derecho penal y con la misma rigidez que en éste<sup>227</sup>. Si los tipos modernos protegen bienes jurídicos, entonces no pueden rechazarse por simbólicos, formales o de pura desobediencia<sup>228</sup>, y si fueran ilegítimos la razón sería otra di-

<sup>220</sup> Así, con razón, *Roxin AT I*, 4.<sup>a</sup> ed., 2006, § 2 nm. 39, p. 25.

<sup>221</sup> Y en la propuesta de la segunda velocidad de *Silva Sánchez*, incluso dentro del mismo *Derecho penal*.

<sup>222</sup> Véase sólo *Roxin AT I*, 4.<sup>a</sup> ed., 2006, § 2 nm. 62, p. 32, y recientemente *Gómez Tomillo*, *Derecho administrativo sancionador. Parte General*, Thomson-Aranzadi, 2008, pp. 71 ss., con amplias referencias de doctrina española y extranjera en nota 45 de pp. 71 ss.

<sup>223</sup> En este sentido *Welzel*, *JZ*, 1956, pp. 238-240 y *JZ*, 1957, p. 132. Véase también *Cerezo Mir*, *PG I*, 6.<sup>a</sup> ed., 2006 p. 54.

<sup>224</sup> Como afirma con razón *Gómez Tomillo*, *Derecho administrativo sancionador* (n. 223), pp. 71 ss., «entender que la potestad sancionatoria del Estado puede construirse sin la referencia a los bienes jurídicos puede conducir a la *arbitrariedad* sancionatoria».

<sup>225</sup> *Binding* advirtió ya que «es indiscutible que ninguna ley razonable exige la obediencia por sí misma» (*Die Normen und ihre Übertretung*, I, 4.<sup>a</sup> ed. de Leipzig (1922) de Scientia Verlag, Aalen, 1965, pp. 397 ss.); también, y antes que *Binding*, *Dorado Montero*, *Bases* (n. 103), § 21 (p. 25); *Amelung*, en *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (n. 12), pp. 169, 171 = en *La teoría del bien jurídico*, pp. 246, 248.

<sup>226</sup> Véase *Cerezo Mir*, *PG I*, 6.<sup>a</sup> ed., 2006 p. 55, con más referencias en el mismo sentido en nota 27, y en el mismo sentido *Amelung*, en *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (n. 12), pp. 169 ss., = en *La teoría del bien jurídico*, pp. 246 ss.

<sup>227</sup> En este sentido, de modo contundente y decidido, también *García-Pablos*, *Introducción* (n. 59), p. 225.

<sup>228</sup> En el mismo sentido *Corcoy Bidasolo*, *Delitos de peligro* (n. 40), pp. 200 y 205.

ferente<sup>229</sup>. Con esto no se niega la *posibilidad* de tipos modernos puramente simbólicos, pero aquélla se da en «cualquier Derecho penal» y no sólo en el moderno<sup>230</sup>.

---

<sup>229</sup> Así *Hirsch*, en *Modernas tendencias* (n. 114), pp. 377 ss., donde observa con razón que, en última instancia, «la legitimación de la pena no proviene de objetos pre-existentes, sino que de la legitimación de la pena provienen los objetos por ella protegidos».

<sup>230</sup> Como dice con razón *Hefendehl*, *Kollektive Rechtsgüter* (n. 28), p. 179.