

LA POLÉMICA EN TORNO A LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL MODERNO

Luis García Martín*

RESUMEN:

El autor mediante un lenguaje claro, analiza a través de una extensa doctrina penal, nuevas manifestaciones del Derecho Penal Moderno. Así mismo, el autor menciona que: *“lo moderno supone una ‘ruptura’ de la continuidad histórica, y según el discurso de resistencia lo que haría realmente moderno al nuevo Derecho penal sería su ruptura con las garantías penales liberales del Estado de Derecho”*. Por su parte, el autor menciona que el Derecho Penal Moderno añade al sistema nuevas formas de proteger objetos de distinta naturaleza, defendiendo este nuevo sistema ante un Derecho Penal regresivo.

PALABRAS CLAVES:

Derecho Penal Moderno; Estado de Derecho; delito; ruptura; bienes jurídicos; legitimidad; bienes jurídicos individuales.

ABSTRACT:

The author through a language course, analyses through an extensive penal doctrine, new manifestations of the modern criminal law. Likewise, the author mentions that: *“modern means a 'break' of historical continuity, and according to the discourse of resistance which would really modern new law criminal would be his rupture with the Liberal penal guarantees of the rule of law”*. For its part, the author mentions that the modern criminal law system adds new ways to protect objects of different nature, this new system to defend against a regressive criminal law.

* Prof. Dr., Dr. h. c., Dr. h. c., catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza-España.

KEYWORDS:

Modern criminal law; Rule of law; crime; break; legal assets; legitimacy; individual legal rights.

SUMARIO:

I. Introducción. II. Los ámbitos y las manifestaciones del Derecho penal moderno. III. Las posiciones de la Ciencia penal ante la modernización del Derecho penal. IV. La crítica resistente a la modernización del Derecho penal. V. El discurso de modernización del Derecho penal. VI. Marco y método para la solución del debate sobre la modernización del Derecho penal. VII. El carácter perverso y regresivo del discurso de resistencia. VIII. La modernización del Derecho penal como lucha por el postulado del Estado de Derecho (*social y democrático*)

I. Introducción

1. Lo “moderno” evoca “ruptura” con el pasado. Como ha escrito *Ignacio Sotelo*, “el adjetivo *moderno* surge, justamente, cuando se considera indispensable marcar diferencias sustantivas entre el ayer y el hoy”, y “el que sea necesario subrayar el presente con un vocablo nuevo supone que se lo percibe como algo radicalmente distinto de lo anterior, que toma con ello el cariz de lo ya superado”, y ello “implica la conciencia de una *ruptura* en la continuidad histórica: lo que fue ya no es; se viven *tiempos nuevos*”¹. La modernidad es la ruptura con el mundo feudal. La constitución de aquella², empero, no fue ningún hecho instantáneo, sino un largo proceso histórico en que los diferentes aspectos y dimensiones de la civilización occidental (eurocéntrica) —y siguiendo cada uno su propio ritmo y con sus propias vicisitudes— se fueron liberando poco a poco de

¹ Ignacio Sotelo, en Elías Díaz/Ruiz Miguel (eds.), *Filosofía Política II. Teoría del Estado*, Ed. Trotta, Madrid, 1996, pp. 26 s.

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

sus ropajes feudales³. 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 Ilustración⁴.

2. Hasta hoy la denominación “Derecho penal *moderno*” había remitido al modelo penal derivado en sus rasgos fundamentales a fines del siglo XVIII y principios del XIX de las invenciones políticas y jurídicas de la Ilustración⁵. El Derecho penal ilustrado fue “moderno” porque supuso una *ruptura* con el del *Anciène Régime* en todos los aspectos fundamentales⁶. Los nuevos principios político-criminales⁷ son la 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 racionalista⁸ (especialmente por *Grocio* y *Hobbes*, y sobre todo por *Pufendorf*⁹), que liberaron a la idea y al fin del Estado de la

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

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

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

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

⁷ 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*, 2ª reimpr. de la ed. de 1930-1932, Scientia Verlag, Aalen, pp. 21 ss.

⁸ Véase Würtenberger, *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 3ª ed. de 1964, Vandenhoeck & Rupprecht, Göttingen, 1995; pp. 163 ss. §§ 152 ss., p. 212 § 203; Amelung, *Rechtsgüterschutz* (n. 6), pp. 18 ss.; Schünemann, *GA* 1995, pp. 204 s. = ADPCP 1996, pp. 190 s.; Ferrajoli, *Derecho y razón* (n. 5), p. 93.

⁹ Sobre la decisiva influencia de Pufendorf en la moderna teoría del Estado y del Derecho, a menudo ignorada, véase Welzel, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, 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

fundamentación teológica y teocrática en que se sustentaron en el *Ancien Régime*¹⁰ (ahora la autoridad terrenal ya no deriva de la voluntad divina, sino de un contrato social), y arrojaron al recuerdo la comprensión del delito como pecado y lesión de la voluntad divina¹¹: únicamente podrá ser delito el hecho *socialmente lesivo*¹².

3. En el debate actual de la Ciencia penal, el calificativo de “moderno” ya no designa al Derecho penal de la Ilustración. Éste habría dejado de ser moderno¹³, y para distinguirlo del que ahora se subroga en este carácter, *Hassemer* ha propuesto denominarlo “clásico”¹⁴, y atribuir el

también, Touchard, Historia de las ideas políticas, trad. de J. Pradera, 3ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1975, p. 256.

¹⁰ Véase Sabine, Historia de la teoría política, revisada por Thomas Landon, 5ª reimpresión de la 3ª ed., Fondo de Cultura económica, 2000, p. 324.

¹¹ 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 s.

¹² Amelung, Rechtsgüterschutz (n. 6), pp. 16 s., 18 ss., 38 ss.; Schünemann, en Hefendehl/von Hirsch/Wolers, 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.

¹³ Considera Hassemer (ZRP, 1992, pp. 378 s. = 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.) que el Derecho penal moderno (el de la Ilustración) se habría convertido actualmente en contraproducente y anacrónico, pues en su actual estado de desarrollo se ha desviado en tal medida de los principios que le eran propios que, en realidad, se habría transformado en un Derecho penal distinto: el Derecho penal moderno, que ya no es el de la Ilustración. Sobre las inexactitudes en que incurre Hassemer en cuanto a la formación histórica del modelo penal de la Ilustración, véase Schünemann, GA 1995 pp. 204 s. = ADPCP 1996 pp. 190 s., y en Kühne/Miyazawa, Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, p. 19 = Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, p. 53.

¹⁴ Como 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 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, donde habla del “Derecho penal moderno” y lo contrapone al “clásico, característico del Estado de Derecho”.

adjetivo “moderno” al del *presente* en cuanto “institución distinta del Derecho penal clásico”¹⁵. 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 de ningún modo puede justificar la coronación del Derecho penal de la Ilustración como “clásico”¹⁶. Por un lado, porque las profundas transformaciones de sociedad moderna, y, con ello, la propia naturaleza de las cosas, hacen que, al menos algunos objetos y enunciados de los discursos político-criminal y policial de la Ilustración, ya no puedan ser tomados hoy como modelo de referencia ni como medida de lo accesible legítimamente a la intervención penal¹⁷. 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, precisamente, como un modelo que *no debe ser*¹⁸. Por estas razones, y porque el Derecho penal de la Ilustración y el actual derivan cada uno de dos modelos diferenciados —pero no excluyentes— de Estado de *Derecho*, en otro lugar he propuesto denominar al primero como “Derecho penal (del Estado) *liberal*”¹⁹, y al actual como “Derecho

¹⁵ Por clásico entiende Hassemer (ZRP 1992 p. 379 = ADPCP 1996 p. 237; Hassemer/Muñoz Conde, La responsabilidad (n. 13), pp. 18 s.) “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”.

¹⁶ 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 s., y el mismo, Modernización del Derecho penal y Derecho penal del enemigo, Ed. Idemsa, Lima, 2007, pp. 38 s.

¹⁷ En el mismo sentido Schünemann, GA, 1995, pp. 206 s., 211 s. = ADPCP, 1996, pp. 193 s., 199s.

¹⁸ También Schünemann, en Kühne/Miyazawa (n. 13), p. 21 = Temas actuales, p. 55 (razones de igualdad y de justicia).

¹⁹ 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, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 149 ss.

penal (del Estado) *social y democrático*²⁰. Pero, ¿qué es el nuevo Derecho penal moderno?

II. Los ámbitos y las manifestaciones del Derecho penal moderno

1. La doctrina penal incluye en el actual "Derecho penal moderno"²¹, a una pluralidad de *nuevos* tipos penales que amplían la intervención penal a ámbitos que, como por ejemplo el de la actividad económica, habían permanecido tradicionalmente y en mayor o menor medida fuera de su alcance, pero también a ciertas *extensiones* del ámbito de aplicación de algunos tipos penales tradicionales (vgr. la estafa de crédito) y a *agravaciones* de las penas de éstos²². Al tratarse de un Derecho penal que se encuentra en formación, el proceso correspondiente se puede denominar como "modernización" del Derecho penal²³. En lo esencial existe acuerdo en describir formalmente al Derecho penal moderno como un fenómeno *cuantitativo* que se desarrolla principalmente en la Parte Especial²⁴, y como este desarrollo, según estiman algunos, parece tener el aspecto de una *tendencia* que no encuentra límites²⁵, se habla de la existencia de un proceso de *expansión* del Derecho penal²⁶.

²⁰ Véase Gracia Martín, LH-Cerezo, pp. 356 s., Prolegómenos (n. 16), pp. 51 ss., y Modernización (n. 16), pp. 39 ss.

²¹ Véase, por ejemplo, Hassemer, ZRP, 1992, pp. 379 ss. = ADPCP, 1992, pp. 235 ss.; Hassemer/Muñoz Conde, La responsabilidad (n. 13), pp. 22 ss.; Lüderssen/Nestler-Tremel/E. Weigend (eds.), Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, Peter Lang, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris, 1990; Schönemann GA 1995, pp. 212 s. = ADPCP 1996, p. 200; el mismo, en Kühne/Miyazawa (n. 13), pp. 19, 24 s., 29 = Temas actuales, pp. 53 ss., 58 ss., 62 s.; Silva Sánchez, La expansión (n. 19), pp. 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.

²² Véase, en este sentido, por ejemplo, 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), p. 20.

²³ Véase por ejemplo Schönemann y Silva, como en nota 21.

²⁴ Hassemer, ZRP, 1992, pp. 379, 381 = ADPCP, 1992, pp. 236, 241 y Gracia Martín, Prolegómenos (n. 16), pp. 57 ss.

²⁵ Véase, en este sentido, por ejemplo, Seelmann, KritV, 1992, pp. 452 ss.; Kindhäuser, Universitas, 1992, p. 227: "el Derecho penal se expande sin freno"; Prittwitz, en La

2. El Derecho penal moderno no es homogéneo en sus contenidos²⁷, y como ya he expuesto en otro lugar, cabría distinguir en él seis ámbitos concretos entre los cuales, sin embargo, se producen combinaciones y solapamientos²⁸.

a) El denominado *Derecho penal del riesgo*²⁹ se ve como la respuesta *política* del Estado a los conflictos sociales de la sociedad moderna, a la cual se comprende como “sociedad de riesgos”³⁰ porque ciertas activi-

insostenible situación del Derecho penal, Ed. Comares, Granada, 2000, p. 428, quien habla de “el día a día de una creciente criminalización”.

²⁶ 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 s.).

²⁷ Cfr. Hirsch, en Kühne/Miyazawa (eds.), Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich, Carl Heymanns Verlag, Köln/Bonn/München, 1995, p. 11; el mismo, en Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología, UNED, Madrid, 2001, pp. 371 s., 381 ss.; también Hassemer, en Philipps/Scholler, Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, Decker&Müller, Heidelberg, 1989, pp. 89, 90; P. A. Albrecht, en La insostenible situación del Derecho penal, Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 476 s.; Blanca Mendoza, El Derecho penal (n. 14), pp. 41 s.

²⁸ Véase Gracia Martín, Prolegómenos (n. 16), pp. 60 ss.; el mismo, Modernización (n. 16), pp. 44 ss.

²⁹ Véase Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, R. v. Decker, Heidelberg, 1991, pp. 48 ss.; Prittowitz, Strafrecht und Risiko, Frankfurt a. M. 1993, pp. 261 ss.; el mismo, Risiken des Risikostrafrecht, en Frehsee/Löschper/Smaus (eds.), Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe, Interdisziplinären Studien zu Recht und Staat, t. 5, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1997, pp. 47 ss.; Hilgendorf, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der 'Risikogesellschaft', Duncker & Humblot, Berlin, 1993, pp. 43 ss.; la exposición panorámica de Roxin AT I, 4ª ed., 2006, § 2 nm. 71 ss., pp. 36 s.; en la doctrina española, por todos, Blanca Mendoza, El Derecho penal (n. 14), p. 66 nota 127 in fine, 155 ss. y passim.

³⁰ Véase Hassemer, NSTZ, 1989, p. 558 = Pena y Estado, nº 1, 1991, pp. 34, 35; el mismo, en Philipps/Scholler (n. 27), pp. 85, 88 s., y la detallada exposición de Blanca Mendoza, El Derecho penal (n. 14), pp. 24 ss., 44 ss., 78 ss. En el Derecho en general, y en el Derecho penal en particular, ha tenido amplia acogida el paradigma de la sociedad de riesgos formulado por el sociólogo alemán Ulrich Beck, Risikogesellschaft, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986 [existe traducción española a cargo de J. Navarro, D. Domínguez y Mª R. Borrás, La sociedad del riesgo, Barcelona, 1998]. No obstante, del paradigma de la sociedad de riesgos existen numerosas variantes sociológicas; véase la exposición de Prittowitz, Strafrecht und Risiko (n. 29), pp. 49 ss., 75 ss. y 115 ss.

dades que se realizan en ella gracias al progreso científico y tecnológico, industrial y económico —tecnología atómica, informática, genética, fabricación y comercialización de productos— son portadoras de un gran potencial de creación de grandes riesgos. La sociedad moderna es, por ello, una "sociedad de objetiva inseguridad"³¹. Para satisfacer la demanda social de seguridad, el legislador criminaliza ciertos comportamientos en los nuevos ámbitos de riesgo³², y para ello utiliza como instrumento técnico-jurídico por excelencia la estructura del tipo de peligro *abstracto*.

b) Un segundo ámbito del Derecho penal moderno lo constituye el *Derecho penal económico*³³. La precisión de sus contenidos es cuestión aún pendiente de aclaración, pero parece haber acuerdo en que aquél es un sector de la Parte Especial que agrupa a tipos penales orientados a la protección de "nuevos" bienes jurídicos del orden económico³⁴ que,

³¹ Véase, en este sentido, Silva Sánchez, La expansión (n. 19), pp. 28 s.

³² Véase Silva Sánchez, La expansión (n. 19), pp. 22, 32 ss., 36 s. 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".

³³ Véase, por ejemplo, Hassemer, en Philipps/Scholler, (n. 27), pp. 89, 90, 93 ss.; el mismo, ZRP, 1992, p. 381 (= ADPCP, 1992, p. 241); Schönemann, GA, 1995, pp. 206 ss. = ADPCP, 1996, pp. 192 ss.; 455 s.; el mismo, en Kühne/Miyazawa (n. 13), pp. 16 ss., 23 ss., 29 = Temas actuales, pp. 50 ss., 56 ss., 62 s.; Silva Sánchez, La expansión (n. 19), pp. 25 s., 91 ss., 160 s.

³⁴ Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1969, pp. 66 ss., 119 ss.; el mismo, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, 1, Allgemeiner Teil, Rowohlt, Reinbeck bei Hamburg, 1976, pp. 50 s.; el mismo, JuS, 1989, pp. 689, 691; el mismo, Poder económico y delito, Ed. Ariel, Barcelona, 1985, pp. 11 s.; el mismo, Lecciones de Derecho penal económico, PPU, Barcelona, 1993, pp. 34 s.; Eisenberg, Kriminologie, 5ª ed., C. H. Beck, München, 2000, pp. 708 nm. 2; Heinz, en Gropp (ed.), Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität in einem Europa auf den Weg zu Demokratie und Privatisierung, Leipziger Universitätsverlag, Leipzig, 1998, pp. 20 s.; Richter, en Müller-Gugenberger/Bieneck (eds.), Wirtschaftsstrafrecht, 3ª ed., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2000, p. 133 nm. 7; Martínez-Buján, PG 2ª ed. (n. 84), pp. 119 ss.

generalmente, remiten a sustratos de carácter *colectivo*³⁵. El *Derecho penal del ambiente* es el campo en que se desarrolla de modo especialmente intenso la polémica sobre la modernización del Derecho penal³⁶. Aquél forma parte del Derecho penal económico³⁷, pero la trascendencia del ambiente, que *Schünemann* ve con razón como el segundo bien jurídico más importante después de la existencia y de la preservación de la especie³⁸, y las peculiaridades de la regulación jurídica del sector, motivan una individualización del mismo como “Derecho penal del ambiente”.

³⁵ Véase Hassemer, en Philipps/Scholler (n. 27), pp. 86 ss.; Müssig, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1994, pp. 20 ss.; Krüger, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, pp. 15, 56 ss., 74 ss.; Schünemann, en Kühne/Miyazawa (n. 13), pp. 24 ss. = Temas actuales, pp. 58 ss.; Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin/Bonn/München, 2002, pp. 252 ss.; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil (EuAT), Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/München, 2004, p. 30 nm. 60; Bustos Ramírez, Control social y sistema penal, PPU, Barcelona, 1987, pp. 195 ss.; Gracia Martín, La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho penal, Ed. Trivium, Madrid, 1990, pp. 270 s. y nota 105; Corcoy Bidasolo, Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 183 s.; Soto Navarro, La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna, Ed. Comares, Granada, 2003, pp. 256 ss.; Martínez-Buján, PG 2ª ed. (n. 84), pp. 164 ss.; Mata y Martín, Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro, Ed. Comares, Granada, 1997, pp. 1 ss.; Blanca Mendoza, El Derecho penal (n. 14), pp. 68 ss.

