



## Acerca de la teoría de bienes jurídicos\*

Dr. Manuel A. Abanto Vásquez

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

*SUMARIO: 1. La “tradicional” teoría de bienes jurídicos o “principio de lesividad”. 1.1 Los bienes jurídicos. Desarrollo. La concepción dominante. 1.2 Concepciones constitucionalistas. 1.3 Los límites político-criminales “externos” al bien jurídico. 1.4 Distinción entre “bien jurídico”, “objeto de protección” y “objeto del ataque”. Consecuencias para los “delitos de peligro”. 1.5 Balance parcial: crítica a la teoría de “protección de bienes jurídicos” y contracrítica. 2. La renuncia al “principio de lesividad”. 2.1 El normativismo radical de JAKOBS. 2.2. El análisis económico del Derecho. 3. Nuevos desarrollos sociales y tecnológicos y “teoría de bienes jurídicos”. 4. Balance crítico: en defensa de la teoría de “bienes jurídicos”. 5. Bibliografía.*

El principio de “lesividad” y la teoría de bienes jurídicos ha sido un tema que siempre ha ocupado y preocupado al ilustre profesor chileno Juan BUSTOS RAMÍREZ. En el mundo hispanoparlante es por demás conocida su concepción que trata de sistematizar mejor y materializar este principio a través de su distinción entre “bienes individuales” y “bienes colectivos” y su integración en la construcción de la teoría del delito<sup>1</sup>. En esto ha seguido una larga tradición dogmático-penal que, en los últimos años, se ha visto sometida a fuertes críticas por una serie de nuevas teorías basadas en ideas provenientes de las ciencias sociales y económicas. La reacción de los defensores de la teoría de bienes jurídicos no se hizo esperar; con ello se ha producido un interesante renacimiento de la discusión. A continuación se someterán a un análisis crítico tanto la teoría tradicional de bienes jurídicos como también dos de las más interesantes propuestas alternativas.

### 1. La “tradicional” teoría de bienes jurídicos o “principio de lesividad”

#### 1.1 Los bienes jurídicos. Desarrollo. La concepción dominante

La creación del concepto “bien jurídico” (o por lo menos, el haber sentado las bases para ello) se atribuye al alemán Johann Michael Franz BIRNBAUM, quien, durante la primera mitad del siglo XIX, quería oponerse así a la concepción individualista de la “lesión de derechos” de Paul Johann Anselm FEUERBACH y, al mismo tiempo, ofrecer un concepto natural del delito, o sea uno que fuera independiente del mero concepto positivo<sup>2</sup>. En contra de la concepción de FEUERBACH que identificaba el objeto de protección con los intereses estrictamente privados de la víctima, BIRNBAUM quería resaltar aquello que sería realmente “lesionado” por el delincuente y que iría

\* Artículo que va a ser publicado en el Libro-Homenaje a Juan Bustos a mediados de 2006, bajo la coordinación de José Urquiza O., en Lima-Perú. Una versión inicial fue expuesta en el congreso internacional (“Cuestiones fundamentales del Derecho penal y del Derecho procesal penal ante los desafíos del nuevo siglo”) realizado del 3 al 5 de noviembre de 2005 en Trujillo (Perú).

1 Ver, entre las publicaciones más conocidas, BUSTOS, “Política criminal e injusto”, pp. 125 y ss.; “Los bienes jurídicos colectivos”, pp. 155 y ss.; “Derecho penal”, pp. 51 y ss.; y en Bustos/Hormazábal, “Lecciones de Derecho penal”, vol. I, pp. 57 y ss., vol. 2, pp. 27 y ss.

2 Ver la tesis de BIRNBAUM en: “Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung”, Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, tomo 15 (1834), pp. 149 y ss., y la de FEUERBACH en: “Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts”, que tuvo varias ediciones, entre ellas, la que se cita aquí y que corresponde a la 14.<sup>a</sup>, Giessen, 1847. Un análisis amplio de esta confrontación y el contexto y trasfondo del origen histórico de la teoría de bienes jurídicos puede consultarse en AMELUNG, “Rechtsgüterschutz...”, pp. 15 y ss.; HEFENDEHL, “Kollektive Rechtsgüter...”, pp. 9 y ss., 15 y ss.; en la literatura iberoamericana ver, recientemente, Gonzalo FERNÁNDEZ, pp. 11 y ss.; POLAINO NAVARRETE, pp. 212 y ss.

más allá de la lesión a la víctima concreta, o sea (sobre todo) el interés de toda la colectividad.

Esta idea de la protección de “bienes jurídicos” como tarea del Derecho penal fue el punto de partida para el desarrollo del llamado principio de “lesividad” u “ofensividad”: el ejercicio de *ius puniendi*, a través del Estado, solamente se vería legitimado a través del objetivo de proteger bienes jurídicos. Bajo el aforismo “nullum crimen sine injuria” se llegó a entender que tal “injuria” consistiría en la vulneración de “bienes jurídicos”, concepto que expresaría los “valores más trascendentes para la coexistencia humana en sociedad”; luego, si no se reconocieran y protegerían estos bienes, el Derecho penal carecería de una base sustancial, renunciaría a inspirarse en los principios de justicia y no podría servir para regular la vida humana en sociedad<sup>3</sup>.

Desde entonces y, pese al retroceso que significó la época nacional-socialista en Alemania<sup>4</sup>, la ciencia jurídico-penal alemana dominante y la influida por ella no han

abandonado este principio. Se puede decir que, hasta ahora, el consenso mínimo de la doctrina dominante consiste en que el “bien jurídico” es visto como el punto de encuentro entre “injusto” y “política criminal”<sup>5</sup>, de tal manera que el Derecho penal solamente debería tener por tarea proteger “bienes jurídicos” y los tipos penales solamente deberían ser interpretados en este sentido<sup>6</sup>.

Ahora bien, desde el inicio, se ha presentado el problema de buscar un “concepto” de bien jurídico y “criterios” manejables para su delimitación. Esta empresa ha resultado infructuosa en el sentido de pretender proporcionar un “concepto exacto” del bien jurídico. Por eso, en la actualidad solamente se propone un concepto con un mínimo de contenido, es decir que se refiera a “algo” sobre lo cual sea posible un consenso en toda sociedad libre y pluralista. Ese “algo” es definido de distintas formas: “intereses sociales”, “valores”, “relaciones reales de la persona con unidades sociales de función”, etc.<sup>7</sup>. Es cierto que, en última instancia, ninguna de estas fórmulas puede vin-

3 Cfr. POLAINO NAVARRETE, p. 195.

4 Sobre la situación de la teoría de bienes jurídicos durante la época nacionalsocialista ver la amplia exposición que hace AMELUNG en “Rechtsgüterschutz...”, pp. 216 y ss. Este episodio histórico (en el cual se manipuló el concepto “bien jurídico” hasta identificarlo con el “sano sentimiento del pueblo alemán”) suele ser utilizado como argumento para desvirtuar las posibilidades “democráticas” de la teoría de bienes jurídicos. Así, pp. ej., la argumentación de JAKOBS, *Strafrecht A. T.*, pp. 43, nota 32; anteriormente, AMELUNG, “Rechtsgüterschutz...”, pp. 257 y ss.

5 Constatación hecha ya por BUSTOS a principios de los años 70; ver “Política criminal e injusto”, pp. 126, 139 y ss. Destaca especialmente esto y desarrolla consecuentemente su teoría del delito sobre esta base ROXIN, ver esp. “Das strafrechtliche Unrecht...”, pp. 929 y ss. En español ver, en especial, la monografía de Gonzalo FERNÁNDEZ, c. más refs., “Bien jurídico y sistema de delito”.

6 Ver, entre muchos otros, ROXIN, “Strafrecht. A.T.”, tomo I, pp. 16 y ss.; el mismo autor en “Problemas actuales...”, pp. 22 y ss.; KREY, pp. 3 y ss., n. marg. 5 y ss.; OTTO, “Grundkurs...”, pp. 5 y ss.; HASSEMER, “Darf es Straftaten geben...”, c. más refs., pp. 57 y ss., 60; SEHER, pp. 39 y ss., 56; STERNBERG-LIEBEN, pp. 65 y ss.; SCHÜNEMANN, “Das Rechtsgüterschutzprinzip...”, pp. 133 y ss., 154; HEFENDEHL, “Kollektive Rechtsgüter...”, pp. 5 y ss. Más refs. en ROXIN, “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 53, nota 170. Pero un sector de ella, afirma que el Derecho penal también protege y debería proteger, en algunos casos, “deberes”; al respecto, ver LENCKNER, en Schönke/Schröder, pp. 145, n. marg. 11; JESCHKE/WEIGEND, pp. 8. En el área iberoamericana, ver MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, pp. 59 y ss., 78 y ss.; MIR PUIG, “Derecho penal. p. g.”, pp. 128 y ss.; el mismo autor, recientemente, tras un análisis minucioso de lo “fáctico”, lo “normativo” y del Derecho como “hecho social”, en: “Límites del normativismo...”, pp. 678, 689; POLAINO NAVARRETE, pp. 194 y ss.; POLAINO NAVARRETE/POLAINO ORTS, pp. 227 y ss., 258, 348 y ss.; y, proponiendo una teoría “iushumanista” del bien jurídico, Gonzalo FERNÁNDEZ, pp. 118 y ss., 291 y s. La escuela “neoidealista” sigue una concepción basada en el “derecho a la libertad” en un contexto de relaciones sociales que, finalmente también podría identificarse con la teoría de bienes jurídicos; ver KÖHLER, pp. 24 y s.; especialmente, KAHLO, pp. 28 y ss. SEHER ha observado, sin embargo, que, en última instancia, dentro de esta concepción al igual que en el funcionalismo sistémico, los bienes jurídicos tienden a ser prescindibles dado que, bajo una valoración positiva de la “pena” (como restablecedora del Derecho) que ellos plantean, no se necesitaría un concepto adicional que apruebe el empleo excepcional de aquélla; ver pp. 41 y s.