³⁶ Véase Hassemer en Philipps/Scholler (n. 27), pp. 93 ss.; el mismo, ZRP, 1992, p. 383; Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit (n. 29), pp. 141 ss., 147 ss.; Hohmann, Das Rechtsgut der Umweltdelikte (n. 14), especialmente pp. 188 ss., 196 ss.; el mismo, GA, 1992, pp. 76 ss.; Silva Sánchez, en Gómez Colomer/González Cussac (coordinadores), La reforma de la Justicia penal. Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann, Castellón de la Plana, 1997, pp. 157 ss., 180 s.; el mismo, La expansión (n. 19), pp. 122 s., 129, 131 ss. A favor de la intervención penal para la protección del ambiente, véase, sobre todo Kuhlen, ZStW 105 (1993), pp. 697 ss.; el mismo, GA, 1994, pp. 347 ss.; Schünemann, GA, 1995, pp. 205 ss.; el mismo, en FS-Triefferer, pp. 452 ss.; el mismo, en Kühne/Miyazawa (n. 13), pp. 23 ss. = Temas actuales, pp. 56 ss.

³⁷ Véase Tiedemann, Lecciones (n. 34), p. 48; Dannecker, en Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Verlag C. H. Beck, München, 200, pp. 11 nm. 10, 35 s. nm. 77.

³⁸ Véase Schünemann, GA, 1995, p. 206 (= ADPCP, 1996, p. 193).

c) Una tercera manifestación del Derecho penal moderno sería el *Derecho penal de la empresa*. El ejercicio de una actividad empresarial es hoy la fuente principal del dominio social material sobre los bienes jurídicos involucrados en la actividad económica³⁹. Autor típico de los delitos económicos es el *empresario*⁴⁰ y por esto muchos de ellos son tipos *especiales*⁴¹. El Derecho penal económico se comprende así también como *Derecho penal de la empresa*⁴². Esta perspectiva destaca aspectos de la Parte General⁴³, sobre todo de autoría y participación, pues estos conceptos se han construido para un modelo de criminalidad individual⁴⁴, y la económico-empresarial involucra a una pluralidad de sujetos que actúan en contextos colectivos conforme a los principios de división del trabajo y de jerarquía⁴⁵. Esta circunstancia ha puesto en jaque a los instrumentos

³⁹ Así Schünemann, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979, pp. 5 ss.; Ehrhardt, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994, pp. 142 s.; Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1996, pp. 8 ss.; Terradillos, *Derecho penal de la empresa*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pp. 13 ss.; Pérez del Valle, en *Curso de Derecho penal económico*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2ª ed., 2005, p. 21.

⁴⁰ Véase Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht* 1, AT (n. 30), pp. 48 s.; Dannecker, en *Wabnitz/Janovsky* (n. 37), p. 9 nm. 8; Müller-Gugenberger, *Wirtschaftsstrafrecht* (n. 34), p. 5 nm. 11.; Martínez-Buján, *PG* 2ª ed., (n. 84), pp. 487 ss.

⁴¹ Véase Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht* 1, AT (n. 30), pp. 52 ss.; el mismo, *Poder económico* (n. 34), pp. 14 s.; el mismo, *Lecciones* (n. 34), pp. 253 s.; el mismo, *Wirtschaftsstrafrecht EuAT* (n. 35), p. 22 nm 45; Terradillos, *Derecho penal* (n. 39), pp. 42 s.; Gracia Martín, *Prolegómenos* (n. 16), pp. 82 ss.

⁴² Véase Tiedemann, *Lecciones* (n. 34), pp. 263 ss.; Schünemann, *Unternehmenskriminalität* (n. 39), pp. 1 ss., 5 ss., 15 ss.; Ransiek, *Unternehmensstrafrecht* (n. 39), pp. 1 ss.; Terradillos, *Derecho penal de la empresa* (n. 39), pp. 11 ss.; Martínez-Buján, *PG* 2ª ed. (n. 84), pp. 127 ss.; Bajo/S. Bacigalupo, *Derecho penal económico*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pp. 16 s.

⁴³ Véase, en este sentido, Schünemann, *wistra*, 1982, p. 42.

⁴⁴ Tiedemann, en *FS-Baumann*, 1992, pp. 7 ss.; el mismo, *Lecciones* (n. 34), p. 157; Schünemann, en *AA.VV.*, "Umweltschutz und technische Sicherheit im Unternehmen", R. v. Decker's Verlag, pp. 139 ss.; Martínez-Buján, *PG* 2ª ed., (n. 84), pp. 491 ss.

⁴⁵ Véase Schünemann, *Unternehmenskriminalität* (n. 39), pp. 30 ss.; Ehrhardt, *Unternehmensdelinquenz* (n. 39), pp. 144 ss.; Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1995, pp. 31 ss.; Eidam, *Unternehmen und Strafe*, 2ª ed., Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 2001, pp. 229 ss.; Paredes Castañón, en *Paredes/Rodríguez Montañés*, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o*

dogmáticos tradicionales⁴⁶, que no ofrecen soluciones seguras a los problemas de imputación del hecho cometido a partir de una actividad empresarial (colectiva)⁴⁷.

d) El cuarto ámbito del Derecho penal moderno es el *Derecho penal de la Unión Europea*⁴⁸. La integración europea ha dado lugar a la aparición de "bienes jurídicos europeos" diferenciados de los nacionales⁴⁹. Aunque hoy no existe un *ius puniendi* europeo propio⁵⁰, los bienes jurídicos europeos no están desprovistos de protección jurídico-penal. Por ahora se distingue *de lege lata et ferenda* entre la "europeización del Derecho penal" y el "Derecho penal europeo"⁵¹. La *europeización* se refiere a los diferentes modos y formas de influencia del Derecho europeo en los ordenamientos penales de los Estados miembros. En virtud de la técnica de *asimilación*, el ámbito de protección de los tipos penales nacionales, y su aplicación, se amplía a los correspondientes bienes jurídicos europeos por medio de

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.

⁴⁶ Véase Schünemann, *wistra*, 1.982, p. 42: problemas asimilables al de la "cuadratura del círculo".

⁴⁷ Véase Schünemann, *wistra*, 1.982, p. 42 = ADPCP, 1.988, p. 532.

⁴⁸ Véase, por ejemplo, Bacigalupo, FS-Roxin, 2001, p. 1373 y Silva Sánchez, La expansión (n. 19), pp. 81 s.

⁴⁹ Véase Tiedemann, NJW, 1993, pp. 23 s.; Oehler, en FS-Baumann, 1992, pp. 562, 565 ss.; Grasso, Comunidades europeas y Derecho penal, trad. de N. García Rivas, Universidad de Castilla-La Mancha, 1992, pp. 45 ss. y *passim*; Dieblich, Der strafrechtliche Schutz der Rechtsgüter der Europäische Gemeinschaften, Diss. Köln, 1985, *passim*; 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., 120 ss.; Hecker, Europäisches Strafrecht, Springer, Berlin/Heidelberg, 2005, p. 240 ss.; y 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.

⁵⁰ Sobre la problemática, véase el detallado estudio de Satzger, Die Europäisierung (n. 49), pp. 57 ss., 99 ss.

⁵¹ Véase Satzger, Die Europäisierung (n. 49), pp. 8 s.; Tiedemann, en Kreuzer/Scheuing/Sieber, Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1997, pp. 134s., 136 s.

una remisión o reenvío expresos de la norma europea al Derecho interno de los Estados miembros⁵², y en virtud de la técnica de *armonización*, una norma europea —directiva o reglamento— establece para los Estados miembros el mandato de crear en sus ordenamientos internos tipos penales orientados específicamente a la protección de bienes jurídicos europeos⁵³. En el presente, no existe un *Derecho penal europeo* vigente. *De lege ferenda* existe en el plano institucional un denominado *Corpus Iuris de regulaciones jurídico penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*, que es un proyecto de uniformización del Derecho penal europeo en esa materia⁵⁴, pero está aún pendiente de aprobación. Entre tanto, un grupo europeo de investigación ha elaborado una propuesta de Código penal europeo articulado en forma de texto normativo y con la denominación general de "Eurodelitos"⁵⁵.

e) El quinto ámbito del Derecho penal moderno es el *Derecho penal de la globalización*. El *proceso* de globalización⁵⁶ se basa en la desnacionali-

⁵² Véase Cuerda Riezu, en Schünemann/Suárez, Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrecht. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1994, pp. 373 ss.; Tiedemann, NJW, 1993, pp. 25 s.; el mismo, en Kreuzer/Scheuing/Sieber (n. 51), pp. 143 s.; el mismo, FS-Roxin 2001, p. 1405; Dannecker, en Wabnitz/Janovsky (n. 37), pp. 455 ss. nm. 70-73; Satzger, Die Europäisierung (n. 49), pp. 188 ss.

⁵³ Así, Cuerda Riezu, en Schünemann/Suárez (n. 52), pp. 374 ss.; Tiedemann, NJW, 1993, pp. 26; el mismo, en Kreuzer/Scheuing/Sieber (n. 51), pp. 144 s.; el mismo, FS-Roxin 2001, p. 1405; Dannecker, en Wabnitz/Janovsky (n. 37), pp. 446 ss. nm. 54 ss.; Satzger, Die Europäisierung (n. 49), pp. 393 ss., 418 ss.

⁵⁴ El texto inicial de 1995 (véase Sieber, en Delmas-Marty (ed.), *Corpus Iuris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1998, p. 6), ha sido objeto de nueva redacción en 2000 (véase Delmas-Marty/Vervaele, *The implementation of the Corpus Iuris in the Member States*, 1, 2000).

⁵⁵ Véase Klaus Tiedemann, (ed.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Rechtsdogmatik. Rechtsvergleich. Rechtspolitik*. Freiburg-Symposium, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 2002, pp. 449 ss.

⁵⁶ Véase Schünemann, GA (5) 2003, p. 300; el mismo, en Jan C. Joerden/Roland Wittmann (eds.), *Recht und Politik*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2004, p. 135; el mismo, en Moisés Moreno (coord.), *Globalización e internacionalización del Derecho penal*, Ed. Ius Poenale, Cepolcrim, México, 2003, p. 115; Carrillo Salcedo, *Globalización y orden internacional*, 2ª ed., Universidad de Sevilla, 2005, p. 34.

zación de la economía⁵⁷. Las transacciones económicas internacionales se llevan a cabo ahora en un mercado global⁵⁸ dominado por las *empresas transnacionales*. Éstas pueden decidir sobre el establecimiento geográfico de sus centros de producción y de distribución de bienes y de servicios en un lugar u otro del globo, y así sobre la elusión de las leyes nacionales (fiscales, laborales y ambientales)⁵⁹. Los *global players* operan de hecho con gran autonomía al margen de los ordenamientos nacionales⁶⁰ y su actividad escapa en gran medida al control político y a la ordenación jurídica de los Estados nacionales⁶¹, pues los acuerdos por ellos mismos de las reglas que regirán de hecho las relaciones comerciales entre sí (*lex mercatoria*) no son más que contratos o cuasicontratos privados susceptibles de modificación por otros nuevos. La globalización, a la vez, conlleva la aparición de condiciones específicas para el desarrollo de una nueva criminalidad⁶² de carácter fundamentalmente económico en razón de sus objetos⁶³ y marcadamente empresarial⁶⁴. La criminalidad de la globalización es una *criminalidad empresarial organizada* que apenas se distingue ya de la criminalidad organizada tradicional⁶⁵. Para la lucha

⁵⁷ Así Carrillo Salcedo, *Globalización* (n. 56), pp. 17 y 63.

⁵⁸ Albrecht, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 274 ss.

⁵⁹ Así Schünemann, *GA* (5) 2003, p. 300; el mismo, en Moisés Moreno (n. 56), p. 116.

⁶⁰ Véase Schünemann, *GA* (5) 2003, p. 301; el mismo, en Moisés Moreno (n. 56), p. 117; el mismo, en Jan C. Joerden/Roland Wittmann (n. 56), p. 145; Mir Puigpelat, *Globalización* (n. 78), pp. 39 ss.; Carrillo Salcedo, *Globalización* (56), pp. 32 y 62.; Truyol y Serra, *La sociedad internacional*, 2ª ed., Alianza Editorial, Madrid 1993 (2ª reimpr. 1998), p. 164.

⁶¹ En este sentido, Albrecht, en *Modernas tendencias* (n. 58), p. 263; Schünemann, en Kühne/Miyazawa (n. 13), p. 32 = *Temas actuales*, pp. 65 s. el mismo, *GA* (5) 2003, pp. 301 s.; el mismo, en Moisés Moreno (n. 56), pp. 116 s.; José Luis Sampedro, *El mercado y la globalización*, Ed. Destino, Madrid, 2001, pp. 65 s.

⁶² Véase, en este sentido, Silva Sánchez, *La expansión* (n. 19), pp. 83 ss., 85 ss.

⁶³ Véase Silva Sánchez, *La expansión* (n. 19) pp. 83 ss.; véase una enumeración de manifestaciones de criminalidad que la doctrina asocia a la globalización en Gracia Martín, en Romeo Casabona (ed.), *Biotechnología, desarrollo y justicia*, Ed. Comares, Granada, 2008, pp. 38 s., con amplias referencias.

⁶⁴ Véase Albrecht, en *Modernas tendencias* (n. 58), pp. 269, 275.)

⁶⁵ Véase Albrecht, en *Modernas tendencias* (n. 58), p. 275; Panhuber/Harder, en Wabnitz/Janovsky, (n. 37), p. 344 nm. 6-7; Nack, en Müller-Gugenberger/Bieneck (n. 34), pp. 142 s. nm. 6; en sentido similar, Silva Sánchez, *La expansión* (n. 19), p. 99.

contra esta criminalidad es preciso un Derecho global —y, como parte de él, un Derecho penal global— que regule y permita controlar el mercado mundial actualmente dominado a su voluntad por los *global players*. Como el mercado global no puede controlarlo ningún Estado, pero es asunto que incumbe a *todos* los Estados, el Derecho global tiene que ser un Derecho internacional. Se trata de acotar aquellos sustratos valiosos del mundo global que merecen ser elevados a la categoría de bienes jurídicos *globales*, y de atribuir su protección a un Derecho penal *internacional* de la economía global reconocido como Derecho *necesario*, o sea, derivado de normas con carácter de *ius cogens*⁶⁶. Un bien jurídico de carácter internacional que me parece indiscutible es el *ambiente*⁶⁷, pero también todos los sustratos que constituyen el objeto de derechos económicos, sociales y culturales de la totalidad de los seres humanos y de los pueblos⁶⁸.

f) Algunos ven como moderno al denominado *Derecho penal del enemigo*⁶⁹, que habría sido invocado en 1985 por Günther Jakobs⁷⁰ como un postulado político-criminal que posteriormente han desarrollado él mismo y otros⁷¹. Los delitos de los *ciudadanos* son ocasionales y sólo expresión de un abuso o exlimitación en las relaciones sociales legítimas en que participan que no les hace perder su *fidelidad* al Derecho ni su

⁶⁶ En sentido parecido, véase Schünemann, GA (5) 2003, pp. 310 ss.; el mismo, en Moisés Moreno (n. 56), pp. 124 ss.

⁶⁷ Así también Schünemann, en Jan C. Joerden/Roland Wittmann (n. 56), pp. 145 s.

⁶⁸ Gracia Martín, en Romeo Casabona (n. 63), p. 41.

⁶⁹ La literatura es inabarcable; véase 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.

⁷⁰ Jakobs ZStW 97 (1985), pp. 756 ss., 783 s. =en Estudios de Derecho penal, Ed. Civitas, Madrid, 1997, 294 ss., 322 s..

⁷¹ Véase Jakobs, AT, 2ª ed., 2/25c; el mismo, en Eser/Hassemer/Burkhardt (eds.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, C. H. Beck, München, 2000, pp. 51 ss.; Pawlik, GA 1998, pp. 378 ss.; Müssig, GA 1999, pp. 121 ss.; Lesch, GA 2000, pp. 355 ss. En la doctrina española, Pérez del Valle, CPC nº 75 (2001), pp. 610 ss., especialmente p. 612; Silva Sánchez, La expansión (n. 19), pp. 166 s., pero éste, con razón, lo lleva al Derecho de las medidas de seguridad.

status de ciudadano⁷². Los *enemigos* serían individuos cuyas actividades delictivas se desenvuelven fuera de relaciones sociales reconocidas como legítimas. Aquéllos habrían abandonado el Derecho presumiblemente de modo permanente y, con ello, el *status* de ciudadano. Esta circunstancia determinaría una falta de la “mínima seguridad cognitiva (respecto al) comportamiento personal” de tales individuos⁷³ y que cada hecho que cometan represente un síntoma de su peligrosidad⁷⁴. Para hacerles frente se recurre hoy a regulaciones que criminalizan conductas que pese a su carácter de meros actos preparatorios⁷⁵ o de mero favorecimiento de la existencia de la organización a la que pertenecen y sirven⁷⁶, se castigan con penas equivalentes a las de los hechos consumados o intentados. El Derecho penal del enemigo se apartaría de los fines ordinarios del Derecho penal, pues sería una legislación de lucha o de guerra cuyo único fin sería la exclusión e inocuización del enemigo⁷⁷ con renuncia a las garantías materiales y procesales del Derecho penal de la normalidad⁷⁸.

III. Las posiciones de la Ciencia penal ante la modernización del Derecho penal

El proceso de modernización del Derecho penal ha generado en la Ciencia penal dos discursos ideológicos y político-criminales, claramente opuestos y enfrentados, que he denominado, respectivamente, “de modernización” y “de resistencia a la modernización” del Derecho

⁷² Véase Jakobs, en Estudios (n. 70), p. 299; véase, asimismo, Cancio Meliá, JD, nº 44, julio/2002, p. 20.

⁷³ Así Silva Sánchez, La expansión (n. 19), p. 164.

⁷⁴ Véase, de modo similar, Silva Sánchez, La expansión (n. 19), p. 165.

⁷⁵ Véase Jakobs, en Estudios (n. 70), pp. 294 ss., y especialmente pp. 298 ss.

⁷⁶ Por ej., en el Derecho español, comportamientos de mera colaboración con bandas u organizaciones terroristas (art. 576 CP), y la apología de las infracciones de terrorismo o de sus autores (art. 578 CP); cfr. Cancio Meliá, JD, nº 44, julio/2002, pp. 24 ss.

⁷⁷ Así Silva Sánchez, La expansión (n.19), pp. 164 s.

⁷⁸ Véase Gracia Martín, El horizonte del finalismo y el “Derecho penal del enemigo”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 106 ss.; y en el mismo, Modernización (n. 16), pp. 205 ss.

penal⁷⁹. En Alemania domina el discurso de la Escuela de Frankfurt, resistente a la modernización del Derecho penal⁸⁰. En España, en los numerosos Congresos y Jornadas sobre el moderno Derecho penal económico que tuvieron lugar en la década de los 90 del siglo pasado, apenas se debatió en profundidad sobre las importantes cuestiones en torno a las cuales se iba definiendo en Alemania aquél discurso⁸¹, pero hoy se les presta la mayor atención. Hasta la entrada en vigor del Código penal de 1995, el moderno Derecho penal económico no era en España más que un planteamiento *de lege ferenda*, pero con aquél se ha convertido en Derecho vigente "codificado"⁸² y, por ello, tiene que tratarse ya al mismo nivel que, por ejemplo, los delitos contra el patrimonio. Así lo prueba el volumen de monografías publicadas en España sobre singulares tipos penales económicos⁸³ y la publicación de obras generales⁸⁴. En ellas han penetrando con fuerza y tendencia expansiva las esencias del discurso de Frankfurt⁸⁵. En Alemania, el discurso de resistencia ha sido

⁷⁹ Gracia Martín, LH-Cerezo, pp. 387 s.; el mismo, Prolegómenos (n. 16), p. 163; el mismo, Modernización (n. 16), p. 106.

⁸⁰ Véase Schünemann, GA 1995, p. 211 = ADPCP 1996, p. 198, con más referencias.

⁸¹ Cfr a continuación IV.

⁸² Cfr. el Título XIII CP: "De los delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico".

⁸³ Véanse los listados bibliográficos del Manual de Parte Especial de Martínez-Buján (referencia en nota siguiente).

⁸⁴ Con anterioridad al 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. 39), y para el nuevo Código, Martínez-Buján, Derecho penal económico. Parte General, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; Derecho penal económico y de la empresa. Parte General, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; Derecho penal económico. Parte Especial, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; E. Bacigalupo (dir.), Curso de Derecho penal económico, Marcial Pons, Madrid, 1998; 2ª ed., 2005; y Bajo/S. Bacigalupo, Derecho penal económico, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.

⁸⁵ Así, en 1997, Mata y Martín publica una monografía crítica sobre los bienes jurídicos colectivos (n. 35); en 1999 aparecen la monografía de Mª Isabel Sánchez, crítica con la supuesta anticipación de la protección penal en el Derecho penal moderno (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,

objeto de críticas concluyentes sobre todo por *Schünemann* y por *Kuhler*⁸⁶, y hasta hoy las objeciones de éstos no han sido en absoluto seriamente rebatidos ni allí ni en España. En 2002, 2003 y 2007, publiqué en España y en Perú unos ensayos favorables a la modernización del Derecho penal⁸⁷, que han sido vistos por *Schünemann* como el desarrollo de un “criticismo dogmático-filosófico”⁸⁸, y cuyas directrices programáticas no han calado en la doctrina española⁸⁹. Los autores españoles posicionados en el discurso de resistencia se han limitado, prácticamente, a hacer suyo el discurso de la Escuela de Frankfurt, entrar en debate con los sólidos argumentos de los dos autores alemanes citados. El discurso de resistencia, pues, deberá de continuar con su tacha de insostenible mientras sus partidarios no opongan una réplica seria y convincente a los argumentos que se le han opuesto⁹⁰.

pp. 93 ss.; AP n° 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).

⁸⁶ Véase Schünemann, GA, 1995, pp. 203 ss. (= ADPCP, 1996, pp. 190 ss.); el mismo, en Kühne/Miyazawa (n. 13), pp. 19 ss. (= Schünemann, Temas actuales, pp. 53 ss.); el mismo, FS-Triffterer 1996, especialmente pp. 452 ss.; el mismo, en von Hirsch/Seelmann/Wohlens (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. 35), pp. 148 ss., 156 ss., 182 ss., 208 ss.

⁸⁷ Véase Gracia Martín, obras citadas en n. 16. En el discurso de modernización cabría incluir también, a mi juicio, a Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro* (n. 35), pp. 183 ss., especialmente pp. 188 ss.; Pozuelo Pérez, RDPP, n° 9, 2003, pp. 17 ss., Soto Navarro, *La protección penal* (n. 35), 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 al discurso de modernización, mantiene Martínez-Buján, LH-Cerezo, 2002, pp. 402 ss., pp. 408 ss.

⁸⁸ Véase Schünemann, *Presentación de Gracia Martín, Prolegómenos* (n. 16), pp. 19 s.

⁸⁹ Véase sobre todo la recensión de Paredes Castañón a mis *Prolegómenos* (n. 16), publicada en RDPC n° 17, 2006, pp. 437 ss., e incluida como apéndice II en la edición peruana de mi *Modernización* (n. 16), pp. 149 ss.

⁹⁰ Así sólo puede verse como tentativa inidónea la pretensión de rebatir el discurso de Schünemann con el único —y además absolutamente infundado— argumento de que dicho discurso entraría en conflicto con los principios de subsidiariedad y de ultima ratio, como quiere hacer valer Blanca Mendoza (*El Derecho penal* [n. 14], pp. 149 n. 368 y 150 s.), pues precisamente la reivindicación de tales principios es en Bernd Schünemann

IV. La crítica resistente a la modernización del Derecho penal

1. Como ya se dijo⁹¹, lo moderno supone una "ruptura" de la continuidad histórica, y según el discurso de resistencia lo que haría realmente moderno al nuevo Derecho penal sería su *ruptura* con las garantías penales liberales del Estado de Derecho⁹². En lo penal, los principios políticos del Estado de Derecho se concretaron, inicialmente o bien con el tiempo, en una pluralidad de garantías: legalidad, irretroactividad, prohibición de la analogía, exigencia de culpabilidad, reglas de interpretación y de imputación estrictas, garantías procesales, etc⁹³. Pero sobre todo, desde que *Birnbaum*, entre 1.834 y 1.836, opuso a *Feuerbach* la idea de que el Derecho penal tenía que proteger "bienes"⁹⁴ y no derechos subjetivos, la Ciencia penal ha venido formulando sin cesar una multitud de enunciados discursivos sobre el objeto de la protección jurídico penal⁹⁵, que han cristalizado en el principio fundamental de que el Derecho penal únicamente es legítimo para la protección subsidiaria de

realmente insistente constante y permanente y, 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. 13), p. 34 = Temas actuales, p. 68); además, recientemente en la misma línea, Schönemann, en von Hirsch/Seelman/Wohlens (n. 86), pp. 18 ss.

⁹¹ Cfr. supra I.

⁹² 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"; ya antes, para el Derecho penal del ambiente, el mismo, en Gómez Colomer/González Cussac (n. 47), p. 153 = La Ley, 1997-3, p. 1714; en lo fundamental participa de la misma estimación, Blanca Mendoza, El Derecho penal, (n. 14), pp. 181 s.: "se corre el riesgo de caer en la destrucción del sistema de garantías".

⁹³ Cfr. los axiomas del garantismo penal liberal en Ferrajoli, Derecho y razón (n. 5), pp. 93 ss. y notas 5 a 7 de pp. 110-113.

⁹⁴ Véase *Birnbaum*, AdC-Neue Folge, t. 15, 1834, pp. 149 ss. y AdC-Neue Folge, t. 17, 1836, pp. 560 s.

⁹⁵ Sobre la evolución, con diferentes interpretaciones, véase Sinna, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut", Basel, 1962; Amelung, Rechtsgüterschutz (n. 6), pp. 52 ss.; Stratenwerth, FS-Lenckner, 1998, pp. 377 ss.; Hormazábal, Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho, PPU, Barcelona, 1991, pp. 13 ss.

*bienes jurídicos*⁹⁶ y como *ultima ratio*⁹⁷. La crítica principal al Derecho penal moderno se centra precisamente en que el mismo se apartaría de este principio fundamental, y en que a ello seguiría inevitablemente el abandono masivo del resto de las garantías penales.

2. Característicos del Derecho penal moderno son los tipos penales que se orientan a la protección de “nuevos” objetos, sobre todo del orden económico⁹⁸, que remiten a sustratos de carácter *colectivo*⁹⁹. A diferencia de lo que sucede con los bienes jurídicos individuales, empero, aquéllos objetos —se dice— sólo se podrían definir o formular de un modo vago e impreciso¹⁰⁰ —serían, incluso, “inabarcables conceptualmente”¹⁰¹—, y su reconocimiento, a consecuencia de la tendencia actual a “licuar,

⁹⁶ Véase sólo Roxin AT I, 4ª ed., 2006, § 2 nm. 1 ss., pp. 13 ss. Sobre la perspectiva histórica Schünemann, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 12), pp. 137 ss. = La teoría del bien jurídico, pp. 203 ss. y el mismo, en von Hirsch/Seelmann/Wohlers (n. 86), pp. 19 ss., y ya antes en Schünemann (ed.), Strafrechtssystem und Betrug, Centaurus Verlag, Herbolzheim, 2002, pp. 51 ss.

⁹⁷ Roxin AT I, 4ª ed., 2006, § 2 nm. 97-102, pp. 45-47; Schünemann, en von Hirsch/Seelmann/Wohlers (n. 86), pp. 21 ss.

⁹⁸ Véase ya Tiedemann, Tatbestandsfunktionen (n. 34), pp. 66 ss., 119 ss.; el mismo, Wirtschaftsstrafrecht 1, AT (n. 34), pp. 50 s.; el mismo, JuS, 1989, pp. 689, 691; el mismo, Wirtschaftsstrafrecht EuAT (n. 35), pp. 30 s. nm. 60; Heinz, en Gropp (ed.), Wirtschaftskriminalität (n. 34), pp. 20 s.; Martínez-Buján, PG 2ª ed. (n. 84) pp. 119 ss.

⁹⁹ Véase Hassemer, en Philipps/Scholler (n. 27), pp. 86 ss.; Müller-Dietz, FS-R. Schmidt, 1992, pp. 101 s.; Müssig, Schutz abstrakter Rechtsgüter (n. 35), pp. 20 ss.; Krüger, Die Entmaterialisierungstendenz (n. 35), pp. 15, 56 ss., 74 ss.; Schünemann, en Kühne/Miyazawa (n. 13), pp. 24 ss.; Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter (n. 35), pp. 252 ss.; el mismo, GA 2002, pp. 25 ss.; Bustos Ramírez, Control social (n. 35), pp. 195 ss.; Corcoy Bidasolo, Delitos de peligro (n. 35), pp. 183 s.; Soto Navarro, La protección penal (n. 35), pp. 256 ss.; Martínez-Buján, PG, 2ª. ed. (n. 84), pp. 164 ss.; Blanca Mendoza, El Derecho penal (n. 14), pp. 68 ss.

¹⁰⁰ Así Hassemer, en Philipps/Scholler (n. 27), p. 88 s.; el mismo, NStZ, 1989, p. 557 = Pena y Estado, nº 1, 1991, p. 32; el mismo, JuS, 1990, p. 850; el mismo, ZRP, 1992, p. 381 = ADPCP, 1992, p. 241; Hassemer/Muñoz Conde, La responsabilidad (n. 13), pp. 28 s.; Seelmann, NJW, 1990, pp. 1258 s.; Müssig, Schutz abstrakter Rechtsgüter (n. 35), p. 1; Weigend, FS-Triffterer, p. 699; Krüger, Die Entmaterialisierungstendenz (n. 35) pp. 56 ss.; Blanca Mendoza, El Derecho penal (n. 14), pp. 68 s., con más referencias.

¹⁰¹ Moccia, en Silva Sánchez (ed.), Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 121.

espiritualizar o desmaterializar el concepto de bien jurídico"¹⁰², daría lugar a la *disolución* del concepto mismo¹⁰³. Esta *desmaterialización* permite admitir ya la existencia de un bien jurídico a partir de *cualquier* substrato *inmaterial* al que se le atribuya un valor, y esto es lo que sucedería en el caso de los objetos de protección de los tipos penales modernos¹⁰⁴, cuyos substratos, contra lo que requiere el concepto material de bien jurídico, no estarían constituidos ya por ninguna realidad empírica más o menos perceptible y susceptible de ser referida a intereses concretos de las personas¹⁰⁵. El soporte de tales "bienes" estaría constituido por las condiciones ideales, normativa y abstractamente definidas, de la capacidad de funcionamiento conforme a su fin de determinados subsistemas o instituciones, como por ejemplo "la institución de la subvención como instrumento de conducción de la economía estatal y de los objetivos económico-políticos perseguidos con ella" en el tipo del fraude de subvenciones (§ 264 StGB), o la "capacidad social de rendimiento de la institución del seguro como bien jurídico supraindividual" en el tipo penal del abuso de seguro (§ 265 StGB)¹⁰⁶. Lo protegido aquí —se dice— no serían en realidad bienes jurídicos, sino "funciones", esto es, instituciones, modelos u objetivos de organización política, social o económica¹⁰⁷, o bien contextos, entornos o condiciones previas del disfrute de

¹⁰² Así Hassemer, NK, comentario previo al § 1 nm 265; Hirsch, en *Modernas tendencias* (n. 27), p. 381.

¹⁰³ Cfr., en este sentido, Blanca Mendoza, *El Derecho penal* (n. 14), p. 68.

¹⁰⁴ Así, Müssig, *Schutz abstrakter Rechtsgüter* (n. 31), p. 2., y la crítica de Blanca Mendoza (*El Derecho penal* (n. 14), p. 75) a las concepciones de Schönemann y Kuhlen, quienes, según ella, los definirían de modo tan amplio que, en realidad, convertirían al bien jurídico "en un concepto 'comodín', que por su elasticidad permite adaptarse a cualquier situación".

¹⁰⁵ Así Hassemer, en Philipps/Scholler (n. 27), p. 89; Ferrajoli, *Derecho y razón* (n. 5), pp. 467 s.; Blanca Mendoza, *El Derecho penal* (n. 14), p. 73.

¹⁰⁶ Véase Hirsch, en *Modernas tendencias* [n. 27], pp. 372, 381 ss.; Blanca Mendoza, *El Derecho penal* (n. 14), pp. 72 s.

¹⁰⁷ Véase Hassemer, en Philipps/Scholler (n. 27), p. 89: "el lema ya no es la protección de intereses de las personas, sino la protección de instituciones sociales o de 'unidades funcionales valiosas'; Moccia, LH-Roxin (n. 95), p. 118: "no son bienes jurídicos en sentido tradicional, sino objetivos de organización política, social, económica"; Blanca Mendoza, *El Derecho penal* (n. 14), pp. 72, 73: "cambio de paradigma de la tutela de bienes —referidos en última instancia a individuos, como por ejemplo en este ámbito (del Derecho penal económico), el patrimonio— hacia la tutela o mantenimiento de funciones" (p. 72).

los bienes jurídicos individuales¹⁰⁸; en fin, sólo objetos ficticios de tutela¹⁰⁹ que sirven de pretexto para una ampliación de la incriminación de comportamientos¹¹⁰. El concepto de bien jurídico, por ello, tendría en el Derecho penal moderno un sentido más bien sólo "nominal"¹¹¹.

3. a) El Derecho penal moderno habría sustituido el modelo del tipo de lesión o peligro concreto de bienes jurídicos individuales por otro en que predominaría el *peligro abstracto*, e incluso el presunto¹¹². Este modelo, empero, se desvía de los principios de lesividad y protección subsidiaria de bienes jurídicos, y su inobservancia daría lugar a la lesión de otras garantías dependientes de ellos, como las derivadas de los principios de culpabilidad y de proporcionalidad¹¹³.

b) Este giro hacia el modelo del tipo de peligro abstracto o presunto se ve como la respuesta política estatal a los problemas de la sociedad de riesgo¹¹⁴. Ahora bien, los "nuevos" peligros de grandes dimensiones —se dice— son inherentes al funcionamiento del sistema social, son de

¹⁰⁸ Véase Silva Sánchez, La expansión (n. 19), pp. 121 ss.

¹⁰⁹ Véase, en este sentido, Moccia, LH-Roxin (n. 95), p. 116: "creación artificiosa de bienes jurídicos".