7 A continuación, algunas definiciones. Para KREY (traducción libre), “Bienes jurídicos son bienes vitales, valores sociales e intereses reconocidos jurídicamente que son recogidos o recién acuñados por el ordenamiento jurídico y que son valiosos para el individuo o la generalidad y que por ello gozan de protección jurídica”; ver p. 3., n. marg. 7. Según OTTO (traducción libre): “Bien jurídico es una determinada relación real de la persona (descrita con más detalle en los tipos particulares) con valores concretos, reconocidos por la comunidad jurídica —unidades sociales de función—, en la cual el sujeto de Derecho se desarrolla personalmente bajo la aprobación del ordenamiento jurídico”; ver “Grundkurs...”, p. 6, n. marg. 32. Y para ROXIN (traducción libre): “Bienes jurídicos son todas circunstancias [Gegebenheiten] o finalidades determinadas [Zwecksetzungen] que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal construido sobre la base de este objetivo”; ver “Strafrecht. A. T.”, tomo I, pp. 16, n. marg. 7. En el ámbito iberoamericano es conocida la definición de BUSTOS, para quien se trataría de una “determinada síntesis normativa” proveniente de una “relación social concreta y dialéctica”; “Política criminal e injusto”, pp. 131 y s., 139; también en “Derecho penal”, pp. 55. De manera similar el autor chileno se refiere últimamente a “relaciones sociales concretas que surgen como síntesis normativa de los procesos interactivos de discusión y confrontación que tienen lugar en una sociedad democrática”. Ver en: BUSTOS/HORMAZÁBAL, “Lecciones...”, vol. I, pp. 59. SEHER abre incluso más el concepto para admitir cualquier “interés, recurso o valor” que, bajo una discusión abierta de posibles principios

cular al legislador, pues de una u otra manera cualquier interés estatal (así sea uno de carácter político) podría adaptarse a cualquier fórmula conceptual. Pero tampoco es deseable un concepto demasiado cerrado de “bien jurídico” pues se opondría a los desarrollos futuros inevitables en cualquier sociedad moderna. Por eso, una fórmula que tenga en cuenta todo esto debe, por un lado, considerar que los “valores”, “unidades sociales de función”, etc., no pueden ser tomados por sí mismos como datos preexistentes, exentos de crítica, sino solamente como “circunstancias” (Gegebenheiten) que deban estar sometidas a un continuo análisis crítico y puedan cambiar su contenido conforme a los cambios que se produzcan en los objetivos y la autocomprensión de la sociedad jurídica<sup>8</sup>. Y, por otro lado, se deberá buscar el equilibrio entre el interés de “dinamicidad” y el de “garantía” del concepto “bien jurídico” vinculando a éste con un orden preexistente de valores reconocido en la ley máxima de

todo Estado<sup>9</sup>, o sea con los derechos fundamentales y principios de todo Estado social y democrático anclados en la Constitución<sup>10</sup>.

Luego, el delito es entendido como toda conducta que atente gravemente contra bienes jurídicos y, con ello, contra las condiciones básicas para la convivencia de los ciudadanos en sociedad en un lugar y momento determinados. A partir de aquí, se puede concretar más en la definición del “bien jurídico” diciendo, *de manera negativa* (concepto-límite) qué intereses *no* pueden ni deben ser considerados bienes jurídicos<sup>11</sup>. Esto todavía constituye doctrina dominante en el Derecho penal alemán y en el de los países con sistemas penales de corte europeo-continental como España, Italia, Portugal, Argentina, Chile, Perú, etc.

La importancia del concepto “bien jurídico” se manifiesta en las *funciones* que usualmente le atribuye la doctrina mayoritaria<sup>12</sup>. La más importante de ellas, aunque la

---

críticamente analizados (lesividad, perturbabilidad, paternalismo, moralismo), pueda ser legitimado como penalmente protegible (definición a partir de los principios); ver p. 56. Más definiciones en STRATENWERTH. “Zum Begriff...”, p. 378, p. 388 (críticamente); POLAINO NAVARRETE, pp. 227 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, pp. 42 y s.

8 Cfr. OTTO, “Grundkurs...”, p. 7, n. marg. 34; ROXIN, “Strafrecht. A. T.”, tomo I, pp. 16, n. marg. 7, pp. 32 y s., n. marg. 63 y s.

9 Ver así SCHÜNEMANN, c. más refs., analizando y descartando las otras propuestas conceptuales del bien jurídico, “Das Rechtsgüterschutzprinzip...”, pp. 135 y ss., 142 y ss.

10 En esto coincide prácticamente la mayor parte de la doctrina penal. Ver, entre muchos otros, en Alemania, RUDOLPHI, pp. 164 y s.; TIEDEMANN, pp. 53 y s.; ROXIN, “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 16 y ss.; WEBER en Baumann/Weber/Mitsch, pp. 12 y s., n. marg. 12; KREY, pp. 6, n. marg. 15; KINDHÄUSER, pp. 37, n. marg. 6; LÜDERSSEN, “Das moderne Strafrecht”, pp. 99, columna derecha; SCHÜNEMANN, “Das Rechtsgüterschutzprinzip...”, pp. 142 y ss., HEFENDEHL, “Kollektive Rechtsgüter...”, pp. 42 y ss., 48 y ss., el mismo en “Die Materialisierung...”, pp. 22; con mucho énfasis, últimamente también HASSEMER, “Darf es Straftaten geben...”, pp. 58; STERNBERG-LIEBEN, pp. 66 y s. En habla hispana, ARROYO ZAPATERO, pp. 100 y ss.; CARBONELL MATEU, pp. 27 y ss, 77 y ss.; MIR PUIG, “Derecho penal pp. g.”, pp. 128 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, p. 9; POLAINO NAVARRETE/POLAINO ORTS, pp. 348 y ss. Sin vinculación directa o estricta con la Constitución también argumentan, en el fondo, FRISCH, pp. 74 y s.; SEHER, p. 55; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, pp. 82; MUÑOZ CONDE, p. 561. La escuela “neoidealista” también argumenta de manera similar, aunque prefiere vincular lo protegible (el bien jurídico) directamente (es decir de manera incluso pre-constitucional) con la “libertad individual” (derecho de la subjetividad); ver KÖHLER, pp. 22 y ss.; KAHLO, pp. 29 y ss., en Latinoamérica sigue una tendencia similar, Gonzalo FERNÁNDEZ, ver pp. 118 y ss., 291 y s. Y también STRATENWERTH/KUHLEN destacan la importancia de la Constitución para encontrar límites a la intervención punitiva del Estado, aunque no partan exclusivamente de “bienes jurídicos” sino también de la protección de “reglas de conducta sociales” preexistentes fácticamente; ver pp. 33 y s., n. marg. 15, 17 y s.; en sentido similar, admitiendo una amplia vinculación entre Constitución y “bien jurídico” (no exclusivamente personal), AMELUNG, “Der Begriff des Rechtsguts...”, pp. 162 y ss., 182. Pero STRATENWERTH ha reconocido también que la “protección de normas generales de conducta” compatibilizaría con los bienes jurídicos pues, en última instancia ambos serían parte de un “ordenamiento social” desarrollado históricamente y basado en coincidencias culturales, aunque cambiante y muy polémico en sus peculiaridades; ver “Zum Begriff...”, p. 390; “Kriminalisierung bei Delikten...”, p. 257.

11 Esta conclusión también era extraída por BUSTOS ya a principios de los 70 (“Política criminal e injusto”, pp. 139) y HASSEMER (reafirmando en sus tesis, “Darf es Straftaten...”, pp. 57, 59). Entre otros, aunque de distinta manera, concretan también esta idea ROXIN, “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 18 y ss., n. marg. 13 y ss.; LAMPE, “Gedanken zum materiellen...”, pp. 77 y ss., 93 y ss.; WOHLERS, “Rechtsgutstheorie...”, pp. 17, 20. Como señala LAMPE, el concepto de “bien jurídico” y demás criterios solamente proporcionan los requisitos generales necesarios de todo delito; la mayor precisión de los bienes jurídicos y su relación sistemática entre ellos se conseguiría recién en la “parte especial”; cfr. *ibidem*, pp. 80, 88 y s., 94.

12 BUSTOS/HORMAZÁBAL exponen esta versión en “Lecciones...”, vol. I, pp. 61 y ss.; recientemente ver Gonzalo FERNÁNDEZ, pp. 6 y ss., 293 y s.; POLAINO NAVARRETE, pp. 232 y ss. Al respecto también OTTO, “Grundkurs...”, p. 8, n. marg. 39 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, pp. 60 y s.; ROXIN, “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 14 y s., n. marg. 4 y s.; el mismo en “Problemas actuales...”, pp. 46; acentuando la función “crítica” debido a la fundamentación del bien jurídico en “principios”, SEHER, p. 56. Últimamente también ROXIN acentúa la función “crítica” del concepto de bien jurídico, aunque aclara que debería denominarse “crítica de la legislación” (y no “crítica del sistema”) y que solamente puede ser entendida, por ahora, como un postulado político-criminal (que no vincula al Tribunal Constitucional aunque éste pueda basarse en aquél para fundamentar la declaración de inconstitucionalidad de una ley), ver “Strafrecht A. T.”, tomo I, p. 18, n. marg. 12, pp. 40 y ss., n. marg. 86 y ss.

más polémica<sup>13</sup> (y en mi opinión la decisiva en la confrontación con el normativismo radical) es la llamada *función crítica*: desde una perspectiva del “ideal del principio democrático” el penalista estaría en condiciones de discutir la legitimidad de aquellos tipos penales creados o por crearse que no cumplan con proteger bienes jurídicos. Ese es el motivo por el cual no deberían perseguirse penalmente las concepciones morales o éticas de las minorías. Así es como se ha llegado a eliminar de los Códigos penales los delitos de “homosexualidad”, “incesto” o “adulterio”, aunque también, en el entendimiento de algunos autores, debería, de la mano con el principio de mínima intervención, ponerse coto a tipos penales que se alejarían demasiado de la “lesividad”: los tipos de peligro abstracto que surgen sobre todo en el ámbito del Derecho penal económico<sup>14</sup>. Por otro lado, el concepto “bien jurídico” también tendría una *función interpretativa o dogmática*<sup>15</sup>, pues, al interpretar los elementos del tipo penal, deberá servir para descubrir los alcances de una determinada prohibición (p. ej., si en el delito de homicidio se protege la vida, no podrá haber delito cuando ya no hay vida hu-

mana que proteger), determinar luego si existiría una permisibilidad extraordinaria de la afección al bien jurídico ante la preeminencia de otros intereses sociales (causas de justificación), fijar los alcances de la imputabilidad individual por el hecho cometido (culpabilidad) y la punibilidad de la conducta, así como la magnitud de la pena. Finalmente, también se habla de una cierta *función sistemática* cuando se utiliza al bien jurídico para agrupar los delitos: p. ej., delitos contra la vida, delitos contra la integridad corporal, delitos contra el patrimonio.