¹¹⁰ Véase Hassemer, en *Dei delitti e delle pene*, 1984, pp. 112 s.; el mismo, NSTZ, 1989, pp. 353 ss.

¹¹¹ Así, Blanca Mendoza, *El Derecho penal* (n. 14), p. 75; Hassemer, en Philipps/Scholler (n. 27), p. 89.

¹¹² Véase, Hassemer, en Philipps/Scholler (n. 27), p. 89; el mismo, NSTZ, 1989, p. 558 = *Pena y Estado*, nº 1, 1991, pp. 34 s.; el mismo, ZRP, 1992, p. 381 = ADPCP, 1992, p. 242; Silva Sánchez, La expansión (n. 19), p. 121.

¹¹³ 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 s.; también, Blanca Mendoza, *El Derecho penal* (n. 14), p. 80.

¹¹⁴ Sobre esta correspondencia (sociedad de riesgos-tipos de peligro abstracto), véase Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit* (n. 29), pp. 54, 74 ss.; Hassemer, NSTZ, 1989, p. 558 (= *Pena y Estado*, nº 1, 1991, p. 35); el mismo, ZRP, 1992, p. (= ADPCP, 1996, p. 242); Hassemer/Muñoz Conde, *La responsabilidad* (n. 13), pp. 29 s.; Silva Sánchez, La expansión (n. 19), pp. 30, 50 ss.

carácter *sistémico*¹¹⁵ y estamos expuestos a ellos de modo semejante a como lo estamos ante catástrofes naturales¹¹⁶. Por ello, las consecuencias lesivas de tales peligros habría que explicarlas como consecuencias del "fallo técnico" y remitirlas al ámbito del caso fortuito o, en cuanto fenómenos sistémicos con que se cuenta de antemano, al ámbito del riesgo permitido¹¹⁷. En la sociedad de riesgos, empero, hay una gran resistencia a remitir las consecuencias lesivas al azar o a la desgracia, se inquiere siempre sobre referencias causales, y como los nuevos riesgos remiten siempre a decisiones humanas, entonces se perciben como hechos respecto de los que necesariamente tiene que haber algún sujeto responsable¹¹⁸. De este modo, se transforma al caso fortuito en injusto¹¹⁹. Ciertamente, los tipos de peligro abstracto se orientan a la protección de la *seguridad* de los bienes jurídicos individuales¹²⁰. Sin embargo, la capacidad *abstracta-general* de afectar a la seguridad puede ser afirmada de *cualquier* conducta, por muy inocua que sea en el caso concreto. El tipo de peligro abstracto entonces carece de límites, pues podrá estimarse comprendida en él cualquier conducta con tal que muestre elementos de contrariedad al vago y abierto concepto de la "seguridad" o al del "interés general" de protección de bienes jurídicos¹²¹. Por esto, los tipos de peligro

¹¹⁵ Véase Silva Sánchez, La expansión (n. 19), pp. 28, 126 y 132 (riesgos que son un problema "estructural" o "sistémico").

¹¹⁶ Véase Blanca Mendoza, El Derecho penal (n. 14), p. 27, con más referencias.

¹¹⁷ Véase, Silva Sánchez, La expansión (n. 19), p. 28, y especialmente pp. 42 ss.; también Prittwitz, Strafrecht und Risiko (n. 29), pp. 378 ss.

¹¹⁸ Véase, con remisión a Beck, Hassemer, NSTZ, 1989, p. 557 (= Pena y Estado, nº 1, 1991, p. 33); con detalle Silva Sánchez, La expansión (n. 19), pp. 45 ss.; Blanca Mendoza, El Derecho penal (n. 14), pp. 27 s.

¹¹⁹ Véase al respecto Prittwitz, Strafrecht und Risiko (n. 29), pp. 112 ss., 378 ss.; Silva Sánchez, La expansión (n. 19), p. 46: "sea como fuere, el efecto es una creciente tendencia hacia la transformación del Unglück (accidente fortuito, desgracia) en Unrecht (injusto), lo que inevitablemente conduce a una ampliación del Derecho penal".

¹²⁰ El art. 2 de La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 reconoce a la seguridad entre los derechos naturales e imprescriptibles del hombre; sobre ello, véase Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, de Gruyter, Berlin, 1983, passim.

¹²¹ Véase, con distintos matices y en diferentes contextos, Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1996, pp. 138 ss., y especialmente 186 s. y 482 ss.; Zieschang, Die Gefährdungsdelikte, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, pp. 354 ss.; Moccia, LH-Roxin (n. 95), p. 115.

abstracto entran en conflicto también con el principio de legalidad¹²², pues en ellos se reducen considerablemente los presupuestos de la punibilidad¹²³. Al carecer de referencia lesiva determinada, lo que en realidad se pena es la desviación de las reglas o del estándar de funcionamiento de los subsistemas sociales¹²⁴, la simple infracción del deber¹²⁵, y, en definitiva, la mera desobediencia a la norma¹²⁶. La inflación de conductas punibles a que dan lugar los delitos de peligro abstracto, pone claramente de manifiesto que el moderno Derecho penal del riesgo se ha convertido en *primera* —y tal vez en *única*— *ratio* en la defensa del orden social¹²⁷, y por esto sería contrario a las garantías de protección subsidiaria de bienes jurídicos y de *ultima ratio*¹²⁸. El "lugar natural" para la protección de la seguridad, es el Derecho de policía, el Derecho administrativo sancionador, al cual pertenecen en propiedad los tipos de peligro abstracto, los cuales no deberían tener espacio alguno en el Derecho penal¹²⁹.

c) El rechazo de los tipos de peligro abstracto alcanza valores exponenciales cuando están referidos a bienes jurídicos colectivos¹³⁰.

¹²² Véase, en este sentido, Moccia, LH-Roxin (n. 95), pp. 139 s.

¹²³ Véase Hassemer, en Philipps/Scholler (n. 27), p. 89; porque en lugar de una víctima perceptible, de un daño y de la causalidad de la acción para el daño, tan sólo es precisa la comprobación de una conducta peligrosa; el mismo, ZRP, 1992, p. 381 = ADPCP, 1992, p. 242; Blanca Mendoza, El Derecho penal (n. 14), pp. 80 s.

¹²⁴ Frisch, en Wolter/Freund (ed.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem, C. F. Müller, Heidelberg, 1996, p. 150; Blanca Mendoza, El Derecho penal (n. 14), p. 81; Silva Sánchez, La expansión (n. 19), p. 123.

¹²⁵ Véase, en este sentido, Moccia, LH-Roxin (n. 95), pp. 115, 135 ss.

¹²⁶ Véase Hirsch, en Kühne/Miyazawa (n. 27), pp. 20 s.; Zieschang, Die Gefährdungsdelikte (n. 121), pp. 383, 388 ss.

¹²⁷ Véase, en este sentido, Hassemer, en Philipps/Scholler (n. 27), p. 93; el mismo, ZRP, 1992, p. (= ADPCP, 1992, p. 243); Hassemer/Muñoz Conde, La responsabilidad (n. 13), p. 31.

¹²⁸ Cfr. nota anterior.

¹²⁹ Silva Sánchez, La expansión (n. 19), p. 41: "la solución a la inseguridad, además, no se busca en su, por así decirlo, clásico 'lugar natural' —el Derecho de policía—, sino en el Derecho penal"; Zieschang, Die Gefährdungsdelikte (n. 121), pp. 391 ss.

¹³⁰ 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".

Muchos de éstos se caracterizarían por las grandes dimensiones — macroeconómicas, macrosociales— de sus imprecisos substratos¹³¹, lo que hace prácticamente inimaginable que la conducta individual y aislada de un sujeto determinado pueda lesionarlos o ponerlos en peligro concreto¹³². Así, respecto de objetos macroscópicos y gigantescos como el patrimonio de la Hacienda pública o el ambiente, los posibles efectos para ellos de *una* conducta individual de defraudación de *una* cuota tributaria o de *un* vertido con grados de concentración de metales pesados superiores a los permitidos, respectivamente, son hasta tal punto insignificantes que su comprensión como lesión o como peligro concreto de aquéllos substratos sólo podría sustentarse en una ficción¹³³. Una lesión o un peligro de estos sólo podrían resultar de la realización *reiterada* de una multitud de acciones individuales y en virtud de la *acumulación* de los efectos de todas ellas¹³⁴. A la vista, pues, de la ausencia total de elementos de lesividad, e incluso de peligrosidad general, en los hechos individuales aislados, no es admisible, ni legítimo, extender a los mismos la amenaza de una sanción penal. Estos hechos debieran ser monopolio del Derecho administrativo sancionador¹³⁵ y su criminalización da lugar a una *administrativización* del Derecho penal¹³⁶, que usurpa funciones del Derecho administrativo (e incluso del Derecho civil)¹³⁷. Si todo esto se contempla ahora desde el plano de los contenidos de lo

¹³¹ Véase al respecto, por ejemplo, Silva Sánchez, La expansión (n. 19), pp. 125 ss.

¹³² Silva Sánchez, La expansión (n. 19), pp. 123, 127, 131 ss. En estos casos, según Silva, es difícil comprobar incluso la presencia de elementos de peligro abstracto en la conducta si se entiende aquél como "peligro realmente existente, constatable en la conducta en virtud de un juicio *ex ante*" (p. 127); véase también Kuhlen, GA, 1986, p. 400 nota 57; Ransiek, Unternehmensstrafrecht (n. 39), p. 188; Bottke, wistra, 1991, n° 1, pp. 7 ss.; Schünemann, en CuCGPJ, n° 8, 1991, p. 35; por esto Zieschang, Die Gefährdungsdelikte (n. 121), p. 245, considera contradictorio ver a los delitos de acumulación como de peligro abstracto.

¹³³ Véase, con más ejemplos, Silva Sánchez, La expansión (n. 19), pp. 127 ss.; cfr. además nota anterior.

¹³⁴ Véase, por ejemplo, Silva Sánchez, La expansión (n. 19), p. 126 s.

¹³⁵ Véase Silva Sánchez, La expansión (n. 19), pp. 122 ss.; Blanca Mendoza, El Derecho penal (n. 14), p. 188.

¹³⁶ Véase Silva Sánchez, La expansión (n. 19), pp. 121 ss.; en el mismo sentido Zaffaroni, PG, 2ª ed., p. 12.

¹³⁷ Cfr. Hassemer, ZRP, 1992, p. 381 = ADPCP, 1992, p. 243; Hassemer/Muñoz Conde, La responsabilidad (n. 13), p. 31.

injusto, entonces resulta que lo que el Derecho penal castigaría por medio de estos tipos ya no serían comportamientos lesivos o peligrosos *para bienes jurídicos* ni hechos socialmente perjudiciales, sino sólo comportamientos de "peligro para modelo(s) sectorial(es) de gestión o, si se quiere, en términos menos tecnocráticos, para el buen orden del sector de actividad determinado"¹³⁸, o bien "la inobservancia de normas organizativas"¹³⁹. De este modo el contenido de los tipos se agota en "meras violaciones de deberes"¹⁴⁰, y, por ello, son tipos meramente formales¹⁴¹ o de pura desobediencia¹⁴². En particular, resultarían vulnerados los principios de lesividad y de *proporcionalidad*, pero también el de *culpabilidad*, pues una pena que se funda en los comportamientos que es previsible que realizarán otros intervinientes en el sector, es una pena *ex iniuria tertii* y no una fundamentada en la producción de un daño personalmente imputable¹⁴³.

4. Según la crítica, el Derecho penal moderno no es en general más que uno de carácter *simbólico*¹⁴⁴. Los efectos simbólicos son consubstan-

¹³⁸ Véase Silva Sánchez, La expansión (n. 19), p. 126.

¹³⁹ Véase Moccia, LH-Roxin (n. 95), p. 115.

¹⁴⁰ Véase, en este sentido, Moccia, LH-Roxin (n. 95), pp. 116, 135 s.

¹⁴¹ Véase, en este sentido, Silva Sánchez, La expansión (n. 19), pp. 127 s.

¹⁴² Véase, en este sentido, por ejemplo, Moccia, LH-Roxin (n. 95), pp. 118 ("ilícito de mera transgresión"), y especialmente p. 137: "bienes cuya tutela se anticip(a) al momento de creación del peligro abstracto, exaltando el desvalor de acto en detrimento del desvalor de resultado y dando vida, a fin de cuentas, a ilícitos de mera desobediencia".

¹⁴³ Véase, en este sentido, Silva Sánchez, La expansión (n. 19), pp. 127 y especialmente pp. 132 s.; véase también en el mismo sentido Roxin AT I, 4ª ed., 2006, § 2 nm. 82, p. 39.

¹⁴⁴ Véase Hassemer, NStZ, 1989, pp. 553, 556 ss. = Pena y Estado, nº 1, 1991, pp. 23 ss., 30 ss.; el mismo, ZRP, 1992, p. = ADPCP, 1992, p. 244; el mismo, StV, 1995, p. 486; Hassemer/Muñoz Conde, La responsabilidad (n. 13), p. 33; Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit (n. 29), pp. 59 ss., 68 ss.; Prittowitz, Strafrecht und Risiko (n. 29), pp. 255 ss., 365; Appel, Verfassung und Strafe, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, pp. 35 s., 356; Stächelín, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, pp. 128, 240; Cancio Meliá, en Jakobs/Cancio, Conferencias sobre temas penales, Universidad Nacional del Litoral, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, s.f., pp. 125 ss.; Sánchez García, El moderno derecho penal (n. 14), pp. 96 ss.; Blanca Mendoza, El Derecho penal (n. 14), pp. 53 ss., 157 s., 160 s.; Silva Sánchez, La expansión (n. 19), pp. 50, 51 s.

ciales a toda ley penal, y en principio son legítimos¹⁴⁵, pero tendrían ya una valoración negativa cuando su producción es la única finalidad real de la ley penal, o bien cuando *predominan* de modo relevante sobre los instrumentales¹⁴⁶. Este será el caso respecto a las leyes penales cuando se de una "oposición entre 'realidad' y 'apariencia', entre (lo) 'manifiesto' y (lo) 'latente'" y, en definitiva, un "engaño", en el sentido de que aquéllas ni cumplen ni pueden cumplir sus funciones instrumentales manifiestas de protección¹⁴⁷ o, con palabras de *Silva Sánchez*, cuando el fin calculado sea "la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido"¹⁴⁸. El Derecho penal moderno carecería en general de la capacidad instrumental de prestar *eficazmente* la seguridad demandada al Estado¹⁴⁹, pero el legislador recurre al Derecho penal y crea nuevos tipos penales¹⁵⁰ con el único fin de 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 con el fin pedagógico o educativo —*exclusivamente simbólico*— de que la población adquiera conciencia de la necesidad de respetar determinados valores, el estándar o el buen orden de determinados sectores de actividad, etc¹⁵¹.

¹⁴⁵ Véase, por ejemplo, Hassemer, NStZ, 1989, p. 554 s. = Pena y Estado, nº 1, 1991, pp. 27 s.; Cancio Meliá, en Jakobs/Cancio (n. 144), p. 125. Sobre la inherencia de lo simbólico al Derecho penal, véase Díez Ripollés, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, p. 109.

¹⁴⁶ Véase una síntesis de la opinión generalizada al respecto en Díez Ripollés, en *Modernas tendencias* (n. 140), p. 122.

¹⁴⁷ Véase, Hassemer, NStZ, 1989, p. 555 (= Pena y Estado, nº 1, 1991, pp. 28.), con más referencias

¹⁴⁸ Véase *Silva Sánchez*, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1992, p. 305; haciendo suya la frase de *Silva*, en el mismo sentido Cancio Meliá, en Jakobs/Cancio (n. 144), pp. 125 s., y p. 127.

¹⁴⁹ Véase, por ejemplo, Prittowitz, *Strafrecht und Risiko* (n. 29), pp. 242 ss.

¹⁵⁰ Que según Cancio Meliá (en Jakobs/Cancio (n. 144), pp. 127 ss.) devienen incluso de imposible aplicación.

¹⁵¹ Véase, por ejemplo, sólo Hassemer, NStZ, 1989, pp. 556, 558 s. (= Pena y Estado, nº 1, 1991, pp. 30, 34 ss.; Hassemer, ZRP, 1992, p. (= ADPCP, 1992, p. 240) y Hassemer/Muñoz Conde, *La responsabilidad* (n. 13), p. 25.

5. Para la crítica, el principio del bien jurídico habría invertido completamente de su valor¹⁵². En la tradición liberal aquél habría cumplido la doble función crítica de vetar la criminalización de comportamientos sin relación con bienes jurídicos y de despenalización de otros por la misma razón¹⁵³, mientras que en el Derecho penal moderno desempeñaría una función opuesta de sentido *criminalizador*¹⁵⁴. Esta amenaza para las garantías del Estado de Derecho¹⁵⁵, lleva al discurso crítico a proponer un desplazamiento de todos los ilícitos modernos a otros sectores jurídicos¹⁵⁶. En Alemania, *Hassemer* postula la creación, para los ilícitos modernos, de un nuevo ordenamiento que denomina como *Derecho de intervención*¹⁵⁷, pero hasta el presente no ha desarrollado ni definido sus reglas e instituciones¹⁵⁸. En España *Silva Sánchez* ha

¹⁵² Así *Hassemer*, ZRP, 1992, p. 381 (= ADPCP, 1992, p. 243); *Hassemer/Muñoz Conde*, La responsabilidad (n. 13), p. 31; *Blanca Mendoza*, El Derecho penal (n. 14), p. 96.

¹⁵³ Véase, por ejemplo, *Hassemer*, en *Philipps/Scholler* (n. 27), pp. 86 s.; *Hirsch*, en *Modernas tendencias* (n. 27), p. 373.