Por cierto que existen diferentes matices en el desarrollo del “principio de lesividad”. Esto se manifiesta ya en la *clasificación* de los bienes jurídicos que va desde la reducción de la protección penal a bienes jurídicos “individuales” (teoría monista) y los que consideran que también deben merecer protección penal bienes llamados “supraindividuales”, “colectivos” o “universales” (teoría dualista), hasta llegar a quienes, además, admiten la protección de otros “intereses” aunque no puedan definirse ni como bienes individuales ni como bienes supraindividuales<sup>16</sup>. Mientras que los primeros, agrupados en la llamada

13 En la doctrina, algunos niegan la “función crítica” aunque admiten las otras. Así, AMELUNG, quien destaca de manera especial la función interpretativa-teleológica del bien jurídico, pero no cree ni posible ni necesario un concepto crítico “pre-positivo” de bien jurídico en una sociedad multicultural, donde no pueden existir verdaderos consensos valorativos, sino solamente procesos legislativos para la decisión valorativa en manos del legislador, ver “Der Begriff des Rechtsguts...”, pp. 156 y s., 160 y ss. STERNBERG-LIEBEN reconoce la función crítica pero la relativiza en una “zona gris” amplia, donde el bien jurídico solamente tendría un carácter “argumentativo” en la discusión político-criminal; ver pp. 65 y ss. 70 y s. LENCKNER reconoce funciones al “bien jurídico” pero se muestra escéptico en cuanto a la función “crítica” pues ella no sería más que una “máxima general... que, en última instancia, arroja más preguntas que respuestas en tanto más complejos sean los hechos de vida y más difusas se vuelvan las concepciones valorativas en la sociedad, concepciones sometidas a un cambio cada vez más rápido” (traducción libre); ver en Schönke/Schröder, pp. 144 y s., n. marg. 10, 145. De manera similar, tampoco LAMPE encuentra mucho sentido en una función “crítica” pues la consecuencia de ello tendría que ser una “nulidad” de la ley penal (inconstitucionalidad), la cual, en el Derecho alemán, básicamente requiere más bien “desproporcionalidad” que manifieste “arbitrariedad”; ver “Gedanken zum...”, pp. 79. STRATENWERTH resta importancia “crítica” a la idea de “bienes jurídicos” incluso en el recurrido ejemplo de la reforma alemana de los delitos contra la libertad sexual de 1973, pues, salvo algunos casos donde el concepto tendría importancia interpretativa (delitos contra la persona y otros), en muchos otros casos solamente interesaría la protección de “normas elementales para un mínimo consenso social”; ver “Zum Begriff...”, pp. 389 y s. También resta función crítica al concepto de bien jurídico por su “vaguedad”, FRISCH, “Rechtsgut, Recht...”, pp. 216 y ss.

En cambio, defienden la “función crítica”, además de la doctrina dominante (y dentro de ella, como es obvio, la tesis constitucionalista), también la “escuela neoidealista”; ver al respecto KAHLO, p. 30, y, desde la perspectiva anglosajona, DUBBER, quien lo considera, dentro del desarrollo de una dogmática penal, como un “contrapeso útil” al “pragmatismo inductivo” del pensamiento penal norteamericano que, en la práctica ha demostrado ser insostenible por permitir una evidente sobre-represión; p. 518.

14 Esta postura es típica de la Escuela de Francfort. Últimamente ha argumentado en este sentido y refiriéndose a la legislación penal española, MUÑOZ CONDE, ver pp. 571 y s. Al respecto ver más adelante en 1.4.

15 Aplican de manera especialmente consecuente esta función, BUSTOS, “Política criminal e injusto”, pp. 125 y ss.; Gonzalo FERNÁNDEZ, pp. 149 y ss., 294 y ss.

16 En la doctrina se encuentran análisis más complejos. Así BOTTKE distingue primero entre la “naturaleza” (Beschaffenheit) pre-jurídica de los bienes y el tipo de “proposición jurídica” (Rechtssatz) que clasifica los bienes. En el primer caso habrían bienes propios, externos al ser, individuales, personales y de la colectividad; en el segundo caso pueden existir bienes constitucionales, de la ley, de pretensión, de deberes, de normas, de proposiciones sancionadoras, de leyes sancionadoras y de leyes penales. Ver “Das Straftäterfordernis...”, pp. 474 y ss. Pero la mayoría de autores reconoce solamente dos grupos de bienes, denominados generalmente “individuales” y “supraindividuales”; pp. ej., KREY distingue dos grupos: bienes del individuo y bienes de la generalidad; ver c. múlt. ejs. pp. 3, n. marg. 6; OTTO distingue entre bienes jurídicos “individuales” y bienes “universales” y “sociales”, ver “Grundkurs...”, pp. 6 y s., n. marg. 32; WESSELS/BEULKE, hablan de bienes jurídicos “individuales” y “universales”, ver pp. 2, n. marg. 7; igualmente WEBER, en Baumann/Weber/Mitsch, pp. 13, n. marg. 12 y s. LAMPE distingue entre bienes jurídicos “individuales”, “sociales” y “culturalmente definidos”; ver “Gedanken zum...”, pp. 86 y ss.; también ROXIN admite la diferenciación entre bienes jurídicos individuales y “bienes jurídicos de la generalidad (o universales)”, aunque critica el abuso que se haría de este último concepto

“Escuela de Francfort”, limitan demasiado la intervención penal dejando de lado la también importante protección penal de bienes básicos para el ejercicio de derechos individuales y, sobre todo, excluyendo así a la delincuencia económica<sup>17</sup>, los últimos tienen dificultades para limitar la intervención penal y tienden a permitir la sobrecriminalización. Esto es algo especialmente polémico y discutido en las nuevas áreas del Derecho penal, especialmente en el campo del Derecho penal económico (ver más al respecto en el punto 3). Y también hay diferencias en cuanto al concepto mismo de la *lesividad* del bien jurídico, pues mientras que unos entienden esto en sentido más bien na-

turalístico, otros tienden a “normativizar” el concepto; las consecuencias de esta discusión se ven claramente en la admisibilidad de los “delitos de peligro abstracto” y de la “tentativa inidónea” (al respecto ver más abajo en 1.5).

Además de estas diferencias, dentro de los que defienden una concepción *dualista* de bienes jurídicos tampoco se han aclarado definitivamente varias cosas: la naturaleza de los bienes jurídicos “supraindividuales”; criterios para su admisibilidad y clasificación, su relación con los bienes jurídicos individuales, la forma de verificar la “lesividad” en ellos, etc.<sup>18</sup>.

para admitir cualquier interés; ver “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 17, n. marg. 10, pp. 37 y ss., n. marg. 75 y ss. Últimamente, HEFENDEHL, quien también sigue la tesis “dualista”, ha propuesto una subclasificación de los bienes jurídicos “colectivos” en bienes jurídicos “creadores de espacios de libertad para la realización del individuo” y los que buscan la “protección de las bases necesarias del Estado”; sobre una base personalista-constitucional (que en los bienes jurídicos colectivos exigiría la protección de una “confianza” constitutiva de la institución respectiva) y una “materialización desde abajo” (concreción a través de una revisión sistemática de los tipos penales vigentes), llega así a denegar el carácter “colectivo” en muchos casos del Derecho penal económico (p. ej., en los fraudes de seguros, créditos y subvenciones), aunque lo reafirma en otros (p. ej., los fraudes en las inversiones y las prácticas concertadas en licitaciones); ver “Kollektive Rechtsgüter...”, pp. 113 y ss., 117, 252 y ss.; “Die Materialisierung...”, pp. 25 y ss.; “Das Rechtsgut als...”, pp. 121 y ss.

17 Ver las críticas a la escuela de Francfort y su “teoría personalista del bien jurídico”, para citar solamente las publicaciones más recientes: ROXIN, c. más refs., “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 36 y s., n. marg. 72 y ss.; SCHÜNEMANN, “Brennpunkte...”, pp. 355 y s.; WOHLERS, “Rechtsgutstheorie...”, pp. 16; STRATENWERTH/KUHLLEN, pp. 30, n. marg. 9, 32, n. marg. 11; HEFENDEHL, “Kollektive Rechtsgüter...”, pp. 59 y ss.; SEHER, pp. 42 y s.; PORTILLA CONTRERAS, “La supuesta crisis...”, pp. 914 y ss.; CORCOY BIDASOLO, pp. 25, 28 y s.; MARTÍNEZ-BUJÁN, “Reflexiones...”, pp. 92 y ss.; GARCÍA CAVERO, pp. 97 y ss. En su versión más reciente, esta teoría ya no es tan radical pues admite la protección de bienes colectivos cuando tenga una “relación mediata” con la libertad individual o la “persona”; ver al respecto HASSEMER, “Darf es Strataten geben...”, pp. 57 y ss.; STERNBERG-LIEBEN, pp. 67 y ss. SCHÜNEMANN ha hecho la constatación de este “ablandamiento” de la posición que inicialmente defendía Hassemer; ver “Die deutsche Strafrechtswissenschaft...”, pp. 208. Más refs. sobre la “teoría personalista” del bien jurídico, y siguiéndola, en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, pp. 61, 79 y s.; criticando la sobrecriminalización en el ámbito del Derecho penal económico, últimamente, MUÑOZ CONDE, pp. 568 y ss., 572; ALCÁCER, “Los fines del Derecho penal...”, pp. 540 y ss. Desde una perspectiva social-psicológica, también KARGL propone una reducción de la protección penal a bienes jurídicos individuales (básicos para el desarrollo cognitivo del individuo); ver “Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz”, pp. 59, 60 y ss.

18 Recientemente HEFENDEHL afirma que los bienes jurídicos “individuales” y los “colectivos” tendrían diferente estructura y deberían, por ello, sistematizarse de manera diferente. Para él (siguiendo a Alexy), estos últimos se caracterizarían por tener tres características básicas: no son distribuibles, no son de uso exclusivo y no presuponen una rivalidad en el consumo, ver en “Kollektive Rechtsgüter...”, pp. 111 y s.; “Die Materialisierung...”, p. 25; “Das Rechtsgut als materialer...”, pp. 126 y s.). Luego, estos bienes jurídicos se clasificarían en bienes “creadores de espacios de libertad” para la realización del individuo y bienes “protectores de las condiciones de existencia del estado”; ver “Kollektive Rechtsgüter...”, pp. 113 y ss., 116 y ss.; “Die Materialisierung...”, pp. 25 y s. Por otro lado, tanto en los bienes jurídicos individuales como en los colectivos, existiría el mismo elemento “personal” proveniente de la base constitucional; “Kollektive Rechtsgüter...”, pp. 59 y ss.; “Die Materialisierung...”, pp. 24. Pero como en los “colectivos” no puede haber la misma “lesividad causal” que en los bienes jurídicos “individuales”, se tendría que buscar un “equivalente material”; y ello se obtendría a través de los elementos “confianza” y “acumulación”: la conducta punible atentaría mensurablemente contra la “confianza” que el ciudadano deposita en ciertos mecanismos sociales, a la vez que, por mínimo que sea su aporte lesivo, si resultaría idóneo para lograr el efecto lesivo cuando exista el peligro de que otros también realicen aportes lesivos similares; “Kollektive Rechtsgüter...”, pp. 124 y ss., 183 y ss., 384 y s.; “Die Materialisierung...”, pp. 27 y s. Se aúna a la idea de buscar “equivalentes materiales” para la lesividad de los bienes jurídicos colectivos (aunque rechaza la idea de la “acumulación”), SCHÜNEMANN, “Das Rechtsgüterschutzprinzip...”, pp. 154. En España PORTILLA CONTRERAS expone y sigue en gran medida las tesis de Hefendehl, “La supuesta crisis...”, pp. 922 y ss. En cambio, ver la recensión crítica de KARGL, pp. 762 y ss., 774 y ss.; y las recientes críticas de ROXIN, “Strafrecht A. T.”, pp. 38 y ss., esp. n. marg. 80, 84. En especial se critica la vinculación “causal” a la “confianza” y la “acumulación” pues estos conceptos son demasiado vagos y admiten distintas interpretaciones que precisamente llegarían a socavar el elemento “personal” que también Hefendehl exige como base constitutiva del “bien jurídico”; ver KARGL en la recensión, pp. 774 y ss.; ROXIN, *ibidem*, c. más refs., pp. 38 y ss., n. marg. 82 y ss. Por lo demás, es acertada la crítica a la “confianza” como criterio fundamentador de (algunos) bienes jurídicos colectivos: la mera “confianza” no tiene carácter crítico para p. ej., analizar de *lege ferenda* los tipos de “cohecho” que solamente se justifican en la lucha contra la “apariencia de corrupción”, aparte de no ser accesible a una verificación forense y dejar en la impunidad las violaciones ocultas que, por no conocidas, no podrían atacar contra ella; ver KARGL, *ibidem*, pp. 775 y s.; ROXIN, *ibidem*, pp. 39 y s., n. marg. 84. También ROXIN ha criticado recientemente la búsqueda de

### 1.2 Concepciones constitucionalistas

En la literatura alemana, hay muchos autores que, de distinta manera defienden un modelo conocido como “concepción constitucional” del bien jurídico. Entre los primeros que defendieron esta teoría figuran Walter SAX y Ernst-Joachim RUDOLPHI. A finales de los años 60 SAX opinaba que el ordenamiento penal de bienes jurídicos solamente en parte se vería cubierto, *de manera inmediata*, por el ordenamiento constitucional de valores cuando se tratara de un núcleo de valores ético-sociales previamente dados como la vida, el honor, la libertad, la integridad corporal, la propiedad; en el resto de bienes jurídicos, éstos serían “valores intermedios” en relación con aquel ordenamiento constitucional<sup>19</sup>. RUDOLPHI, en los años 70, también vinculaba el concepto de bien jurídico a la Constitución dado que aquél sería una “valiosa unidad social de función” irrenunciable en toda sociedad respetuosa de la Constitución y para garantizar la posición y libertad de todo ciudadano que viva en tal sociedad<sup>20</sup>.

En tiempos más recientes, Claus ROXIN, ha defendido la teoría de la *protección de bienes jurídicos* como tarea del Derecho penal, pues constituiría un principio irrenunciable para limitar el poder de la intervención estatal. En contra de las críticas “finalistas” (p. ej., provenientes, sobre todo, de Hirsch y Stratenwerth) y del “normativismo radical” (Jakobs), que relativizan o niegan la importancia del concepto “bien jurídico”, ROXIN afirma la necesidad de una “teoría personal” del bien jurídico, aunque en un sentido algo distinto de la teoría defendida por la Escuela de Frankfurt<sup>21</sup>. Afirma el autor alemán que, si se partiera de un Estado social y democrático de Derecho, en el sentido liberal de la Ilustración, al Derecho penal solamente le podría corresponder garantizar, subsidiariamente, una

coexistencia pacífica, libre y socialmente asegurada a los ciudadanos mediante la protección de ciertas circunstancias (Gegebenheiten) y objetivos (Zwecksetzungen). De esta manera se expresaría que el contenido de los bienes jurídicos estaría dado tanto por circunstancias preexistentes como por deberes normativos creados recién por el Derecho, pero siempre que ambos sean compatibles con el ordenamiento constitucional de valores<sup>22</sup>. Además, entiende ROXIN que los bienes jurídicos no serían simples “portadores ideales de significado” sino “circunstancias reales”, lo cual no quiere decir que tengan que ser objetos corporales, sino solamente “partes de la realidad empírica”, con lo cual dentro del concepto “bien jurídico” caben tanto bienes individuales como también bienes de la generalidad, pero, estos últimos, sólo en la medida en que sirvan al ciudadano en particular<sup>23</sup>. Por último, ROXIN insiste en que el “bien jurídico” conservaría un “carácter crítico” frente al legislador, mostrándole los límites de su poder punitivo; no bastaría con limitarlo a la función “metodológica” o “sistemática” tal como querían algunas doctrinas ya superadas<sup>24</sup>. Por cierto que ROXIN solamente concede un valor político-criminal al concepto “bien jurídico”; luego, no puede tener (todavía) fuerza vinculante para el Tribunal Constitucional la constatación, con ayuda de la teoría de bienes jurídicos, de que una disposición penal sería inapropiada y significaría una intervención desproporcionada en la libertad ciudadana, aunque pueda servir para la argumentación de una declaración de inconstitucionalidad<sup>25</sup>.

A partir de la definición-guía que él propone y siguiendo un procedimiento de exclusión<sup>26</sup>, ROXIN excluye la existencia de un “bien jurídico” tutelable penalmente en los siguientes casos: en caso de normas motivadas sola-

---

una lesividad propia para los bienes jurídicos colectivos que propone Hefendehl, y sostiene que esta lesividad, de manera similar a la que existe en los bienes jurídicos individuales, debería considerarse dada desde que exista un “perjuicio puntual” sin necesidad de que se afecte a todo el sistema; ver “Strafrecht. A. T.”, tomo I, pp. 39, n. marg. 83. Esta crítica es acertada y puede identificarse, sin mayores problemas, con la concepción que expongo más abajo y que dirige la lesividad a los “objetos” del bien jurídico (ver 1.4).

Por su parte, LAMPE considera que ambos grupos de bienes jurídicos serían básicamente similares, incluso su mayor o menor protección penal dependería, para ambos y (siguiendo en esto a Nicolai Hartmann) según el contexto sociocultural, de su mayor o menor “elevación” y “fuerza”: mientras más elevado (o sea, más espiritualizado) sea el bien jurídico, menos fuerza tendrá y menos protección necesitará; cfr. “Gedanken zum...”, pp. 86 y s.

19 Cfr. SAX, p. 913. De manera similar TIEDEMANN asume esta idea, ver Heidelberg, 1991, pp. 53 y s.

20 Cfr. RUDOLPHI, p. 164.

21 ROXIN, “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 13 y ss.; exponiendo doctrinas divergentes y rechazándolas, ibídem, pp. 27 y ss.; también en “¿La protección de bienes jurídicos...?”, pp. 291 y ss.

22 ROXIN, “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 18 y ss.; c. más refs. también en ibídem, pp. 40 y ss., esp. n. marg. 92.

23 Últimamente ROXIN ha admitido que el concepto de bien jurídico y el “principio de subsidiaridad”, nacidos en la Ilustración, tienen que adecuarse para afrontar los nuevos desafíos de la vida moderna. Luego, en lo que se refiere a la “manipulación genética” y los atentados contra el “ambiente”, la “subsidiaridad” tendría que ceder (introducción de la punibilidad en algunos casos) y el concepto de “bien jurídico” debería replantearse (incluyendo al “embrión” dentro de la protección penal, aunque bajo una ponderación con intereses terapéuticos, por un lado, y a la “naturaleza” por sí misma como valor tutelable, por el otro); ver “Problemas actuales...”, pp. 43 y ss.; también, c. más ejs., “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 29 y ss.

24 ROXIN, “Strafrecht A. T.”, tomo I, p. 15, n. marg. 5.

25 ROXIN, “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 42 y s., n. marg. 93 y s.

26 Ver la exposición más amplia de esto en ROXIN, “¿La protección de bienes jurídicos...?”, pp. 294 y ss.; “Problemas actuales...”, pp. 25 y ss.; “Strafrecht. A. T.”, tomo I, pp. 18 y ss.

mente por una ideología (p. ej., las expresiones críticas al régimen político); cuando la norma solamente describiera el objetivo de la ley (mantener a la sociedad libre de drogas, excluir consideraciones comerciales de la donación de órganos, etc.); cuando se tratara de simples atentados morales (la práctica homosexual libre entre adultos, el bestialismo, etc.); ante leyes exclusivamente simbólicas, o sea las que no son necesarias para la convivencia pacífica pero siguen fines extrapenales; en caso de bienes extremadamente abstractos (p. ej., la perturbación de la paz pública), etc. Por lo demás, no podría ser “bien jurídico” cualquier “abstracción impalpable” como la “salud pública” (para el tráfico de drogas) o la “tranquilidad pública” (en el caso de la incitación a la violencia) o incluso el término genérico “ambiente”; si bien en muchos de esos casos el problema, más bien, estaría en la definición del contenido del término utilizado<sup>27</sup>.

BOTTKE también ha postulado una concepción constitucional radical. Según él, no bastaría con exigir sin más al Derecho penal la protección de “bienes jurídicos”, sino se debe vincular esta exigencia a “bienes jurídicos constitucionales” (Verfassungsrechtsgüter), pues recién entonces existiría la posibilidad de poner límites efectivos al poder del legislador penal<sup>28</sup>. Esta teoría se derivaría de principios constitucionales, en especial los principios constitucionales de “legalidad” y “proporcionalidad” de una Constitución liberal, pues solamente se podría, legítima y proporcionalmente, sancionar con penas “desoptimizadoras de bienes” (restrictivas de libertades) conductas que impliquen a su vez la “desoptimización” de bienes de otros<sup>29</sup>. Por lo demás, BOTTKE precisa que la “lesión” debería entenderse en un sentido normativo como un acto de “arrogación de soberanía” (hoheitsanmassend), de “administración” antijurídica de un bien jurídico<sup>30</sup>, y que tal “arrogación” puede darse como un acto “ya hecho” o el

“emprendimiento” de un acto de manera “idónea”, con lo cual cubriría los casos de delitos consumados, tentativas (idóneas) y delitos de peligro (concreto y abstracto)<sup>31</sup>. Pero la teoría de BOTTKE no se opone a la tesis constitucionalista tradicional ni a la de ROXIN ni tampoco llega a consecuencias distintas; la diferencia solamente es terminológica pues, en lo básico reconoce la base constitucional de los bienes jurídicos como también una “afección normativa” de ellos a través del delito.

Últimamente, HEFENDEHL ha propuesto una teoría propia<sup>32</sup> que, por un lado, busca, a partir de la Constitución, definir los bienes jurídicos que el Derecho penal debe proteger, como también fijar los “límites” a la intervención penal. Aunque la Constitución no describa de manera precisa y completa la tarea del Derecho penal<sup>33</sup>, por lo menos permitiría establecer los requisitos mínimos para la legitimidad de los tipos penales. Así, bajo un análisis histórico (la Constitución alemana como respuesta al nacionalsocialismo) y sistemático (la “dignidad humana” frente a un “objeto del colectivo”) el punto de partida estaría dado por el entendimiento de que el Derecho penal tendría que ser visto como un “derecho de protección” (Schutzrecht), o sea que quiere evitar “resultados” más allá de meras infracciones de normas<sup>34</sup>. Recién las “esferas individuales de libertad” intermediadas por los derechos fundamentales podrían ofrecer los límites que no encontraría un Derecho penal basado solamente en la mera lesión de deberes; este último sería inconstitucional<sup>35</sup>. El elemento “personal” (individual) procedente de la Constitución debería estar presente en el contenido de todo “bien jurídico” tutelable penalmente, tanto “individual” como “colectivo”. En este último caso, el elemento “personal” fundamentaría bienes jurídicos “creadores de espacios de libertad” o “posibilitadores del desarrollo de las libertades individuales”, por un lado, y bienes “protectores de las

27 ROXIN, “Problemas actuales...”, pp. 39 y ss. HEFENDEHL recientemente ha afirmado que, en algunos de estos casos (salud pública, seguridad del tráfico rodado, aseguramiento del monopolio de la violencia estatal), en realidad se trataría de bienes jurídicos con componentes individuales y colectivos (constelaciones especiales); ver “Kollektive Rechtsgüter...”, pp. 139 y ss.; “Die Materialisierung...”, pp. 26. También SCHÜNEMANN critica la “hipostatización” (en el sentido de dar autonomía) de bienes jurídicos colectivos cuando se trataría más bien de bienes individuales en una serie de ejemplos como en el “fraude de subvenciones”, “abuso de seguros” de delitos contra el “tráfico rodado”; ver “Das Rechtsgüterschutzprinzip...”, pp. 149 y ss. Crítica similar a los abusos del concepto bien jurídico con la creación de “bienes jurídicos universales” difusos en ROXIN, “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 17, n. marg. 10, pp. 37 y ss., n. marg. 75 y ss.