¹⁵⁴ Véase *Hassemer*, en *Philipps/Scholler* (n. 27), pp. 86 s.; el mismo, ZRP, 1992, p. (= ADPCP, 1992, p. 239); *Hassemer/Muñoz Conde*, La responsabilidad (n. 13), pp. 22 ss.; *Prittowitz*, Strafrecht und Risiko (n. 29), pp. 174 s.; *Blanca Mendoza*, El Derecho penal (n. 14), pp. 76 s., 169; *Silva Sánchez*, La expansión (n. 19), p. 122; *Moccia*, LH-Roxin (n. 95), pp. 114 s.

¹⁵⁵ Véase como significativo *Prittowitz*, Strafrecht und Risiko (n. 29), pp. 248 ss., donde diagnóstica "el potencial destructivo del Derecho penal (del control global) para el Derecho penal (relativo al Estado de Derecho liberal)".

¹⁵⁶ Véase *Zieschang*, Die Gefährdungsdelikte (n. 121), pp. 388 ss., 392 ss.; *Moccia*, LH-Roxin (n. 95), pp. 138, 139; *Blanca Mendoza*, El Derecho penal (n. 14), pp. 182 ss., todos ellos con más referencias doctrinales.

¹⁵⁷ *Hassemer*, ZRP, 1992, p. 383 (= ADPCP, 1992, pp. 248 s.); el mismo, StV, 1995, pp. 489 s.; el mismo, FS-Bemman, 1997, p. 188; *Hassemer/Muñoz Conde*, La responsabilidad (n. 13), pp. 41 ss., 43 ss.; 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 (n. 144), p. 156.

¹⁵⁸ Este Derecho de intervención se caracterizaría por proporcionar "un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del Derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos"; véase *Hassemer/Muñoz Conde*, La responsabilidad (n. 13), p. 46; además, *Hassemer*, StV, 1995, p. 49; *Hassemer*, FS-Bemman, 1997, p. 188, y ya en sentido similar, *Naucke*, Die Wechselwirkung (n. 88), pp. 35 ss.

propuesto la formación de un Derecho *penal de segunda velocidad*¹⁵⁹ para los ilícitos modernos 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 libertad¹⁶⁰.

V. El discurso de modernización del Derecho penal

1. Contra lo afirmado por el discurso de resistencia, el discurso de modernización, en paralelo a la dotación al Estado de Derecho de los contenidos *materiales* que le proporciona el Estado *social*, sólo plantea una adecuación del Derecho penal a las nuevas realidades sociales y a ésta concepción del Estado, pero para esto no se desvía para nada de —y ni siquiera flexibiliza¹⁶¹— los principios y garantías del Estado de Derecho¹⁶², sino que los profundiza, y como precisa *Bustos*, para realizarlos en toda su plenitud¹⁶³.

¹⁵⁹ 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 II.6) como un Derecho de medidas de seguridad para delinquentes imputables peligrosos, y para referirse al mismo utiliza la metáfora de la "tercera velocidad del Derecho penal"; véase Silva Sánchez, *loc. cit.*, pp. 163 ss.

¹⁶⁰ Véase Silva Sánchez, La expansión (n. 19), pp. 159 ss.

¹⁶¹ Contra lo que estiman algunos defensores en mayor o menor medida de la modernización, véase por ejemplo, Hilgendorf, *Strafrechtliche Produzentenhaftung* (n. 61), pp. 48 ss.; el mismo, *NStZ*, 1993, p. 14; el mismo, *GA*, 1997, p. 495; Kuhlen, *GA*, 1994, pp. 348 ss.; Kühne, *NJW*, 1997, p. 1954; el mismo, en Kühne/Miyazawa (n. 13), pp. 9 ss.; y en relación con las estructuras y principios jurídico penales que pudieran ser objeto de consenso en Europa como condición de posibilidad de una Parte General del Derecho penal europeo, Tiedemann, en Tiedemann (ed.), *Freiburg-Symposium* (n. 55), pp. 3 ss.

¹⁶² Por esto carece de todo fundamento, y me produce perplejidad, la duda expresada por Paredes Castañón (RDPC, nº 17, 2006, pp. 468 s.) acerca de si mi propuesta de modernización aceptaría una renuncia a las garantías del Estado de Derecho o su flexibilización; sobre mi clara e inequívoca posición favorable a las garantías, véase Gracia Martín, LH-Cerezo, 2002, p. 393; el mismo, *Prolegómenos* (n. 16), pp. 190 y 208; el mismo, *Modernización* (n. 16), pp. 124 s.; el mismo, LH-Vives Antón, 2009, p. 896 ss.; en el mismo sentido que en el texto, véase García-Pablos, *Introducción al Derecho penal*, 4ª ed., Ed. Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 225.

¹⁶³ Véase Bustos Ramírez, *Control social* (n. 35), pp. 18 s., 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

2. La modernización se considera 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)¹⁶⁴. Según *Bustos Ramírez*, 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 él¹⁶⁵, 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 garantizarla¹⁶⁶. *Gimbernat* enfatiza que “los conceptos fundamentales de la Parte General siguen siendo adecuados —aún más: irrenunciables— para tratar —y penetrar en— estas nuevas manifestaciones jurídicopenales”¹⁶⁷, pues “están plenamente en situación de asimilar esos nuevos fenómenos y de dar a los problemas que generan

jurídicos, de subsidiariedad y de ultima ratio; véase Schünemann, en Kühne/Miyazawa (n. 13), pp. 34 s. = Temas actuales, p. 68, donde insiste en que la solución del Derecho penal moderno sea “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”; el mismo, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 12), pp. 141 s. y 142 s = La teoría del bien jurídico, pp. 207 s. y 209 s.; el mismo, en von Hirsch/Seelmann/Wohlers (n. 86), pp. 21 ss.; y en el mismo sentido Gracia Martín, LH-Vives Antón, 2009, pp. 896 ss.

¹⁶⁴ Así ya Bustos Ramírez, Control social (n. 35), 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 s., 208 ss.; el mismo, LH-Vives Antón, 2009, pp. 896 ss.; Martínez-Buján, LH-Cerezo, 2002, pp. 430 s.; García-Pablos, Introducción (n. 162), p. 225; y en la doctrina alemana claramente Schünemann, en Kühne/Miyazawa (n. 13), 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”.

¹⁶⁵ Véase Bustos Ramírez, Control social (n. 35), p. 190.

¹⁶⁶ Véase Bustos Ramírez, Control social (n. 35), pp. 184 ss. y 195 ss.; y en el mismo sentido, Gracia Martín, LH-Vives Antón, 2009, pp. 905 ss.; Portilla Contreras, CPC nº 39, 1989, pp. 740 y 745 ss.; Terradillos Basoco, RFDUCM nº 63, 1981, pp. 125 ss.; Corcoy Bidasolo, Delitos de peligro (n. 35), pp. 193 s.; Soto Navarro, La protección penal (n. 35), pp. 233 y 244; García-Pablos, Introducción (n. 162), pp. 224 s.; en la doctrina alemana, Schünemann, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 12), pp. 137 s. y 141 = La teoría del bien jurídico, pp. 203 y 208 y Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter (n. 35), pp. 76 ss. y 116 ss.

¹⁶⁷ Véase Gimbernat, en Modernas tendencias (n. 162), pp. 356.

soluciones conformes con la justicia y con la seguridad jurídica¹⁶⁸. *Romeo Casabona* 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 Derecho¹⁶⁹. Según *Schünemann*, 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 resultado¹⁷⁰, respecto de los cuales es paradigmática la dificultad de realización del principio de legalidad¹⁷¹, y según *Tiedemann* su legitimidad no puede ser cuestionada desde el punto de vista de los límites de la punibilidad, especialmente desde los de proporcionalidad y *ultima ratio*¹⁷². Y por si no fueran ya suficientemente concluyentes los argumentos de *Kuhlen* en favor de la legitimidad de los “delitos acumulativos”¹⁷³, *Hefendehl* 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 responsabilidad¹⁷⁴.

3. 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 ignorada o tolerada casi en su totalidad e incluso favorecida por el Derecho penal liberal. Por ello, la tarea funda-

¹⁶⁸ Véase Gimbernat, en *Modernas tendencias* (n. 162), p. 370.

¹⁶⁹ Véase *Romeo Casabona*, en *Modernas tendencias* (n. 70), pp. 104 s.

¹⁷⁰ Véase *Schünemann*, GA, 1995, p. 214 = ADPCP, 1996, p. 201.

¹⁷¹ Véase, por ejemplo, *Cerezo Mir PG I*, 6ª ed., 2004, p. 207.

¹⁷² Véase *Tiedemann*, *Wirtschaftsstrafrecht EuAT* (n. 35), p. 31 núm 60 y el mismo, *Poder económico y delito* (n. 34), pp. 33 s.; y también, *Lagodny*, *Strafrecht* (n. 121), pp. 482 ss.; *Appel*, *Verfassung und Strafe* (n. 144), pp. 573 s.; *Schünemann*, GA 1995, p. 214 = ADPCP 1996, p. 201 y en *Cuestiones actuales* (n. 170), p. 21.

¹⁷³ Cfr. *Kuhlen*, *ZStW* 105 (1993), pp. 711 ss., 720 ss.; ya antes en GA, 1986, pp. 399 ss., 402 ss. En contra *Silva Sánchez*, *La expansión* (n. 17), pp. 131 ss., pero su crítica, a mi juicio, no es convincente.

¹⁷⁴ Véase *Hefendehl*, *Kollektive Rechtsgüter* (n. 35), pp. 189 s. y 306 ss. y el mismo, GA, 2002, p. 27.

mental del discurso de modernización 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 Derecho¹⁷⁵.

4. Según *Silva Sánchez*, 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*¹⁷⁶, pero esto no es convincente¹⁷⁷. En su mayor parte, los hechos que pena y debe penar el Derecho penal moderno se inscriben de hecho en el sistema de acción social de las clases poderosas¹⁷⁸. Así lo confirma el concepto de criminalidad económica que remite a la definición del delito económico (“de cuello blanco”) como el cometido “por una persona respetable y de elevado *status* social, en el marco de su profesión”¹⁷⁹, dada por *Sutherland* a partir de la verificación de que el comportamiento delictivo se practica por igual en todas las clases sociales, y de que la clase poderosa está “especializada” en tipos de criminalidad específica en los ámbitos de la economía y de los negocios¹⁸⁰. En un modo típico-ideal,

¹⁷⁵ Véase Gracia Martín, *Prolegómenos* (n. 16), pp. 189 ss.; Schünemann, en Kühne/Miyazawa (n. 13), pp. 16 ss., 19 ss. = *Temas actuales*, pp. 50 ss., 19 ss., implícitamente Terradillos, *RFDUCM*, n.º 63, 1981, pp. 140 s.; Bustos, *Control social* (n. 35), pp. 202 s. y García-Pablos, *Introducción* (n. 162), p. 225.

¹⁷⁶ Véase *Silva Sánchez*, *La expansión* (n. 19), pp. 157 s.

¹⁷⁷ En este sentido cfr. Lüdersen, *Abschaffen des Strafers?*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1995, p. 11, y, aceptando y reforzando la opinión de éste con otra de Schünemann, también Roxin *AT I*, 4ª ed., 2006, p. 37 núm. 73.

¹⁷⁸ Véase, por ejemplo, Tiedemann, *Poder económico* (n. 34), pp. 10 s.; Eisenberg, *Kriminologie*, 6ª ed. (n. 34), pp. 964 s. nm. 58 ss.

¹⁷⁹ Como indicaron Bajo/Suárez (en Bajo/Pérez Manzano/Suárez, *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 569 núm. 28) la usual definición criminológica “no es más que la adaptación a la delincuencia económica de la definición que *Sutherland* en 1939 refirió a la delincuencia de cuello blanco”.

¹⁸⁰ Véase Tiedemann, *Poder económico* (n. 34), pp. 10 ss.; Eisenberg, *Kriminologie*, 6ª ed. (n. 34), pp. 52 s. nm. 66 ss.; Bajo/S. Bacigalupo, *Derecho penal* (n. 84), pp. 27 s. Véase ya 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, p. 14.

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*¹⁸¹ o individual pero en masa¹⁸².

VI. 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 alemanes¹⁸³. 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*

¹⁸¹ Como observa 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”.

¹⁸² Eisenberg, *Kriminologie*, 6ª ed. (n. 34), pp. 732 s. nm. 1 ss. y 4.

¹⁸³ Así García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 1985, pp. 52 s.

facit legem), el ejercicio de todo poder y actividad del Estado de Derecho se encuentran sujetos al Derecho y limitados por éste (*non voluntas, sed ratio facit legem*)¹⁸⁴. Estos límites fijados por el Derecho tornan ilegítimo a todo ejercicio del poder estatal que los sobrepasen 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 idea política ilustrada del “objeto” del delito¹⁸⁵, y hoy reconocido como garantía fundamental del Estado de Derecho¹⁸⁶. 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 penal¹⁸⁷. 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 legislador¹⁸⁸. 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*¹⁸⁹. 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.

¹⁸⁴ Véase García Pelayo, *Las transformaciones del Estado* (n. 183), p. 52.

¹⁸⁵ Sobre ello Amelung, *Rechtsgüterschutz* (n. 6), pp. 20 s.

¹⁸⁶ Sobre el concepto material de delito como baremo de legitimidad de las leyes penales controlable por el Tribunal Constitucional, Schönemann, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 12), pp. 141 y 142 ss. = *La teoría del bien jurídico*, pp. 207 s. y 209 ss.

¹⁸⁷ Véase sólo Roxin AT I, 4ª ed., 2006, pp. 13 nm. 1.

¹⁸⁸ Véase por ejemplo sólo Roxin AT I, 4ª ed., 2006, pp. 13 nm. 1.

¹⁸⁹ Así Schönemann, como en *supra* nota 163.

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 “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 lleguen a conclusiones antagónicas sobre esto¹⁹⁰. 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*¹⁹¹. 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*¹⁹², que puede

¹⁹⁰ Así ya Gracia Martín, Prolegómenos (n. 16), pp. 164 ss.

¹⁹¹ De conformidad mutatis mutandis con la tesis sobre la justicia de los juicios y emociones opuestos de Franz Brentano, El origen del conocimiento moral, trad. de Manuel García Morente y Estudio preliminar de Juan Miguel Palacios, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, p. 23 s. n° 21 y p. 24 n° 22.

¹⁹² Como ya he hecho en Gracia Martín, Prolegómenos (n. 16), pp. 167 ss.

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 enunciados¹⁹³. Ahora bien, de acuerdo con la explicación *nietscheniana*, ningún discurso es producto de ninguna evolución natural ni como continuidad de algún supuesto “origen” (*Ursprung*), sino que lo es, más bien, de alguna “invención” (*Erfindung*), motivada a menudo por oscuras relaciones de poder, que dio lugar a una *ruptura* histórica¹⁹⁴. 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 discurso¹⁹⁵. 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 validez¹⁹⁶. 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”¹⁹⁷. Por esto, el discurso que se constituye e impone es siempre

¹⁹³ 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).

¹⁹⁴ Véase Nietzsche, *Die fröhliche Wissenschaft*, edición Insel Taschenbuch, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1982, n° 99 (pp. 112 ss.), n° 151 (p. 151), n° 353 (pp. 234 s.), y cfr. Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1980, pp. 20 ss.

¹⁹⁵ 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* 2ª ed., Tusquets Editores, Barcelona, 1980, pp. 43 ss.

¹⁹⁶ Véase Foucault, *Les mots et les choses* (n. 195), p. 13; *L'archéologie du savoir* (n. 193), p. 39; y, sobre todo, *El orden del discurso* (n. 195), pp. 44 s.

¹⁹⁷ Véase Foucault, *El orden del discurso* (n. 195), p. 12.

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 vencidos¹⁹⁸ 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”¹⁹⁹.

VII. 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 función²⁰⁰. El discurso de resistencia propugna así una “retirada” al modelo político-

¹⁹⁸ Véase Gracia Martín, *Prolegómenos* (n. 16), pp. 167 ss. Foucault (*El orden del discurso* (n. 195), 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.

¹⁹⁹ Véase Foucault, *La verdad y las formas jurídicas* (n. 194), p. 124.

²⁰⁰ Así, por ejemplo, Hassemer, en *Philipps/Scholler* (n. 27), 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.

criminal de los siglos XVIII y XIX²⁰¹. Si la sociedad y el de Estado de Derecho fueran los *liberales* de esa época, entonces aquel modelo penal reivindicado por el discurso de resistencia sería plenamente válido. Pero esto hoy ya no es así²⁰². 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 *substanciales* —que aquel sólo reconoció de modo formal o nominal— que sólo puede llevar a cabo un nuevo Estado de carácter *social y democrático*²⁰³. 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 formal²⁰⁴. Y puesto que el Derecho penal tiene que seguir el camino trazado por la evolución de la sociedad y del Estado²⁰⁵, el discurso de resistencia ya no puede pretender hoy validez

²⁰¹ 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”.

²⁰² En este sentido Bustos Ramírez, Control social (n. 35), pp. 186 s.: “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. 63), pp. 28 ss.

²⁰³ Véase sólo García Pelayo, Las transformaciones del Estado (n. 183), pp. 19 s. y sobre todo pp. 26 s., 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).

²⁰⁴ Véase Bustos Ramírez, Control social (n. 35), p. 184 y en general infra nota 248.

²⁰⁵ Véase Cerezo Mir, PG I, 6ª 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

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”²⁰⁶.