28 BOTTKE, “Das Straftaterfordernis...”, pp. 464, 485 y s., 488 y s.

29 BOTTKE, “Das Straftaterfordernis...”, pp. 478, 485 y ss.

30 BOTTKE, “Das Straftaterfordernis...”, pp. 465 y ss. 479 y ss., esp. 481.

31 BOTTKE, “Das Straftaterfordernis...”, pp. 481, nota 77, 482 y s., 489.

32 HEFENDEHL rechaza la clasificación de su teoría dentro del “concepto constitucionalista de bien jurídico” pues, a diferencia de éste no derivaría la materialización del bien jurídico de la Constitución misma sino de los principios que subyacen a ella; ver “Die Materialisierung...”, p. 22, nota 7.

33 HEFENDEHL, “Kollektive Rechtsgüter...”, pp. 42 y ss.

34 HEFENDEHL, “Kollektive Rechtsgüter...”, pp. 48 y ss.; ibídem, “Die Materialisierung...”, pp. 23. Solamente como “excepción absoluta” admite tipos que penalicen meras “conductas” (o sea, sin resultado), siempre que se trate de atentados contra valores o ideas de conducta enraizadas en la sociedad como “convicciones homogéneas”; ver “Die Materialisierung...”, p. 23.

35 Cfr. HEFENDEHL, “Kollektive Rechtsgüter...”, pp. 50 y s.; “Die Materialisierung...”, p. 23.

condiciones básicas de la actividad estatal”, por el otro<sup>36</sup>. En ambos casos, la legitimidad estaría fundada en la “cercanía” al elemento “personal”: en el primero, porque la protección penal recién sería dable en tanto el individuo no pueda protegerse por sí mismo, en el segundo, porque lo punible recién existirá cuando se ataque (sensiblemente) el elemento “confianza” (constitutivo del funcionamiento de la institución en cuestión) del ciudadano<sup>37</sup>.

Por último, en general existe una vertiente de la teoría “constitucionalista”, emparentada con la de Sax (concepción radical) y defendida por distintos autores, que busca un mayor apego del concepto bien jurídico a los principios fundamentales, y vincula el bien jurídico con los derechos fundamentales reconocidos en la ley fundamental a fin de poder cumplir con la tarea político-criminal del concepto<sup>38</sup>. Por cierto que una “teoría constitucional” que identifique los “bienes jurídicos penales” con el ordenamiento valorativo constitucional que contiene derechos fundamentales “expresos” e “implícitos”<sup>39</sup> tiende a la positivización de los bienes jurídicos. Pero ello no implica que el contenido de la lista de bienes jurídicos permanezca invariable. Por un lado, el mismo contenido de un concepto constitucional (al cual se refiere el bien jurídico) puede cambiar, sea a través de la interpretación, la jurisprudencia o los tratados internacionales; por otro lado, también deben admitirse “bienes jurídicos implícitos”, derivados de los “expresos” y que completan la protección legal y penal de los primeros<sup>40</sup>. No se trata tampoco de trasladar conceptos constitucionales al Derecho penal y que éste sea un mero apéndice del primero<sup>41</sup>, sino de que el Derecho penal, en su tarea de proteger los derechos fundamentales y bajo el respeto de sus propios

principios (basados a su vez en principios constitucionales) permita identificar tanto la conducta penalizada como el bien jurídico que se quiere proteger. Esto último es una tarea del penalista bajo el aspecto de la “función interpretativa” que se otorga al bien jurídico.

En resumen, entre las tesis “constitucionalistas” puede hablarse de un consenso cuando se trata de vincular el concepto de “bien jurídico” y su contenido con la Constitución. En tal medida se ha entendido que el Derecho penal equivaldría a un “Derecho constitucional aplicado” y que, por ello, el penalista debe tratar de concretar el ordenamiento objetivo de valores de la Constitución en las estructuras político-criminales y dogmáticas del Derecho penal<sup>42</sup>. Esa vinculación puede ser más o menos fuerte, según se dé mayor importancia a la concreción o a la dinamicidad: la tesis radical consigue mayor concreción con su lista “semicerrada” (aunque los “bienes jurídicos implícitos” ofrecen una puerta de entrada a nuevos bienes), mientras que la mayor dinamicidad (menor rigidez) es conseguida por la tesis moderada que renuncia a la positivización de los bienes jurídicos. Pero tanto unos como los otros no proponen listas completamente cerradas que se opongan a la protección futura de nuevos “bienes jurídicos” vinculados con la Constitución, pues esta misma tampoco puede entenderse como cerrada al progreso o a la aparición de nuevas necesidades sociales. Dado que la tesis radical recurre a la interpretación extensiva de los derechos fundamentales de la Constitución y la tesis moderada recurre a los principios constitucionales que inspiran aquéllos, en última instancia, la diferencia entre ambas concepciones es mínima<sup>43</sup>.

36 Cfr. HEFENDEHL, “Kollektive Rechtsgüter...”, pp. 59 y s., 80 y ss., 113 y ss.; igualmente en “Die Materialisierung...”, pp. 25 y s.

37 HEFENDEHL, “Kollektive Rechtsgüter...”, pp. 113 y ss., 124 y ss.; “Die Materialisierung...”, pp. 25 y s.

38 Va incluso más lejos Gonzalo FERNÁNDEZ con su teoría trascendente de la “configuración iushumanista del bien jurídico”, según la cual los bienes jurídicos estarían constituidos por los “valores sociales”, universales y multiculturales relacionados con los “derechos humanos” reconocidos por el Derecho internacional y que derivarían de la “dignidad” de la persona; ver pp. 118 y ss., 291 y ss. Para él, la teoría constitucionalista no lograría “cerrar” el concepto debido a la “pluralidad de valores” que contiene, y solamente constituiría un “mandato de determinación” para el legislador (ibídem, pp. 108 y ss., 291).

39 Esta tesis se remonta a BRICOLA y ha sido defendida en España sobre todo por ÁLVAREZ GARCÍA, pp. 5 y ss., 19 y ss., 36 y s.; ARROYO ZAPATERO, pp. 100 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, pp. 1 y ss.; CARBONELL MATEU, pp. 27 y ss., 77 y ss. Ver más detalles y refs. en ABANTO VÁSQUEZ, siguiendo y proponiendo una concepción propia, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, pp. 41 y ss., 47 y ss. Mi concepción, que basa la legitimidad de los bienes jurídicos “supraindividuales” en su “cercanía” a los “individuales” (ibídem, pp. 45 y ss., 63 y s.) tiene muchas coincidencias con la reciente fundamentación constitucional de HEFENDEHL, cuando éste establece la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos en función de su “cercanía” al elemento “personal” (“Kollektive Rechtsgüter...”, pp. 113 y ss.).

40 Ver ref. sobre esta argumentación en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, pp. 47 y ss. El recorrido argumento en contra de la teoría de bienes jurídicos o, por lo menos, de su “función crítica” (entre otros, ver, c. más ejemplos, AMELUNG, “Der Begriff des Rechtsguts...”, pp. 161 y s.) de que a partir de la Constitución pueda derivar la necesidad de protección legal (o penal) de intereses que no se relacionen directamente con la persona (p. ej., la protección de los animales según el artículo 20a de la Constitución alemana), aparte de ser discutible (la protección también tiene una base “personalista” cuando la vinculación se hace a las “futuras generaciones”) no afecta esta versión de la “tesis constitucionalista”, pues ella está abierta a las decisiones valorativas constitucionales sea expresas o que se deriven de sus principios.

41 Cfr. la crítica de MUÑOZ CONDE a las tesis constitucionalistas para afirmar, más bien, la autonomía del Derecho penal; ver pp. 562, 567 y s.

42 Así lo entiende también WOLTER, pp. 5 y ss.

43 Constatación que hice anteriormente en “Derecho penal económico. Consideraciones...”, p. 49.

De manera paralela al desarrollo de la teoría constitucional de bienes jurídicos, en el Derecho constitucional se ha reconocido ya desde hace tiempo que los “derechos fundamentales” no solamente constituyen “derechos de defensa” contra el Estado, sino también un “ordenamiento objetivo de valores” vinculante para el legislador, con lo cual se ha podido fundamentar la obligación del Estado de proteger “bienes jurídicos individuales” y, eventualmente, otros bienes jurídicos de primer orden<sup>44</sup>. Se volverá sobre este tema un poco más adelante.

### 1.3 Los límites político-criminales “externos” al bien jurídico

Ahora bien, el propio concepto de “bien jurídico”, cualquiera que sea el que se maneje, solamente puede ser el primer paso para la limitación del *ius puniendi* estatal, pues no se puede esperar de él que, por sí mismo, proporcione instrumentos político-criminales para determinar con exactitud la necesidad o no de la intervención penal<sup>45</sup>.

Por cierto que sí, dentro de la teoría de bienes jurídicos, se optara por operar –como aquí se recomienda– con una concepción que reconozca una jerarquía de bienes jurídicos (especialmente vinculada a la Constitución), se tendría ya una primera herramienta útil, pues se podría, en función de tal jerarquía, establecer una mayor, menor o falta de necesidad de la protección penal. Así, gozarían de protección penal decreciente en el sentido de dicha jerar-

quía, bienes individuales como la vida, la libertad humana, la integridad corporal, el patrimonio, el honor. Y también algo similar se puede hacer con los bienes jurídicos vinculados con el funcionamiento de instituciones básicas necesarias para el pleno desarrollo de tales derechos fundamentales, como p. ej., el “funcionamiento de la administración pública”, “la administración de justicia”, “el sistema crediticio”, “el sistema tributario”, etc.

Pero esto todavía necesita una mayor concreción pues no toda conducta que atente contra los bienes jurídicos, incluso contra los de primer orden, necesariamente debe ser contenida con ayuda del Derecho penal. Entonces, la determinación del “bien jurídico” tutelado solamente constituye el primer paso. A continuación se tendrán que analizar las *conductas* para ver cuáles de ellas afectan realmente al bien jurídico en cuestión. Y recién si la conducta analizada fuera suficientemente grave y no existiera otra forma de reaccionar adecuadamente contra ella, podría admitirse que la vía penal sería imprescindible. En tal caso se dice que la conducta es “merecedora de pena” (bajo una valoración de la dañosidad social de la conducta) y “necesita pena” (bajo consideración de finalidades de la pena estatal). Con estos dos conceptos se alude a criterios de política criminal o política jurídica, derivados de principios constitucionales y dirigidos al legislador, sobre los cuales se puede decir que existe amplio consenso en la doctrina penal, aunque se utilice, a veces, una distinta terminología<sup>46</sup>.

44 Ver, c. refs. de la jurisprudencia constitucional alemana, MÜLLER-DIETZ, pp. 127, 130 y s.

45 HASSEMER afirma por eso que como el campo de acción del legislador respecto al “sí” y el “cómo” de las prohibiciones penales y de las amenazas de consecuencias jurídicas es y debe ser amplio, pues incluye decisiones y pronósticos que precisan de una serie de datos e instrumentos que deben coordinar entre sí, “sería inocente, no solamente en contra de la tradición penal sino también en lo metódico, la idea de que el principio del bien jurídico y de la protección del bien jurídico podría dirigir positivamente al legislador penal”; ver (traducción libre), “Darf es Straftaten geben...”, p. 61.

46 Al respecto consultar entre otros, OTTO, c. más refs., “Grundkurs...”, pp. 9 y s., n. marg. 48 y ss.; WEBER, en Baumann/Weber/Mitsch, quien considera ya el rango del “bien jurídico” mismo como un criterio fundamental del “merecimiento de pena”, al cual se unirían otros, pp. 12 y ss., 15 y ss.; ROXIN, quien se refiere a la “subsidiariedad” de la protección de bienes jurídicos a partir del principio constitucional de “proporcionalidad”, “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 45 y ss.; igualmente en “Problemas actuales”, pp. 20 y ss., 41 y s.; WESSELS/BEULKE, refiriéndose solamente a la “fragmentariedad” del Derecho penal y al “efecto socialmente dañoso” de las conductas criminalizables, p. 3, n. marg. 9; GROPP, pp. 80, n. marg. 29; JESCHECK/WEIGEND, pp. 50 y ss.; KREY, tratando ambos temas bajo el acápite de la “subsidiariedad de la protección de bienes jurídicos”, pp. 7 y ss.; KINDHÄUSER, refiriéndose a una “especial dañosidad social”, pp. 37, n. marg. 6; STRATENWERTH/KUHLEN, p. dentro de un grupo de “parámetros críticos” que prueban la legitimidad de la intervención penal; FRISCH, “An den Grenzen...”, pp. 87 y s., 95 y s.; el mismo autor, exigiendo integrar aquí los “principios de responsabilidad” en que se basa la imputación objetiva, “Rechtsgut, Recht...”, pp. 223 y ss.; LENCKNER en: Schönke/Schröder, vor § 13 y ss., n. marg. 11, pp. 145; LAMPE hace una primera selección a través de la “elevación” y “fuerza” de los bienes jurídicos y luego a través de la “necesidad de pena”, pero sitúa esto último más bien en el Derecho procesal penal, ver “Gedanken zum...”, pp. 86 y ss., 90 y ss.; LÜDERSEN, proponiendo los criterios constitucionales la prueba de la “idoneidad” y “necesidad” de los medios penales, así como la exclusión de conflictos con los objetivos de otras leyes, como criterios para limitar la intervención penal; ver “Das moderne Strafrecht”, p. 99, columna derecha, y ss.; HEFENDEHL, empleando el principio de “proporcionalidad” con sus componentes “idoneidad” (conexión entre acción punible y objeto de protección) y “necesidad” (existencia de alternativas al Derecho penal), “Kollektive Rechtsgüter...”, pp. 83 y ss., 213 y ss.; el mismo autor en “Die Materialisierung...”, p. 24; HASSEMER, empleando el principio de “prohibición de exceso” y proponiendo más allá de esto una “teoría de la discrecionalidad legislativa en el Derecho penal”, “Darf es Straftaten geben...”, p. 61; en sentido similar a este último, STERBERG-LIEBEN, pp. 76 y ss.; AMELUNG, proponiendo una “teoría de la dañosidad social” entendiendo el delito como ataque contra las “condiciones organizativas de la coexistencia humana”, ver “Der Begriff des Rechtsguts...”, pp. 180 y ss. En la doctrina iberoamericana consultar, entre otros, BUSTOS, “Política criminal e injusto”, pp. 143 y s.; BUSTOS/HORMAZÁBAL, pp. 28 y ss.; POLAINO NAVARRETE, pp. 194 y s.;

En la determinación del *merecimiento de pena* se tiene que recurrir a valoraciones que lleven a atribuir a la “conducta” el significado de un “ataque intolerable”, grave, para el bien jurídico. Mientras que en los bienes jurídicos más importantes como la vida y la integridad corporal casi todos los ataques son considerados graves, en los demás bienes jurídicos no sucede lo mismo. No es igual una conducta dolosa que una culposa. Y la mera puesta en peligro no es tan grave como la lesión efectiva del objeto atacado. En el nivel de los bienes jurídicos situados en los escalones más bajos de la jerarquía constitucional, la protección penal tenderá a disminuir; incluso podría desaparecer para dar lugar a una protección meramente extrapenal (administrativa, civil, etc.). Por ejemplo, eso sucede muchas veces con el patrimonio. Los ataques contra el bien jurídico “patrimonio” sólo son considerados graves si se realiza por medios violentos o con engaño (hurto, robo, usurpación, estafa, daños). En cambio, las simples deudas contractuales suelen ser dejadas al Derecho civil para su solución. En el caso de los bienes jurídicos “supraindividuales”, el criterio empleado para afirmar el “merecimiento

de pena” es el de la “dañosidad social”. Dentro de este concepto se incluyen una serie de criterios suplementarios, empleados por la Criminología, como el “efecto espiral”, “efecto resaca”; es decir, el peligro de “contagio”, “imitación” y “acumulación” que generaría una conducta y que llevaría a mayores daños en gran escala, sea porque otros tenderían a cometer la misma conducta lesiva o porque, crearía un ambiente favorecedor de la comisión de otras conductas lesivas<sup>47</sup>. Por cierto que, tanto en uno como en otro caso, todos los ataques, sean contra bienes jurídicos individuales como supraindividuales, pueden ser considerados “dañosos socialmente”; sólo la forma de cómo medir esta dañosidad varía por razones de la distinta percepción que se tiene de los bienes jurídicos: en los individuales, se ve la gravedad (dañosidad) ya como “reprochabilidad” por atentarse contra un bien importante de la persona; en los bienes supraindividuales, aparte de que los medios empleados puedan ser reprochables, pasa a primer plano el efecto social de la conducta (muchas veces, de carácter económico) pues la acción no suele dirigirse contra una víctima concreta.

---

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, pp. 60 y s., 80 y ss.; MIR PUIG, distinguiendo primero entre “bienes jurídicos” y “bienes jurídico-penales” para limitar la intervención penal en estos últimos de conformidad con principios constitucionales, “Derecho penal, p. g.” pp. 129 y ss.; también el mismo autor, extrayendo los límites del “principio constitucional de proporcionalidad”, en “Límites del normativismo...”, pp. 678 y s.; y ZUGALDÍA ESPINAR, refiriéndose al principio “mínima intervención, máximas garantías”, “¿Qué queda en pie...”, pp. 109 y ss. Ver, c. más refs. también en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, pp. 58 y ss., 66 y ss. Lleva a confusión, a veces, el que ambos términos “merecimiento de pena” y “necesidad de pena” se empleen como base de una cuarta categoría dogmática-penal (además de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad) para comprender los casos tradicionalmente conocidos como “condiciones objetivas de punibilidad”; la doctrina dominante no comparte tal posición; ver al respecto, LENCKNER, en Schönke/Schröder, n. marg. 13/14, pp. 145 y s.; ROXIN, “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 1047 y ss., n. marg. 34 y ss.

<sup>47</sup> Ver refs. al respecto en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, pp. 74 y ss. En este sentido se entiende mayoritariamente la “acumulación”; p. ej., FRISCH considera la “acumulación” como un criterio situado más allá del injusto para decidir la “exigibilidad” y “conveniencia” (Angemessenheit) de la aplicación de la pena; ver “Rechtsgut, Recht,...”, pp. 235 y ss. En la literatura iberoamericana también restan importancia interpretativa a la “acumulación”, aunque sí le da un papel legitimador de la intervención penal en el mismo sentido que se expone aquí, MARTÍNEZ-BUJÁN, “Reflexiones...”, pp. 101; criticando más bien la base naturalística (“destrucción” del bien) que presupondría la “acumulación” en vez de una “afectación” como base de la “lesividad”, CORCOY BIDASOLO, p. 31. Una concepción divergente recurre a la “acumulación” como criterio fundamentador de la “lesividad” en los bienes jurídicos supraindividuales (universales o colectivos). Así HEFENDEHL emplea la “acumulación” para afirmar la existencia de una “relación de idoneidad” (como equivalente material de la “lesión causal” de los delitos contra bienes jurídicos individuales) de las conductas punibles contra “bienes jurídicos colectivos”; ver “Kollektive Rechtsgüter...”, c. más refs., pp. 183 y ss.; “Die Materialisierung...”, pp. 27; “Das Rechtsgut als materialer...”, pp. 131. En el mismo sentido, exponiendo y siguiendo esta tesis, PORTILLA CONTRERAS, “La supuesta crisis...”, pp. 920 y ss. Pero en contra de esta última concepción debe afirmarse que el hecho de que algunos delitos sean considerados peligrosos y punibles debido al “efecto de acumulación” que traerían consigo (p. ej., en muchos delitos económicos y contra el medio ambiente) solamente consiste en un criterio referido al “merecimiento de pena”, no una forma de verificar la “lesividad” de la conducta. Una cuantificación como esa del “daño relevante” de la conducta típica, por un lado, no solamente es exclusividad de delitos contra bienes jurídicos “supraindividuales” (o colectivos) pues también existe en delitos tradicionales como el hurto y la estafa; por otro lado, tal cuantificación, de lege lata, está más allá del injusto, pues en esos casos el legislador establece meros límites cuantitativos a la persecución penal (cuantías). SCHÜNEMANN duda que la construcción de “delitos acumulativos” pueda solucionar los problemas de algunos ataques al medio ambiente y propone más bien, dejar como bagatela unos casos y, en otros, referir el ataque a un “bien jurídico intermedio” (de manera similar a lo que regiría en el tráfico de drogas, y la tenencia ilegal de armas) concebido como la “soberanía estatal” de la explotación económica; cfr. “Das Rechtsgüter-schutzprinzip...”, pp. 153, 154. También STERNBERG-LIEBEN duda de la “necesidad de pena” de los llamados “delitos de acumulación” debido a que no tendrían suficiente desvalor del resultado y de la acción; p. 73. Con razón ROXIN critica la doctrina de la “acumulación” como criterio de fundamentación de la lesividad en los bienes jurídicos colectivos pues con ella se llega a la punibilidad del causante por hechos de terceros (que recién hacen que el perjuicio sea grave); además, el concepto “acumulación” no es suficientemente taxativo (¿a partir de cuándo existe una gravedad penalmente relevante?) y tiende a legitimar pseudo-bienes jurídicos; ver “Strafrecht A. T.”, tomo I, p. 39, n. marg. 82.