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 privada²⁰⁷, 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 Estado el fin esencial de su defensa²⁰⁸. El discurso liberal se articuló con los enunciados victoriosos de *Locke*, *excluyó* a los rousseaunianos²⁰⁹, ha abortado todo intento posterior de recuperación de éstos²¹⁰, y así ha garantizado absolutamente el despliegue de la libre existencia de la burguesía²¹¹. La

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*, 2ª 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*.

²⁰⁶ Véase *García-Pablos*, Introducción (n. 162), pp. 224 y 225, y en sentido parecido Bustos Ramírez, *Control social* (n. 35), p. 186.

²⁰⁷ Como observa M^a José Villaverde, *Estudio preliminar a Rousseau, El contrato social o principios de derecho político*, 4ª 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, 4ª ed. [1998], Ed. Tecnos, Madrid, 2001 (reimpresión), pp. 161 s.

²⁰⁸ Véase *Locke, Segundo Tratado sobre el Gobierno civil*, trad., prólogo y notas de Carlos Mellizo, Alianza Editorial (1990), Madrid, reimpr. de 1998, pp. 74 nº 50, 133 s. nº 123, 134 nº 124, 136 s. nº 131, y además pp. 146 ss. nº 138-139.

²⁰⁹ Véase M^a José Villaverde, *Estudio preliminar* (n. 169), pp. X-XI.

²¹⁰ Véase M^a José Villaverde, *Estudio preliminar* (n. 169), pp. XX-XXI.

²¹¹ M^a José Villaverde, *Estudio preliminar* (n. 169), pp. XVII-XVIII: “Es Locke, y no Rousseau, quien logra la cuadratura del círculo”, pues “legitima ... 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”. Pérez del Valle (CPC nº 84, 2004, pp. 153 s.) opone que para Locke, la propiedad no es más que una denominación general que

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 sociedad²¹², es decir: “el libre despliegue de la existencia burguesa”²¹³. El Estado deriva ahora sólo de un contrato²¹⁴ 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 contrato²¹⁵ 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*)²¹⁶. Ahora bien, condiciones del contrato son *exclusivamente* aquéllas por las que los hombres se unieron en sociedad²¹⁷, y éstas no son otras que los

comprende “la vida, la libertad y la hacienda del hombre”, pero esto no puede invalidar la interpretación que aquí se sostiene, pues como el mismo Pérez del Valle reconoce (p. 154) —y esto es lo decisivo— la propiedad en aquel sentido amplio es para Locke un derecho “anterior” al contrato y al Estado, y protegido por éste, que comprende también a la “hacienda” del hombre.

²¹² Véase García Pelayo, *Las transformaciones del Estado* (n. 183), pp. 21 s., 52 s.

²¹³ Véase García Pelayo, *Las transformaciones del Estado* (n. 183), pp. 52 s.

²¹⁴ Y no de alguna autoridad divina, como ya había anticipado el Derecho Natural de la Razón, cfr. *supra* I.2, y nota 10.

²¹⁵ 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. 183), p. 22.

²¹⁶ 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 Griebe, 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”.

²¹⁷ Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Caps. 1 y 2.

derechos (o bienes) individuales “anteriores” (naturales) a ella y al Estado²¹⁸, o sea las condiciones de posibilidad del “libre despliegue de la existencia burguesa”²¹⁹. 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*²²⁰ que no pueden consistir en privación de libertad²²¹. 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 policía²²².

3. Ahora bien, no puede ignorarse que todo discurso despliega una *doble positividad operativa*: define sus *objetos* y las condiciones de validez de los *enunciados* sobre ellos, y a la vez invalida y *excluye* de él —y esto es tan importante o *más*— a otros enunciados y a sus objetos correspondientes²²³. Como en aquel momento el poder había pasado a manos de la

²¹⁸ 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). No obstante, también se incluyen los derechos subjetivos del Estado como “persona jurídica”; véase Amelung, Rechtsgüterschutz (n. 6), p. 34.

²¹⁹ Véase, en general, García Pelayo, Las transformaciones del Estado (n. 183), 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.

²²⁰ Véase Amelung, Rechtsgüterschutz (n. 6), p. 26.

²²¹ Véase Globig/Huster, Abhandlungen von der Criminalgesetzgebung, reimpression de la edición de Zurich de 1783, de Verlag Sauer/Auvermann KG, Frankfurt/Main, 1969, p. 240 (“la policía no puede nunca llegar a privar de libertad al culpable”) y Hommel, Philosophische Gedanke über das Criminalrecht, Beslau, 1784, p. 148 § 72 (“los delitos de policía no son verdaderos delitos, ni las penas policiales verdaderas penas”).

²²² Así Feuerbach, Lehrbuch, 13. ed., Giessen, 1.840, § 22.

²²³ Sobre ello supra VI.4, y en relación con la definición de hechos delictivos, véase ya Dorado Montero, Bases (n. 179), §§ 12, 18, 19.

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 *excluyó* a la vez a los relacionados con el sistema de acción social de las clases poderosas²²⁴. 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 base²²⁵. 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

²²⁴ Pues como observa *García Pelayo* (Las transformaciones del Estado (n. 183), 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 s., (“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. 179), § 19, pp. 22 s. (“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. 194), 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. 180], pp. 280 s., 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” (p. 280 s.); *Bustos Ramírez*, *Control social* (n. 35), 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. 13), pp. 16, 19 ss., y 21 = *Temas actuales*, pp. 50, 53 ss. y 55.

²²⁵ Sobre los engaños persuasivos del poder como constante histórica, *García Pelayo*, *Las transformaciones del Estado* (n. 183), 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. 87), p. 65.

“adversario de los valores burgueses clásicos”²²⁶. 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 escasa²²⁷; *de exclusión* de sus propias acciones socialmente dañosas del discurso de criminalidad²²⁸; y *de expansión* de su libertad real, pues la exclusión de su criminalidad del discurso, les ha garantizado una “libertad de acción” prácticamente ilimitada²²⁹. 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 económicas²³⁰. 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 —de por sí ya escasa o superescasa— libertad material (y de bienestar) de las clases dominadas, pues toda expansión de la libertad de una clase sólo es

²²⁶ Véase García Pelayo, *Las transformaciones del Estado* (n. 183), p. 27.

²²⁷ El exponente es la sobreprotección penal de la propiedad, así Schünemann, GA 1995, p. 207 = ADPCP 1996, p. 194; el mismo, en Kühne/Miyazawa (n. 13), pp. 20 s. = *Temas actuales*, pp. 53 s.; el mismo, *Presentación de mis “Prolegómenos”* (n. 16), p. 15; Bustos Ramírez, *Control social* (n. 35), pp. 153 s.; y como derivado de ello, la sobreprotección también de la economía de mercado, así Terradillos Basoco, RFDUCM, nº 63, 1981, pp. 142 s.

²²⁸ Véase Dorado Montero, *Bases* (n. 179), § 19, p. 23; Foucault, *La verdad y las formas jurídicas* (n. 194), p. 106; Bustos Ramírez, *Control social* (n. 35), pp. 17 y 20 (“las leyes penales son expresión del poder de una clase y, por tanto, no pueden recaer sobre ella” (p. 17)

²²⁹ 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. 13), 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.

²³⁰ Recuérdese 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. 13), pp. 20 s. = *Temas actuales*, pp. 53 s.

imaginable a costa de la correspondiente contracción de la libertad de las otras²³¹.

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 moderno²³², 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 moneda o la fe pública respectivamente²³³, 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)²³⁴. 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*²³⁵, 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

²³¹ Véase también Terradillos Basoco, RFDUCM, nº 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, 2ª ed., p. 9, esto lesiona el principio de igualdad que no sólo “ante la ley, sino también en la ley”.

²³² Así Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter (n. 35), p. 217.

²³³ Véase Hirsch, en Modernas tendencias (n. 27), p. 375 y Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter (n. 35), p. 215.

²³⁴ Véase Birnbaum, AdC-Neue Folge, 1834, pp. 174, 177 y 178. Sobre ello han llamado la atención Hirsch, en Modernas tendencias (n. 27), p. 375 y nota 23, Schönemann, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlens (n. 12), p. 140 = La teoría del bien jurídico, p. 206; y Amelung, Rechtsgüterschutz (n. 6), pp. 44 s.

²³⁵ Véase Mayo Calderón, La tutela (n. 87), p. 44.

illicitud 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”²³⁶ 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”²³⁷. Una distribución así de la *illicitud* llegó a su cumbre con la teoría iusnaturalista del *Derecho penal administrativo* de fines del siglo XIX y principios del XX²³⁸, pero por imperativo de la igualdad y, en definitiva, de la justicia²³⁹ 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,

²³⁶ Véase Foucault, *Surveiller et punir* (n. 180), p. 287.

²³⁷ Véase Foucault, *Surveiller et punir* (n. 180), p. 89. Cfr. además supra la cita de nota 225.

²³⁸ Sus raíces se encuentran en Feuerbach (supra nota 223); véase Mattes, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten I*, Duncker&Humblot, Berlin, 1977, pp. 105 ss., 109 ss., y su desarrollo más depurado se debe especialmente a Goldschmidt, *Das Verwaltungsstrafrecht*, reimpr. de la ed. de Berlin (1902), de Scientia Verlag, Aalen, 1969, pp. 529 ss., quien basa la distinción entre Derecho penal 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, 6ª 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, 6ª ed., 2004, pp. 54 ss.

²³⁹ Así Schünemann, GA 1995, p. = ADPCP 1996, p. y en Kühne/Miyazawa (n. 13), p. 21 = Temas actuales, p. 55.

en el mejor de los casos, obsoleta del contrato social y del fin del Estado²⁴⁰.

VIII. 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 liberal²⁴¹ que hoy, lamentablemente, potencia a escala planetaria el proceso de la globalización económica neoliberal²⁴². 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 Estado²⁴³ pero que hoy ya no se dan más²⁴⁴. Por esto, debería parecer también obvio que hoy la

²⁴⁰ Sobre la concepción del contrato social de Hassemer, véase Hassemer/Muñoz Conde [n. 12], pp. 19 ss. y Hassemer, ZRP, 1992, p. 379 = ADPCP, 1992, p. 237. Sobre las arbitrariedades e inexactitudes en que incurre Hassemer, Schünemann, como supra en nota 13.

²⁴¹ Sobre todo ello, véase ahora sólo García Pelayo, Las transformaciones del Estado (n. 183), pp. 13-82 passim.

²⁴² Véase ahora sólo Gracia Martín, en Romeo Casabona (n. 63), pp. 28 ss., con numerosas referencias.

²⁴³ 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 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. 193), p. 32 (el texto no entrecomillado es completamente mío).

²⁴⁴ 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

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*²⁴⁵. Desde luego las garantías conservan en éste sus elementos liberales *formales*²⁴⁶, 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 sociales²⁴⁷ y que, sólo por esto, ya es *mucho más* Estado de Derecho que el liberal²⁴⁸. Por ello, el discurso de

del siglo XIX entre la sociedad y el Estado nacionales; véase Gracia Martín, en Romeo Casabona (n. 63), pp. 28 ss., donde sostengo.

²⁴⁵ Véase Gracia Martín, Prolegómenos (n. 16), pp. 199 s. y especialmente pp. 208 ss.

²⁴⁶ Pues con el concepto de 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 en este sentido, por ejemplo, Böckenförde, en FS-Arndt, Frankfurt a. M., 1969, pp. 66 ss.; Benda, en Manual de Derecho constitucional, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2001, p. 490 nm. 6; García Pelayo, Las transformaciones sociales (n. 183), pp. 18 ss. y Elías Díaz, Estado de Derecho y sociedad democrática, 8ª ed., Ed. Taurus, Madrid, reimpresión de 1986, pp. 83 ss.

²⁴⁷ Así Bustos Ramírez, Control social (n. 35), pp. 18 s., 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. 183), pp. 26 s.), 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"

²⁴⁸ En este sentido véase, por ejemplo, Böckenförde, en FS-Arndt, Frankfurt a. M., 1969, pp. 66 ss., 72; Hesse, en Forsthooff (ed.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Wissenschaftliches Buchgesellschaft, Darmstadt, 1968, pp. 560 ss. 562; Merkl, en FS-Kelsen, Deuticke, Wien, 1971, p. 126; Hartwich, *Sozialstaatspostulat und gesellschaftliche status quo*, Westdeutsche Verlag, Opladen, Köln, 1970, pp. 344 ss.; Stern, *Das Staatsrecht*

resistencia es contrario 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 dañinidad 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 privada²⁴⁹.

2. En sentido *formal*, bien jurídico es “todo bien, situación o relación deseados y protegidos por el Derecho”²⁵⁰. En sentido *material*, sin embargo, no parece posible aprehenderlo en la forma de un “concepto” clasificatorio²⁵¹, sino sólo en la de un “tipo” o *directriz normativa*²⁵². 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”²⁵³. El bien

der Bundesrepublik Deutschland, t. 1, 2ª ed., 1984, p. 781; Benda, en Manual, 2ª ed. (n. 247), p. 490 nm. 7, y p. 526 nm. 91 s.; Lucas Verdu, Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho, Acta Salmanticensia, Salamanca, 1955, p. 70; Elías Díaz, Estado de Derecho (n. 247), pp. 33, 83 ss.; y García Pelayo, Las transformaciones del Estado (n. 183), pp. 16 s., 51 ss.

²⁴⁹ Al respecto Infra 8 y nota 332.

²⁵⁰ Así Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., 1969, pp. 4 s.; Cerezo Mir PG I, 6ª 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.

²⁵¹ Así con razón Stratenwerth, FS-Lenckner, 1998, pp. 388 ss. y Stratenwerth/Kuhlen AT I, 5ª ed., 2004, p. 29 nm. 7; Schönemann, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 12), pp. 135 ss. = La teoría del bien jurídico, pp. 200 ss.; también Roxin AT I, 3ª ed., 1997, pp. 29 s. nm. 48, y AT I, 4ª ed., 2006, § 2 nm. 3, p. 14, y además § 2 nm. 120, p. 53; Portilla Contreras, CPC nº 39, 1989, pp. 726 y 735; Alcácer Guirao, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Ed. Atelier, Barcelona, 2003, pp. 77 s.

²⁵² Como ha puesto de relieve Schönemann, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 12), p. 137 = La teoría del bien jurídico, pp. 202 s., con referencias al método en nota 20. En sentido similar Roxin AT I, 4ª ed., 2006, § 2 nm. 12, p. 18 y Alcácer Guirao, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? (n. 251), pp. 77 s. También Ferrajoli, Derecho y razón (n. 5), p. 471.

²⁵³ Véase Alcácer Guirao, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? (n. 251), p. 71, con cita de Papageorgiu; también Paredes Castañón, RDPC nº 11, 2003, pp. 95 ss. y especialmente pp. 107 ss., y Terradillos Basoco, RFDUCM, nº 63, 1981, p. 136.

jurídico no es ni un objeto de la realidad en cuanto tal²⁵⁴ ni un valor ideal²⁵⁵, sino una “composición” o síntesis entre un *substrato de la realidad* (objeto de valoración) y una determinada valoración de éste (valoración del objeto)²⁵⁶. El *substrato* es siempre una realidad con consistencia física o incorporal²⁵⁷, la *valoración* tiene que derivarse de las “directrices axiológicas” del programa ético-político fijado²⁵⁸, 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-político²⁵⁹. 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”²⁶⁰. Por esto, los bienes jurídicos tienen que comprenderse

²⁵⁴ Véase, por ejemplo, Mir Puig, PG, 8ª ed., 2008, p. 162 nm. 40.

²⁵⁵ Véase, por ejemplo, Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter (n. 35), pp. 28 ss. con numerosas referencias; Amelung, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 12), pp. 173 s.; ahora también Roxin AT I, 4ª ed., 2006, § 2 nm. 66 y 67, p. 34; Terradillos Basoco, RFDUCM, nº 63, 1981, pp. 126 y 132 s.; Soto Navarro, La protección penal (n. 35), pp. 284 ss.

²⁵⁶ Así Amelung, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 12), pp. 155 ss., 164 ss.; Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter (n. 35), pp. 31 ss.; Mir Puig, PG, 8ª ed., 2008, pp. 162 s.; 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. 251), pp. 72 s.; Soto Navarro, La protección penal (n. 35), pp. 290 ss.

²⁵⁷ 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. 251), pp. 72 s. y en sentido similar Díez Ripollés, JD, nº 30, noviembre de 1997, pp. 17 s. Sobre la relación entre bien jurídico y substrato, véase Gracia Martín, La infracción (n. 35), pp. y Schulenburg, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 12), pp. 247 ss., 250 ss. Sobre el substrato de los bienes jurídicos, véase Cerezo (PG I, 6ª ed., 2004, p. 14).

²⁵⁸ Véase Alcacer Guirao, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? (n. 251), pp. 71 s. 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 Ramírez, Control social (n. 35), p. 28 y Terradillos Basoco, RFDUCM, nº 63, 1981, pp. 136 ss., 141 ss.

²⁵⁹ Véase en este sentido, por ejemplo, Bustos Ramírez, Control social (n. 35), pp. para el caso de los bienes jurídicos colectivos.

²⁶⁰ Sobre los bienes jurídicos como “potenciales de realización”, Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter (n. 35), pp. 80 ss., y sobre los bienes jurídicos como instrumentos que

y explicarse como instrumentos *dinámicos y funcionales*²⁶¹, 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*”²⁶². La necesidad de reconocer bienes jurídicos es consecuencia de la *escasez* de los substratos con potencial de realización, y de que éstos son susceptibles de usos sólo *alternativos* y, en la mayor parte de los casos, *excluyentes*²⁶³. 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 distintos²⁶⁴, 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

proporcionan “posibilidades de acción”, Amelung, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 12), pp. 166 ss. = La teoría del bien jurídico, pp. 242 ss.