Pero además de “merecer” pena por atentar gravemente contra un bien jurídico especialmente valioso y ser socialmente dañosa, la conducta punible debe caracterizarse por crear un conflicto social que no pueda ser solucionado de otra manera que recurriendo al Derecho penal. Se habla entonces de la *necesidad de pena*. Aquí se trata de aplicar la idea del Derecho penal como “ultima ratio” o el principio de “mínima intervención”, según los cuales, el Derecho penal debería abstenerse de intervenir si la solución al conflicto y el restablecimiento de la paz social pudiera darse en otra área del Derecho. Si por ejemplo el Derecho administrativo fuera capaz de proteger plenamente al sistema crediticio, ya no debería recurrirse al Derecho penal mediante los tipos penales de “fraude financiero”, “estafa de créditos” o similares; o si se pudiera proteger adecuadamente la libre y leal competencia mediante leyes administrativas, no habría necesidad de leyes penales al respecto. Por cierto, aún así queda un margen abierto para la discusión pues, pese a la existencia de una protección extrapenal del bien jurídico, siempre puede argumentarse que esa protección no sería suficiente, que habría necesidad de un “refuerzo penal”. Se llega aquí a un terreno en el que la protección penal (adicional) depende, en última instancia, de la decisión del legislador, el cual basará su política criminal en valoraciones más bien extrapenales (sobre todo, necesidades de política económica o de otras áreas jurídicas). La disyuntiva aquí planteada destaca claramente en lo que se conoce como “Derecho penal económico”, donde la protección penal se dirige a garantizar el funcionamiento de instituciones económicas ya protegidas anteriormente por el Derecho administrativo o distintas áreas jurídicas autónomas. Si la decisión de política jurídica fuera la de dar una mayor protección al bien jurídico, se recurrirá, además del Derecho administrativo, también al Derecho penal. Finalmente, la importancia del criterio de “necesidad de pena” se refleja en la exigencia de que se renuncie al empleo del Derecho penal cuando, por razones preventivas, no sea necesario; p. ej., cuando se trate de casos de “mínima culpabilidad” (p. ej., hurtos de escasisima cuantía) o cuando el propio delincuente ya hubiera sufrido graves perjuicios con el delito cometido por él (p. ej., el padre que mata culposamente a su hijo). Esto último se ha reflejado en una serie de medidas materiales y procesales ya vigentes en muchas legislaciones

penales como por ejemplo la “suspensión condicional de la condena” o la aplicación del “principio de oportunidad”.

De esta manera, los criterios de política criminal conocidos como “merecimiento de pena” y “necesidad de pena” (en algunas versiones, el primero engloba al segundo; en otras, el segundo al primero), basados en la idea de la “proporcionalidad” y la “subsidiaridad”, dejan un amplio ámbito de acción al legislador para configurar la legislación penal según las particularidades y necesidades de la sociedad de que se trate<sup>48</sup>. Pero también restringen la actuación del legislador a lo estrictamente necesario para la protección de los bienes, de tal manera que si el legislador fuera más allá de estos límites, estaría atentando contra la “prohibición de exceso” (*Übermaßverbot*)<sup>49</sup>.

Por último, queda por definir los alcances de la teoría de bienes jurídicos en sentido positivo, es decir, en qué medida podría “obligar” al legislador a proteger penalmente un bien jurídico que previamente ha sido identificado como importante. En este caso se habla del ámbito de configuración de política jurídica y se discute si existiría una *prohibición de insuficiencia* o de “infraproporción” (*Untermassverbot*) como contrapartida de la “prohibición de exceso” (*Übermassverbot*), o sea, concretamente: una “obligación de penalizar”. Ese tema, tematizado y discutido sobre todo en el Derecho constitucional y civil<sup>50</sup>, es muy polémico en el campo penal, especialmente cuando se trata de utilizarlo para demostrar la necesidad de protección penal contra nuevas formas de criminalidad (delitos económicos, manipulación genética, delitos ecológicos, delitos contra intereses supranacionales, etc.)<sup>51</sup>. El punto de partida consiste en la definición de los “deberes de protección” que tendría el Estado frente a sus ciudadanos, tras lo cual se tiene que discutir la forma cómo tendrían que cumplirse (entre otras formas, a través del Derecho penal)<sup>52</sup>.

Para los que niegan toda relevancia a la teoría de bienes jurídicos está claro que el legislador es básicamente libre de decidir cuándo debe intervenir con leyes penales. Pero la doctrina dominante admite la obligatoriedad de la intervención penal en aquellos casos en los que se trate de bienes jurídicos fundamentales, pues en caso contrario “estaría permitido al Estado escapar a su tarea de asegurar la pacífica coexistencia de los ciudadanos, con lo cual el Estado se negaría a sí mismo”<sup>53</sup>. Ya en concreto, buena parte de la doc-

48 Cfr. ROXIN, “Strafrecht A. T.”, tomo I, p. 46, n. marg. 101.

49 MÜLLER-DIETZ, resumiendo los principios desarrollados por la jurisprudencia constitucional alemana, pp. 127 y s.

50 Desde la perspectiva civil, ver la concreción intentada últimamente por RASSOW tomando por referencia al “principio de exceso” y aportando algunos criterios (legitimidad constitucional del objetivo, idoneidad del medio, necesidad y efectividad, oportunidad), pp. 269 y ss.

51 Cfr. ROXIN, “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 43 y s., n. marg. 95 y s.; HASSEMER, “Darf es Straftaten geben...”, pp. 62 y s.; MÜLLER-DIETZ, c. más refs., pp. 125, 128; TIEDEMANN, “Verfassung und Strafrecht”, pp. 50.

52 MÜLLER-DIETZ, pp. 125 y s. En la doctrina y jurisprudencia constitucionales se ha impuesto el reconocimiento de un “ordenamiento objetivo de valores” plasmado en la Constitución en los derechos fundamentales, a partir de los cuales se derivan, para el Estado, “deberes” de darles protección, aparte de que también deben ser tomados en cuenta en la interpretación del Derecho por parte de la administración y los tribunales; ver RASSOW, pp. 263 y s.

53 Ver ROXIN (traducción libre), “Strafrecht. A. T.”, tomo I, pp. 44, n. marg. 96. También SCHÜNEMANN resalta el carácter “legitimador” de la teoría de bienes jurídicas de nuevas intervenciones penales, p. ej., en el caso de los delitos ambientales; “Das Rechtsgüterschutzprinzip...”, p. 153.

trina dominante sostiene que si bien la protección legal de bienes jurídicos puede ser obligatoria incluso más allá de la protección de la vida e integridad corporal, en el campo estrictamente penal tal obligatoriedad solamente sería sostenible cuando se tratase de bienes jurídicos individuales; más allá de ello el legislador tendría un amplio campo de acción para decidir si interviene penalmente o si se contenta con recurrir a medios de protección menos graves como el Derecho civil o el administrativo<sup>54</sup>. Pero otro sector doctrinario agrupado bajo la denominación de “constitucionalista”, considera que los “mandatos de criminalización” provenientes de la Constitución pueden ser más numerosos, pues el principio de “ultima ratio” no quiere decir que el Derecho penal deba siempre y sin excepciones ser subsidiario; podrían existir “mandatos de penalización” más allá del “núcleo” tradicional cuando exista un bien jurídico importante (no necesariamente “individual” aunque sí vinculado con derechos fundamentales) que se encuentre amenazado por conductas especialmente peligrosas<sup>55</sup>. Aquí la discusión sigue abierta pues, en última instancia, la intervención estatal (y sobre todo cuando se lleva a cabo mediante el Derecho penal) deberá ser precedida de una ponderación de los diversos intereses en juego (vinculados también con bienes fundamentales) que se engloban en dos: la “libertad individual” y la “seguridad ciudadana”<sup>56</sup>. Ésta es precisamente la vieja tensión que el normativismo radical, bajo una sobrevaloración de este último interés, ha lanzado recientemente a la discusión con la tesis del “Derecho penal del enemigo”.

Pero, así como no sería posible una protección absoluta de la “libertad” (o de los bienes individuales), tampoco sería posible garantizar una “seguridad” total, al cien por ciento. De lo que se trata es de encontrar un “equilibrio” tolerable en la protección de ambos intereses<sup>57</sup>.

Actualmente, pese a que ya es doctrina dominante la que afirma una estrecha relación entre el Derecho penal y el Derecho constitucional, todavía falta desarrollar reglas vinculantes para la tarea penal del legislador y para el Tribunal Constitucional. Pese a que se suele afirmar que el Tribunal Constitucional podría guiarse en una falta de “lesividad” de una ley penal para declarar su inconstitucionalidad, esto no es vinculante<sup>58</sup>. Ciertamente tiene razón ROXIN cuando afirma que sería arrogante exigir esto si en el Derecho penal ni siquiera existe consenso sobre el concepto del bien jurídico, aparte de que tampoco podría negar al legislador una cierta discrecionalidad para regular la libre vida en común y las consecuencias de su afectación<sup>59</sup>. Pero, ¿debería tener el legislador la libertad prácticamente irrestricta que ahora tiene? ¿Es suficiente que la teoría de bienes jurídicos ponga en “apuros de explicación” al legislador después de haber dado una ley que no proteja bienes jurídicos?<sup>60</sup>. Entonces, no basta tampoco con una teoría de “bienes jurídicos” ni con principios limitadores aislados si ello no va aunado a reglas específicas y a consecuencias jurídicas claras en caso de su inobservancia. Es aquí donde debería trabajarse más en la doctrina constitucional para hacer armonizar la función legislativa con las necesidades del Derecho penal<sup>61</sup>. Por ello,

54 Pero incluso dentro de este “núcleo” existen las dudas de si siempre debería intervenir el Derecho penal. En la práctica alemana el caso más famoso fue el de la regulación penal del “aborto”, pues el Tribunal Constitucional exigió la “protección penal” de la vida (BVerfGE, tomo 39, pp. 1, 45), aunque luego (BVerfGE, tomo 88, 203) reconoció la posibilidad de prever medidas extrapenales que relativizan la protección penal tras lo cual se introdujo, en el art. 218a StGB la impunidad del aborto, dentro de los 12 meses desde la concepción, si la abortante hubiera seguido un asesoramiento médico previo según la “ley de conflictos en embarazos”. El Tribunal Constitucional alemán también ha declarado que el “núcleo” del Derecho penal no debe ser rebajado al Derecho de contravenciones pues en tal caso se incurriría en una prohibición de “insuficiencia” o “infraproporción” (Untermassverbot) (BVerfGE, tomo 88, pp. 203, 254, 258; tomo 45, pp. 272, 288 y ss. Al respecto ver KREY, c. ejs. pp. 11 y ss., n. marg. 28; WEBER en Baumann/Weber/Mitsch, p. 49, n. marg. 16; HASSEMER, “Darf es Straftaten geben...”, pp. 63; con más refs., MÜLLER-DIETZ, pp. 126 y s. En la literatura iberoamericana enfatizan más bien la subsidiariedad del Derecho penal MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, aunque admiten que “... de una Política criminal razonable cabe esperar que los bienes jurídicos fundamentales de carácter personalísimo (vida, integridad física, libertad) sean objeto de protección penal a través de la tipificación como delitos y consecuente amenaza de pena de los ataques más graves a los mismos”, ver c. más refs. p. 82; ver también MUÑOZ CONDE, pp. 563, 573 y s.