²⁶¹ Véase especialmente Rudolphi, FS-Honig, 1970, pp. 162 ss.; Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter (n. 35), pp. 80 s., con referencias; Terradillos Basoco, RFDUCM, nº 63, 1981, p. 139; Mayo Calderón, La tutela (n. 87), 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.

²⁶² Welzel, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, de Gruyter, Berlin/New York, 1975, p. 140 y Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., 1969, p. 5; Cerezo Mir PG I, 6ª ed., p. 15; Gracia Martín. Fundamentos de Dogmática penal (n. 250), pp. 215 ss.

²⁶³ 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. 250), pp. 216 ss. También han relacionado a los bienes jurídicos con la *escasez* Terradillos Basoco, RFDUCM, nº 63, 1981, p. 131, y Jakobs, Sociedad. Norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, p. 45.

²⁶⁴ En este sentido Welzel, en sus Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, de Gruyter, Berlin/New York, 1975, p. 140, para quien los bienes jurídicos están en función para “producir y soportar efectos en su contexto social”.

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 aquella —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 todos²⁶⁵. 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 legítimos²⁶⁶, de aquí tiene que resultar como obvio que, ante todo, las propiedades existenciales y vitales del individuo con potencial de realización de aquéllo tienen que ser reconocidas como bienes jurídicos²⁶⁷, 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

²⁶⁵ 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”.

²⁶⁶ Véase sólo Terradillos, RFDUCM, nº 63, 1981, pp. 136 ss.

²⁶⁷ 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. 205) p. 69)— constituyen un “núcleo casi inalterado” de todo orden legal de bienes jurídicos.

como la “suma” *configuradora* del “orden social” de la época²⁶⁸ 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 sistema²⁶⁹. Esto se explica en razón —entre otras— 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 del programa ético-político²⁷⁰ y que influyen en la jerarquización, al menos, abstracta de los bienes²⁷¹.

²⁶⁸ Así Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, pp. 4 s.; 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. 205), pp. 67 ss.; Cerezo Mir PG I, 6ª ed., 2004, p. 14; Gracia Martín. *Fundamentos de Dogmática penal* (n. 250), pp. 215 ss.

²⁶⁹ Véase Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, pp. 4 s.; Bustos Ramírez, *Control social* (n. 35), pp. 166 ss. Würtenberger, *Die geistige Situation* (n. 205), 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 s.). 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 s., 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. 87), pp. 76 ss., ésta última precisamente en el ámbito de las relaciones sistemáticas funcionales entre bienes jurídicos colectivos e individuales.

²⁷⁰ 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.

²⁷¹ 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. 35), pp. 120 s. y 220 s. y el mismo, en *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (n. 12), p. 125 = en *La teoría del bien jurídico*, pp. 187 s., quien apela a la “ley de la fuerza de los valores” de Nikolai Hartmann (*Ethik*, 4ª ed., 1962, p. 602). Sobre la jerarquización de los bienes jurídicos en general véase Würtenberger, *Die geistige Situation* (n. 205), pp. 68 s.

3. a) 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 individuo²⁷², 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 jurídicos²⁷³, pero también debe poder permitir sin necesidad de la mínima modificación²⁷⁴ la fundamentación y explicación como bienes jurídicos de los substratos colectivos 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.

b) 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 argumentativo 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 persona²⁷⁵, no resulta sin embargo “ningún principio del que se pueda deducir *more geométrico* cuándo un tipo penal o cuándo un bien jurídico

²⁷² Cfr. supra nota 267 y el texto al que corresponde. Sobre ello ha llamado la atención implícitamente Hirsch, en *Modernas tendencias* (n. 27), p. 381; véase también Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro* (n. 35), pp. 219 ss. y Soto Navarro, *La protección penal* (n. 35), p. 277.

²⁷³ Como muestra, véase Roxin AT I, 4ª 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”.

²⁷⁴ 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. 35), pp. 61-83.

²⁷⁵ Véase Arthur Kaufmann, en *Rechtstheorie*, 1986, pp. 268 ss., 275; le sigue Hassemer, en *Philipps/Scholler* (n. 27), p. 86.

que sirve de base a éste es o no es legítimo”²⁷⁶. 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 discusión²⁷⁷. 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”²⁷⁸. Conforme a la concepción crítica de *Bustos*²⁷⁹, el significado y la legitimidad de lo que se protege no surge del bien jurídico mismo, sino más bien de los *presu- puestos* 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 subyacentes²⁸⁰. Por esto, ninguna época puede tomar al sistema de bienes jurídicos válido en la anterior como uno

²⁷⁶ Así Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter* (n. 35), 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.

²⁷⁷ Véase *Bustos Ramírez*, *Control social* (n. 35), p. 27, donde rechaza “dar por sentada la inmutabilidad y eternidad de los objetos de protección del Derecho penal” (p. 28).

²⁷⁸ Así *Bustos Ramírez*, *Control social* (n. 35), p. 28.

²⁷⁹ 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. 250), pp. 224 ss., y posteriormente la ha asumido también mi discípula *Belén Mayo Calderón*, *La tutela* (n. 87), pp. 72 ss.

²⁸⁰ Sobre todo ello, expuesto aquí en apretada síntesis, *Bustos Ramírez*, *Control social* (n. 35), pp. 166 ss.; el mismo, *PG*, 3ª ed., pp. 54 s.; y extensamente, con profundo desarrollo de los detalles, *Hormazábal Malarée*, *Bien jurídico* (n. 95), 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”.

cerrado y válido también para ella, sino como uno abierto a las reconfiguración y reordenación que demande la realidad social y el horizonte del programa ético-político de su tiempo²⁸¹. 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 liberal²⁸²— tienen que proporcionar argumentos suficientemente válidos para el reconocimiento de la cualidad de bienes jurídicos a determinados substratos *colectivos* de la realidad social del presente²⁸³.

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 modernización²⁸⁴ 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 jurídico²⁸⁵. 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

²⁸¹ Así lo reconoce expresamente Würtenberger, *Die geistige Situation* (n. 205), pp. 68 s., 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 Hassemmer que precisamente el catálogo de bienes jurídicos colectivos tiene que ser uno abierto; véase Hirsch, en *Modernas tendencias* (n. 27), p. 375 con más referencias.

²⁸² Véase en este sentido García Pelayo, *Las transformaciones del Estado* (n. 183), p. 19.

²⁸³ 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.

²⁸⁴ De acuerdo con la definición de discurso asumida aquí, cfr. *supra* VI.3.

²⁸⁵ Matizo y aclaro así lo expresado por mí al respecto en Gracia Martín, *Prolegómenos* (n. 16), pp. 164 ss.

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 consumos 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 nula²⁸⁶. Pero si el programa ético-político garantiza posibilidades de autorrealización a todos por “igual”²⁸⁷, 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*

²⁸⁶ Cfr. la cita de García Pelayo en supra nota 225.

²⁸⁷ 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”).

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: puesto que determinados *usos y modos de adquisición* de la propiedad conllevan un despilfarro con tendencia al agotamiento de los recursos naturales y también a la catástrofe ecológica, 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*²⁸⁸. Los ejemplos podrían multiplicarse.

5. En mi opinión, el fundamento y la legitimidad de todos bien jurídico remiten al contrato social y al fin del Estado²⁸⁹. Ahora bien, el contrato social no puede ser entendido en el sentido *retrospectivo y conservador* que le dio el discurso iusnaturalista ilustrado victorioso²⁹⁰, 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 original²⁹¹. La finalidad primordial del contrato, de superar el

²⁸⁸ 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. 13), 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.

²⁸⁹ Así Schünemann, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlens (n. 12), pp. 137 s., 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. 251), pp. 94 ss.; el mismo, ADPCP, 1998, pp. 473 ss.; Gracia Martín, Fundamentos de Dogmática penal (n. 250), pp. 216 ss.; Mayo Calderón, La tutela (n. 87), pp. 70 ss., 79 ss.

²⁹⁰ Es decir, no puede entenderse en el sentido de Locke, cfr. supra VII.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.

²⁹¹ 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”

*bellum omnia contra omnes*²⁹², tiene que imponer un *primer compromiso* contractual de respeto de las condiciones de la existencia de todos en libertad²⁹³, incluyendo entre ellas 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 futuro²⁹⁴. 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 es el *desarrollo* y el *progreso* de todos y cada uno y de la especie y obliga a producir y fomentar condiciones 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 experimente en cada momento histórico. Este acuerdo impone al Estado obligaciones de no hacer nada que sea contrario al contrato, pero también de hacer legítimamente lo necesario para su ejecución y para la realización efectiva de sus fines²⁹⁵, 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 asociados²⁹⁶, como la solidaridad, el ambiente y los recursos naturales, y todos los objetos del tercer

aunque aquélla esté "típicamente marcada por un conflicto y, a la vez, por una identidad de intereses" (p. 470).

²⁹² Por ejemplo Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, de Gruyter, Berlin/New York, 1975, pp. 289 s.

²⁹³ En este sentido véase Amelung, *Rechtsgüterschutz* (n. 6), p. 19 y Zaffaroni, *Tratado I*, pp. 49 s.

²⁹⁴ En este sentido Schünemann, *FS-Triefferer*, 1996, pp. 441, y ya antes en *GA* 1995, p. 206 = *ADPCP* 1996, pp. 192 s.

²⁹⁵ Véase García Pelayo, *Las transformaciones del Estado* (n. 183), p. 56.

²⁹⁶ Así también Schünemann, en *Hefendehl/von Hirsch/Wohlens* (n. 12), pp. 141 s. = *La teoría del bien jurídico*, p. 208. También deriva a los bienes jurídicos colectivos del contrato social Mayo Calderón, *La tutela* (n. 87), pp. 69 ss.; de modo similar, Alcacer Guirao, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* (n. 251), pp. 96 s., y Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter* (n. 35), pp. 113 ss., 116 ss.

compromiso contractual²⁹⁷. Cuestión distinta, aún pendiente de resolver a pesar de las valiosas aportaciones doctrinales²⁹⁸, es la relativa a una determinación precisa de los bienes jurídicos colectivos²⁹⁹ que evite sobre todo caer en la falacia de presentar como tales a bienes jurídicos sólo *parentes*³⁰⁰.

6. La legitimidad de los bienes jurídicos colectivos³⁰¹ 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*³⁰². Este potencial de los substratos colectivos los hace “funcionales” para los bienes jurídicos individuales *en la realidad social*, en la medida en

²⁹⁷ Evidentemente, los instrumentos dados por la sociedad al Estado para el cumplimiento de sus fines —Administración pública, Administración de Justicia, Hacienda pública, etc.— son substratos de carácter asimismo colectivo (institucional) que merecen también la condición de bienes jurídicos; véase sobre el carácter colectivo de tales bienes, Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter* (n. 35), pp. 119 ss. y Soto Navarro, *La protección penal* (n. 35), pp. 244 ss. Por supuesto, también obtienen la cualidad de bienes jurídicos colectivos, en este caso de carácter “internacional”, determinados substratos pertenecientes pro indiviso al género humano, y a cuya conservación y desarrollo se extienden los compromisos estipulados por las distintas sociedades existentes en el mundo por medio de sus Estados; sobre estos bienes jurídicos (colectivos), véase Alicia Gil Gil, *Derecho penal internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pp. 28 ss.

²⁹⁸ Véase, además de los autores citados supra nota 6, Santana Vega, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, *passim*; Paredes, *RDPC* n° 11, 2003, pp. 128 ss. y *passim*; Portilla Contreras, *CPC* n° 39, 1989, pp. 736 ss.

²⁹⁹ Así con razón Bustos Ramírez, *Control social* (n. 35), pp. 195 s.; Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro* (n. 35), pp. 212 s.; Soto Navarro, *La protección penal* (n. 35), p. 192; Paredes Castañón, *RDPC* n° 11, 2003, p. 131; Mayo Calderón, *La tutela* (n. 87), pp. 37 s., 44 y Portilla Contreras, *CPC* n° 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.

³⁰⁰ 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. 35), pp. 37 ss.; Mayo Calderón, *La tutela* (n. 87), p. 38.

³⁰¹ Sobre los caracteres descriptivos de los bienes jurídicos colectivos (titularidad compartida, indisponibilidad, indivisibilidad, no-rivalidad en el consumo, no-exclusión en su uso, no desgaste, etc.), véase Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter* (n. 35), pp. 111 ss. y Soto Navarro, *La protección penal* (n. 35), pp. 194 ss.

³⁰² En este sentido Bustos Ramírez, *Control social* (n. 35), p. 190 y sobre todo p. 196.

que prestan a éstos utilidades³⁰³ con virtualidad de posibilitar el libre desarrollo personal y la satisfacción de necesidades e intereses legítimos³⁰⁴, y por esto tienen que ser pensados como *antepuestos* a los individuales, en el sentido de que los circundan y *complementan*³⁰⁵. 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 lo 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”³⁰⁶. Según esto, los bienes jurídicos colectivos tienen que desempeñar una doble función³⁰⁷. Una *negativa* —ligada al principio *neminem laedere*— 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 expan-

³⁰³ Así Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter* (n. 35), p. 60; asimismo Roxin AT, 4 ed., 2006, § 2 nm. 11, pp. 17 s.; Bustos Ramírez, *Control social* (n. 35), pp. 199 ss., 201 s.; el mismo, en *Pena y Estado*, n.º 1, 1991, pp. 102 s.; Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro* (n. 35), pp. 184 y 208; Soto Navarro, *La protección penal* (n. 35), p. 174; Mayo Calderón, *La tutela* (n. 87), pp. 66 s.; Alcacer Guirao, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* (n. 251), pp. 96 s. 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”.

³⁰⁴ 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. 35), p. 233, con más referencias de doctrina española en nota 11.

³⁰⁵ Así Bustos, *Control social* (n. 35) p. 198. Como describe Hefendehl (*Kollektive Rechtsgüter* (n. 35), pp. 116 s.), ciertos bienes jurídicos colectivos “flanquean de modo presente (o latente) y permanente la vida de los miembros de la sociedad”.

³⁰⁶ 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. 191), 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 s.

³⁰⁷ Estas dos funciones de los bienes jurídicos colectivos las apunté ya en Gracia Martín, AP n.º 10, 1994, pp. 210 s., y las ha aceptado Mayo Calderón, *La tutela* (n. 87), pp. 77 s.

sión 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 complementados³⁰⁸. 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 individuales³⁰⁹.

7. El reconocimiento y la protección de bienes jurídicos colectivos es una exigencia ético-social y ético-política³¹⁰ que deriva de —e imponen— los referentes axiológicos del contrato social y los fines del Estado *social y democrático*³¹¹. 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”³¹². De este modo, las *condiciones de posibilidad* de la efectividad real de la libertad,

³⁰⁸ Véase Díez Ripollés, JD, nº 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”.

³⁰⁹ Como advierte con razón Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter* (n. 35), p. 78, “garantizan una justicia distributiva, sobre la monopolización de determinados bienes y rendimientos, que no se daría con un libre juego de las fuerzas”.

³¹⁰ Sobre la necesaria justificación moral y política de los bienes jurídicos, Paredes Castañón, RDPC nº 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 s.

³¹¹ Como ya se viene indicando aquí y advierte atinadamente y con claridad Soto Navarro, *La protección penal* (n. 35), p. 243.

³¹² Véase *Terradillos*, RFDUCM, nº 63, 1981, pp. 125 ss. En esta línea Soto Navarro, *La protección penal* (n. 35), p. 244.

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 Derecho³¹³.

8. a) Pero un reconocimiento de substratos colectivos como bienes jurídicos, no es suficiente para legitimar su protección penal³¹⁴, 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*)³¹⁵. La “dañosidad social” de las afecciones de bienes jurídicos colectivos, sólo puede comprenderse si antes se despeja el craso error en

³¹³ De manera similar Portilla Contreras, CPC nº 39, 1989, pp. 745 s.; véase además Paredes Castañón, RDPC nº 11, 2003, p. 136 y Corcoy Bidasolo, Delitos de peligro (n. 35), pp. 193 s., 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. 35), 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.).

³¹⁴ 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 Hassemmer, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlens (n. 12), pp. 62 ss. = en La teoría del bien jurídico, pp. 101 s., y para la doctrina española, Muñoz Llorente, RdPP nº 6, 2001, pp. 103 ss. passim.

³¹⁵ 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, 11ª ed., pp. 6 y 278; Roxin, AT I, 4ª ed., 2006, § 2 nm. 97 ss., pp. 45 ss. y en relación especialmente con el Derecho penal moderno, Schünemann, en Kühne/Miyazawa (n. 13), pp. 34 s. = Temas actuales, p. 68; el mismo, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlens (n. 12), pp. 141 s. y 142 s = La teoría del bien jurídico, pp. 207 s., 209 s.; y el mismo, en von Hirsch/Seelmann/Wohlens (n. 86), pp. 21 ss.

que incurre la opinión según la cual aquéllos carecerían de contenido *material* y, por ello, no serían susceptibles de lesión ni de puesta en peligro³¹⁶. 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 “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 jurídico³¹⁷, 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”³¹⁸ 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 peligro³¹⁹. Ciertamente, esta

³¹⁶ Cfr. sobre ello las afirmaciones en ese sentido del discurso de resistencia supra IV.1

³¹⁷ Así lo ve en parte Hirsch, en *Modernas tendencias* (n. 27), 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. 35), pp. 219 ss. y Soto Navarro, *La protección penal* (n. 35), p. 277.

³¹⁸ Por ello, hay que rechazar de plano al discurso actual que se vuelca sobre una supuesta —pero a mi juicio inexistente— “desmaterialización” del bien jurídico que tendría su causa en el reconocimiento de los colectivos como tales (cfr. supra IV.1). 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, 6ª 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.; María 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.

³¹⁹ En este sentido también, con razón, Soto Navarro, *La protección penal* (n. 35), pp. 278, 282 ss., 306 ss. (sobre la materialidad), y pp. 316 ss. (sobre el concepto de lesión); véase además Graul, *Abstrakte Gefährdungsdellikte und Präsumtionen im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991, p. 57, y Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter* (n. 35), p. 80, quien parece identificar la “corporalidad” y el “carácter material”, pero en la misma línea que se expone en el texto, deriva la legitimidad de un bien jurídico de su “realidad”, la cual no presupone “corporalidad” como explica en pp. 28 ss.

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 trate³²⁰. Puesto que la mayor parte de estas *ordenaciones* de situaciones y procesos “macrosociales”³²¹, resultan ya de regulaciones jurídicas primarias *materialmente fundadas*³²² —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 determinación³²³. 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.).

b) 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 individuales³²⁴, cabe preguntar por si puede

³²⁰ Similar, Bustos Ramírez, Control social (n. 35), 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).

³²¹ Véase Bustos Ramírez, Control social (n. 35), pp. 199: “se trata aquí de relaciones macrosociales”.

³²² En este sentido, véase Cerezo Mir PG I, 6ª ed. pp. 54 s., quien pone el ejemplo de la ordenación del tráfico.

³²³ Véase en este sentido Soto Navarro, La protección penal (n. 35), p. 316.

³²⁴ Así lo observa atinadamente Soto Navarro, La protección penal (n. 35), pp. 236 s.

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 individuales³²⁵. 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” 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*³²⁶. Toda protección

³²⁵ Véase en ese sentido Hassemer, AK-StGB, vor § 1, nm. 289; el mismo, en Philipps/Scholler (n. 27), pp. 90 ss.; el mismo, ZRP, 1992, p. (= ADPCP, 1992, p. 248); Hassemer/Muñoz Conde, La responsabilidad (n. 13), pp. 42 ss. siguiendo aquí a M. Marx, Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut". Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, Karl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin/Bonn/München, 1972, pp. 79 ss. Como dice Hefendehl (Kollektive Rechtsgüter (n. 35), p. 62) 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”. Una opinión parecida sostiene Cerezo Mir, RDPC nº 10, 2002, pp. 56 ss., si bien acepta el mero peligro abstracto para el bien jurídico individual (p. 58).

³²⁶ Así Gracia Martín, LH-Cerezo, p. 391 nota 270; Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter (n. 35), pp. 62 s. (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. 35), pp. 179 y 237; Mayo Calderón, La tutela (n. 87), pp. 53 ss., así como la crítica de Paredes Castañón (RDPC nº 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-strafrechts, 2000, pp. 281 ss. y el mismo, GA 2002, pp. 17 ss. y la atinada observación de Corcoy Bidasolo (Delitos de peligro (n. 35), 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.

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 individual³²⁷. Estos posibles resultados no deben formar parte de la estructura de los correspondientes tipos, sino acaso sólo de su *ratio legis*³²⁸. 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 mismo³²⁹. 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 individuales. 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 éstos³³⁰.

³²⁷ Sobre la protección penal autónoma de los bienes jurídicos colectivos, véase, por ejemplo, Tiedemann, Tatbestandsfunktionen (n. 34), pp. 66 ss. y especialmente pp. 117 ss.; el mismo, Wirtschaftsstrafrecht 1, AT (n. 34), pp. 50 s.; el mismo, JuS, 1989, pp. 689, 691; el mismo, Poder económico (n. 34), pp. 12 s.; el mismo, Lecciones (n. 34), pp. 34 s.; AE-Straftaten gegen die Wirtschaft, p. 19; Schönemann, en Kühne/Miyazawa (n. 13), pp. 24 ss.; Hefendehl, GA, 2002, pp. 25 ss.; Bottke, en Schönemann/Suarez (n. 44), pp. 112 s. = en Hacia un Derecho Penal económico europeo, pp. 641 s.; y en la doctrina española Bustos Ramírez, Control social (n. 35), pp. 195 ss.; Gracia Martín, La infracción (n. 35), pp. 270 s. y nota 105; Soto Navarro, La protección penal (n. 35), pp. 236 s.; Portilla Contreras, CPC nº 39, 1989, p. 741; Paredes Castañón, RDPC nº 11, 2003, p. 136; Mayo Calderón, La tutela (n. 87), p. 78.

³²⁸ En este sentido, véase Soto Navarro, La protección penal (n. 35), pp. 179 s. y Mayo Calderón, La tutela (n. 87), p. 78.

³²⁹ Véase en este sentido Tiedemann, Poder económico (n. 19), p. 36; Bustos, Control social (n. 27), p. 198; Gracia Martín, La infracción (n. 156), pp. 266 s.

³³⁰ En sentido similar Kindhäuser, Madrid Symposium für Klaus Tiedemann, 1994, 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

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 los individuales, pues la lesión de ellos se traduce siempre en una disminución de las posibilidades de acción determinante *eo ipso* de un menoscabo al menos de posibilidades de acción que, 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 individuos que podrían haber querido hacerlo en el ejercicio legítimo de su libertad y para su autorrealización personal. He aquí, pues, un último fundamento de legitimidad (la dañosidad social) 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.

c) 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*³³¹— 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 privada³³², 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 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

forma segura del mismo" (p. 130), y "la genuina lesividad del peligro abstracto reside ñeque un bien sobre el que no puede disponerse de forma despreocupada no es racionalmente aprovechable en su totalidad".

³³¹ Véase Bustos Ramírez, en *Penal y Estado*, nº 1, 1991, pp. 102 s.

³³² 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*.

jurídicos colectivos tampoco tiene que ser contraria en general a los principios de subsidiariedad y de *última ratio*³³³. Un ejemplo para ilustrarlo: en el Derecho español, el bien jurídico “funciones de 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-criminales³³⁴, 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 fundamento³³⁵. 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 relación³³⁶, la intervención penal podía retardarse hasta el momento de la lesión o, como mucho, del peligro concreto. Sin embargo, estos modos de relación social han sido

³³³ Precisamente Schünemann, en Kühne/Miyazawa (n. 13), pp. 34 s. insiste en que 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”

³³⁴ En este sentido Roxin, AT I, 4ª ed., 2006, § 2 nm. 101, p. 47, y también Paredes Castañón, RDPC nº 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.

³³⁵ Sobre la mayor conformidad de estos tipos con el mandato de determinación, cfr. la opinión de Schünemann supra V.I y nota 170

³³⁶ Sobre ello, con ejemplos concretos, Corcoy Bidasolo, Delitos de peligro (n. 35), p. 194.

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 en situación de ignorancia sobre su existencia, con escasas posibilidades de detectarlo y, por esto, con unas posibilidades de autoprotección prácticamente nulas³³⁷. 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”³³⁸. Por otro lado, que estos peligros tengan como potenciales destinatarios a una multitud de individuos, otorga al desvalor de la acción abstractamente peligrosa una gravedad que no sólo compensa, sino que a mi juicio supera el déficit de un resultado concreto³³⁹, y que hace a la intervención penal conforme con los principios de subsidiariedad y *ultima ratio*³⁴⁰ y con el de proporcionalidad³⁴¹.

³³⁷ Véase Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter* (n. 35), pp. 164 ss., 167 ss.; el mismo, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 12), p. 130 = en *La teoría del bien jurídico*, pp. 193 s. Además, como ha advertido Mayo Calderón (*La tutela* (n. 87), p. 76), en estos contextos la indefensión de quienes entran en contacto con el peligro también del hecho de que la actividad peligrosa es una en general permitida y que normalmente llevan a cabo sujetos que, como por ejemplo el productor que introduce productos en el mercado, ejercen 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*, nº 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 s.; el mismo, *FS-Faller*, 1981, pp. 361 ss.; el mismo, en Schneider (ed.), *Das Verbrechenopfer in der Strafrechtspflege*, 1982, pp. 407 ss.; el mismo, en Schünemann (ed.), *Strafrechtssystem und Betrug* (n. 96), pp. 61 ss. y el mismo, en von Hirsch/Seelmann/Wohlers (n. 86), pp. 31 ss.

³³⁸ Así Schünemann, *GA*, 1995, p. (= *ADPCP*, 1996, p.).

³³⁹ Sobre todo esto, véase Schünemann, *GA*, 1995, pp. ; el mismo, en Kühne/Miyazawa (n. 13), pp. 34 ss.

³⁴⁰ Así Schünemann, en Kühne/Miyazawa (n. 13), pp. 34 ss.; Kühlen, *ZStW* 105 (1993), pp. 711 ss., 720 ss.; y el mismo, en *GA*, 1986, pp. 399 ss., 402 ss.

³⁴¹ Véase, en este sentido, Tiedemann, *Poder económico* (n. 34), pp. 33 s.; Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte* (n. 121), pp. 482 ss.; Appel, *Verfassung und Strafe* (n. 144), pp. 573 s.

10. La producción de efectos simbólicos es consubstancial a la pena³⁴² y expresión de la función pedagógica ético-social que, a mi juicio, tiene que cumplir³⁴³. Si se dan las condiciones aquí esbozadas, carece de fundamento la tacha de los tipos penales modernos como meramente "simbólicos"³⁴⁴, pues ninguna ley penal orientada a la protección de la convivencia pacífica puede verse como puramente simbólica³⁴⁵. *Cualquier* ley que careciera de este fin, debería de ser vista como ilegítima de modo absoluto, es decir, en relación con la *totalidad* del ordenamiento jurídico. En otro caso, se aceptaría que fuera del Derecho penal³⁴⁶ 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 administrativo³⁴⁷, en el presente se postula mayori-

³⁴² Así Roxin AT I, 4ª ed., 2006, § 2 nm. 38, p. 25 y § 3 nm. 26 ss., pp. 80 s.; Díez Ripollés, en *Modernas tendencias* (n. 140), pp. 110 ss., 112 ss., 115 ss.

³⁴³ Que refuerza la función instrumental de protección de bienes jurídicos y es inseparable de ésta, véase Welzel, *Abhandlungen* (n. 256), pp. 263 s. 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, 6ª ed., 2004, pp. 16 y 31 (función de ejemplaridad de la pena); Soto Navarro, *La protección penal* (n. 35), pp. 187 y 298 s.; Gracia Martín, *Fundamentos de Dogmática penal* (n. 250) pp. 158 ss. y 172 ss.; Alicia Gil Gil, LH-Cerezo, 2002, pp. 17 ss.

³⁴⁴ Antes de que la Política criminal inventara los conceptos de legislación o Derecho penal simbólicos, se ocupaban ya de objetos simbólicos otras disciplinas, como la politología, la sociología y la criminología, ésta última en el marco de las teorías del labelling approach y del "interaccionismo simbólico"; véase, en este sentido, Hassemer, NSTZ, 1989, p. 553 (= *Pena y Estado*, nº 1, 1991, p. 24); al parecer, la asunción de lo simbólico por el discurso jurídico se inicia en el tratado de sociología jurídica de Ryffel (véase Hassemer, NSTZ, 1989, p. 553 (= *Pena y Estado*, nº 1, 1991, pp. 24 s)). El discurso político criminal sobre lo simbólico lo habría iniciado en serio Noll, *Gesetzgebungslehre*, 1973, pp. 157 ss.; el mismo, ZSchR., 1981, pp. 347 ss.; y a su formación habrían contribuido de un modo específico aportaciones como las de Amelung, ZStW, 92 (1980), pp. 19 ss., 54 ss.; Neumann/Schroth, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, 1980, pp. 114 ss.; Hegenbarth, ZRP, 1981, pp. 201 ss.; y, sobre todo, Voss, *Symbolische Gesetzgebung*, Ebelbach, 1989; Hassemer, NSTZ, 1989, pp. 553 ss. (= *Pena y Estado*, nº 1, 1991, pp. 23 ss.); véase también, Tönnies, ZRP, 1992, p. 411; Müller, KrimJ, 1993, p. 82; Lehne, KrimJ, 1994, p. 210; y el volumen de *Pena y Estado*, nº 1, 1992, dedicado a la Función simbólica de la pena.

³⁴⁵ Así, con razón, Roxin AT I, 4ª ed., 2006, § 2 nm. 39, p. 25.

³⁴⁶ Y en la propuesta de Silva Sánchez (cfr. supra) incluso dentro del mismo Derecho penal.

³⁴⁷ Cfr. supra nota 239.

tariamente con razón que también la protección de bienes jurídicos es un baremo de legitimidad para el Derecho administrativo sancionador o de contravenciones³⁴⁸, al ser insostenible la pretendida contraposición entre bienes jurídicos y bienes administrativos (intereses de la Administración)³⁴⁹. El legislador establece sus mandatos y prohibiciones sólo para crear un estado o situación valiosos o para impedir la producción de un daño³⁵⁰. Por ello, toda prohibición o mandato que se desviara de los objetivos de protección de *bienes jurídicos* sería arbitraria³⁵¹, pues su fin se agotaría en un mero ejercicio de los ciudadanos en la obediencia³⁵², y “una regulación jurídica arbitraria, sin fundamento material alguno” —como dice *Cerezo Mir*—, “sería puramente despótica y debería ser extirpada de nuestro Derecho”³⁵³. Por lo demás, al menos teóricamente, en el Derecho administrativo sancionador deberían regir las mismas garantías que en el Derecho penal y, a mi juicio, con la misma rigidez que en éste³⁵⁴. Así pues, ninguna ley penal con contenido de injusto material puede ser tachada de puramente simbólica y de ilegítima

³⁴⁸ Véase sólo Roxin AT I, 4ª 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 s.

³⁴⁹ Véase H. Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten II (n.), pp. 143 ss. y 147 ss, y la prolija doctrina que avala su opinión en nota 92 de p. 148; asimismo, véase *Cerezo Mir*, PG I, 6ª ed., 2006 p. 55.

³⁵⁰ En este sentido Welzel, JZ, 1956, pp. 238-240 y JZ, 1957, p. 132. Véase también *Cerezo Mir*, PG I, 6ª ed., 2006 p. 54.

³⁵¹ Véase Gómez Tomillo, Derecho administrativo sancionador (n.), pp. 71 s.: “entender que la potestad sancionatoria del Estado puede construirse sin la referencia a los bienes jurídicos puede conducir a la arbitrariedad sancionatoria”.

³⁵² Véase Welzel, JZ, 1956, pp. 238-240 y JZ, 1957, p. 132. Ya Binding advirtió que “es indiscutible que ninguna ley razonable exige la obediencia por sí misma” (Die Normen und ihre Übertretung, I, reimpresión de la 4ª ed. de Leipzig (1922) de Scientia Verlag, Aalen, 1965, pp. 397 ss.); en el mismo sentido, y antes que Binding, Dorado Montero, Bases (n. 179), § 21 (p. 25); también *Cerezo Mir* PG I, 6ª ed., p. 54 y Amelung, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlens (n. 12), pp. 169, 171 = en La teoría del bien jurídico, pp. 246, 248.

³⁵³ Véase *Cerezo Mir*, PG I, 6ª ed., 2006 p. 55, con más referencias en el mismo sentido en nota 27, y en el mismo sentido Amelung, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlens (n. 12), pp. 169 s., = en La teoría del bien jurídico, pp. 246 s.

³⁵⁴ En este sentido, de modo contundente y decidido, también García-Pablos, Introducción (n.), p. 225.

por *esta* razón, pues si lo es será por *otras* diferentes³⁵⁵, por ej. Vulneración del principio de *ultima ratio* o del de proporcionalidad. Como es indudable que los tipos penales modernos también se orientan a la protección de bienes jurídicos, de ahí que tenga que ser rechazada su descalificación global como simbólicos y como “formales” o de “pura desobediencia”³⁵⁶. Con esto no se niega desde luego la posibilidad de que en algún caso pudieran detectarse tipos modernos puramente simbólicos, pero esta posibilidad, como afirma *Hefendehl*, es una relativa a “cualquier Derecho penal”, y no sólo “al Derecho penal moderno” (sc., para la protección de bienes jurídicos colectivos)³⁵⁷.

³⁵⁵ Así Hirsch, en *Modernas tendencias* (n. 27), pp. 377 ss., donde observa con razón que, en última instancia, “la legitimación de la pena no proviene de objetos preexistentes, sino que de la legitimación de la pena provienen los objetos por ella protegidos”.

³⁵⁶ En el mismo sentido Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro* (n. 35), pp. 200 y 205.

³⁵⁷ Véase *Hefendehl*, *Kollektive Rechtsgüter* (n. 35), p. 179. Por otro lado, la ineficacia del Derecho penal moderno no es ninguna consecuencia del carácter meramente simbólico de sus tipos, sino más bien de la escasa persecución de las conductas delictivas (así también Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro* (n. 35), pp. 200 ss.; Soto Navarro, *La protección penal* (n. 35), pp. 175 s.; Pozuelo Pérez, *RDPP*, nº 9, 2003, pp. 17 s.) en virtud del fenómeno de la “alta selectividad del poder punitivo” también en el plano de la criminalización secundaria (así Zaffaroni *PG*, 2ª ed., pp. 9 ss.). Por ello, para encontrar la respuesta verdadera al problema de la ineficacia tal vez sea más prudente interrogar al dato incontestable de que el Derecho penal moderno sea fundamentalmente uno de las clases sociales poderosas, y no —parafraseando a Schünemann (GA, 1995, p. = *ADPCP*, 1996, pp. 200 s.)— al “fetiche del Derecho penal simbólico”.