55 Así, KREY, pp. 6, n. marg. 15, pp. 11 y ss.; también HASSEMER reconoce la amplia relevancia del principio de “prohibición de insuficiencia” incluso más allá del Derecho penal, ver “Darf es Straftaten geben...”, p. 63; MÜLLER-DIETZ, pp. 129 y s. Ver refs. también en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, p. 55.

56 Cfr. MÜLLER-DIETZ, c. más refs., pp. 132 y s.

57 En ese sentido, ROXIN, “Dogmática penal...”, pp. 443 y ss. Por eso ROXIN afirma que, aunque sea innegable que una dictadura podría bajar los índices de criminalidad (tal como habría ocurrido pp. ej., en la fenecida República Democrática Alemana o en otros países del bloque oriental) y que en la lucha contra la criminalidad organizada se recurrirá cada vez más, en el futuro, a medios tecnológicos que podrían invadir la esfera privada, de allí no se puede deducir que sea deseable la minimización de la criminalidad mediante un control completo, “... pues el sacrificio de la libertad ciudadana sería un precio demasiado elevado para una lucha exitosa contra la criminalidad”; ver *ibidem*, p. 445.

58 Cfr. ROXIN, “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 40 y ss., esp. n. marg. 93 y s.

59 ROXIN, “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 42 y s., n. marg. 93.

60 Cfr. LAGODNY, pp. 87; ROXIN, remitiéndose al primero, “Strafrecht A. T.”, tomo I, p. 43, n. marg. 94.

61 Cfr. LAGODNY, tras constatar una falta de concreción de los principios penales en la dogmática constitucional alemana, pp. 85 y ss., 88. También ver el análisis crítico y las refs. de SCHÜNEMANN en cuanto a la omisión inexplicable de la jurisprudencia constitucional alemana de haber admitido expresamente la teoría de bienes jurídicos, “Das Rechtsgüterschutzprinzip...”, pp. 142 y ss.

cada vez más, se impone la convicción de que se hace necesario desarrollar una teoría del *control de la actividad penal del legislador*, en la cual, se integrarían la teoría de “bienes jurídicos”, los principios limitadores del *ius puniendi* y otros parámetros de control de la actividad legislativa (anterior y posterior a la emisión de las leyes)<sup>62</sup>.

#### 1.4 Distinción entre “bien jurídico”, “objeto de protección” y “objeto del ataque”. Consecuencias para los “delitos de peligro”

Hasta ahora se ha expuesto, más o menos, la teoría dominante con una cierta acentuación de la tesis constitucionista. Para lo que viene a continuación, es importante hacer ahora algunas precisiones que permitirán aplicar mejor la teoría de bienes jurídicos.

Primeramente se trata de la distinción entre “bien jurídico” y “objeto de “protección” u *objeto del bien jurídico*. No son conceptos idénticos aunque, en el análisis penal, suelen ser confundidos. Todo bien jurídico, como valor, tiene un correlato aprehensible en el mundo naturalístico que puede ser atacado. A través del ataque (como lesión o puesta en pe-

ligro) a este “objeto” se ataca también al bien jurídico. Pero mientras el “bien jurídico”, como valor ideal, sólo puede ser “afectado” normativamente, el “objeto del bien jurídico” puede ser lesionado o puesto en peligro tanto naturalísticamente como en el sentido de “desorganización” o “arrogación de organización”. Así, la vida como valor es atacada a través de una lesión o puesta en peligro de una vida concreta. Esa identidad de términos (“vida” como bien jurídico y “vida” concreta como objeto de ataque) puede llevar a confusiones. Pero no siempre se da tal identidad. P. ej., no debe confundirse al bien jurídico “sistema crediticio” con el patrimonio directamente puesto en peligro o afectado de la institución financiera (§ 265b StGB, 247 C. P. peruano) ni la “pureza” de las aguas contaminadas con el atentado contra el “medio ambiente” (§ 324 StGB, art. 304 C. P. peruano).

Esta distinción es conocida y admitida desde antiguo en la dogmática penal<sup>63</sup>, pero no ha sido llevada a sus últimas consecuencias. Así, ROXIN decía en la tercera edición de su Manual (tomo I): “Bien jurídico es, luego, el bien ideal que encarna el objeto concreto de ataque; es lesionable solamente a través de la afección de objetos individuales de la acción”<sup>64</sup>. Y recientemente KINDHÄUSER afirma, acerta-

62 En este sentido ver HASSEMER, “Darf es Straftaten geben...”, p. 61; STERNBERG-LIEBEN, pp. 76 y ss., 82. También puede entenderse así la propuesta de AMELUNG sobre una “teoría de la dañosidad social” en la cual la decisión de aquello que atenta contra la “coexistencia humana” (el delito), y por lo tanto el análisis de las funciones de normas en sistemas sociales, deba estar en manos de las ciencias sociales, y la decisión de lo “socialmente dañoso” en manos de los actores políticos; ver “Der Begriff des Rechtsguts...”, pp. 180 y s. En tal teoría se tendría que integrar también, entre otros principios, el “principio de reserva de la ley penal”. Igualmente allí debería ubicarse su propuesta dirigida a obtener un “consenso social” limitador del poder punitivo especial, y que consiste en exigir una mayoría calificada para la promulgación de leyes penales (en Alemania basta la mayoría simple); ver “Der Begriff des Rechtsguts...”, p. 164. Esto efectivamente sería más garantista, aunque ya se practique y defienda teóricamente desde hace varios años en la legislación penal española; sobre el “principio de reserva” y sus posibilidades garantistas ver ABANTO VÁSQUEZ, “Principio de reserva de la ley penal versus autoritarismo estatal”, Revista Peruana de Ciencias Penales N° 13 (2003), pp. 197 y ss.

63 Así ver ROXIN, “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 33 y s., n. marg. 65 y ss.; KINDHÄUSER, p. 37, n. marg. 7; OTTO, “Grundkurs...”, pp. 6, n. marg. 31, pp. 8 y s., n. marg. 42 y ss.; STRATENWERTH/KUHLEN, pp. 88 y s.; KREY, p. 4, n. marg. 4; WEBER, en Baumann/Weber/Mitsch, pp. 15, n. marg. 18; WESSELS/BEULKE, p. 2, n. marg. 8; JESCHECK/WEIGEND, p. 260; ampliamente GRAUL, pp. 25 y ss., 36, 38. En el Derecho penal iberoamericano, ver especialmente y de manera extensa POLAINO NAVARRETE, pp. 199 y ss.; también MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 26. “Límites del normativismo...”, pp. 682 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, pp. 50 y s. KARGL, refiriéndose expresamente a la distinción entre “bien jurídico” y “objeto de la acción”, rechaza el tradicional entendimiento naturalístico de la “lesión” efectiva y la reemplaza, para el bien jurídico, como “lesión” (afección) a la “pretensión de respeto” de que no se produzcan resultados lesivos efectivos en bienes básicos; ver “Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz”, pp. 53 y s., 57 y allí mismo nota 20. Gonzalo FERNÁNDEZ propone un modelo distinto. Para él, el concepto “bien jurídico” sería un elemento más del tipo penal, cuya “afección” debería verificarse tras la subsunción (objetiva y subjetiva) al tipo delictivo para luego corroborar su “lesión” excluyendo las causas de justificación. Ver pp. 153 y ss., 295 y ss. CORCOY BIDASOLO también exige verificar en la tipicidad una “afección del bien jurídico” como “resultado jurídico” de todos los delitos a diferencia del “resultado material”, o sea naturalístico, propio de los “delitos de resultado”; ver c. más refs., pp. 31, 38.

64 ROXIN (traducción libre), “Strafrecht A. T.” (3.ª ed.); p. 23, n. marg. 34. En la 4ta. edición, ROXIN ya no hace una separación tan “limpia” entre “bien jurídico” y “objeto de la acción”; es más, ahora ROXIN, aunque todavía señala que se trata de dos conceptos distintos, los interrelaciona de varias maneras y enfatiza que el bien jurídico debe ser entendido como algo “real”; él rechaza el “concepto ideal de bien jurídico” pues sería contradictorio admitir el “principio de lesividad” y dirigirlo a algo que no pueda ser “lesionado”; con ello, según él, se socavaría el poder de rendimiento del concepto de bien jurídico al admitir, como tal, cualquier concepto general, sin contenido de realidad; ver *ibidem*, pp. 34, n. marg. 67. El mismo temor expresa STRATENWERTH, quien advierte que si tal distinción desembocara en la espiritualización del “bien jurídico” (valor ideal) por oposición al “objeto”, haría que el “bien jurídico” no sea lesionable y tenga un contenido vacío que compatibilizaría con cualquier cosa; cfr. “Zum Begriff...”, pp. 380 y ss., 383. De esta crítica sólo es cierto que el “bien jurídico” no puede ser “lesionado” causalmente, pero esto no implica que no pueda verse “afectado” a través de los objetos reales a los que se refiere; precisamente con esta vinculación entre “objeto” y “bien jurídico” se ganaría la seguridad que se teme perder aparte de que también serían explicables muchas otras instituciones del Derecho penal como la “tentativa” y el “peligro abstracto” (al respecto ver a continuación).

damente en esto, que el “objeto del hecho o de la acción” es el “... objeto concreto cuya cualidad, que ha sido valorada positivamente, es modificada negativamente...”<sup>65</sup>. En cambio, STRATENWERTH, aunque haga la distinción, no extrae las consecuencias lógicas que se derivan de ella y, cuando quiere referirse a los delitos de peligro abstracto, continúa dirigiendo la “lesividad” al bien jurídico mismo<sup>66</sup>. Más consistente es la argumentación de OTTO, quien distingue claramente entre “objeto del ataque” (por regla general, de libre disposición de la persona cuando se refiere a bienes jurídicos individuales) y “bien jurídico”, reservando para el primero la acción del delincuente y para el último, como realidad espiritual, una “afección” en el sentido de “disminución de confianza en la generalidad”<sup>67</sup>. Para él, la función más importante de la distinción estaría en la “anti-juricidad”, pues recién a través de esta distinción se podría explicar por qué, pese a un ataque al “objeto”, todavía habría una impunidad bajo una “causa de justificación”, la cual reflejaría la falta de una “afección al bien jurídico”<sup>68</sup>. AMELUNG también hace la distinción aunque afirma que en algunos casos existiría una identificación, decidida por el legislador, entre bien jurídico y objeto de la acción; y las normas penales prohibirían el influjo desventajoso en “hechos brutos” (p. ej., en los delitos contra la vida), mientras que en otros casos, donde interesa proteger solamente “derechos de actuación” derivados de instituciones, sí se podría distinguir entre “bien jurídico” y “objeto de la acción” (p. ej., en el “hurto”)<sup>69</sup>. Como este autor parte de que el concepto “bien jurídico” estaría ligado al “desvalor del resultado”, exige, por lo demás, que éstos se definan siempre en sentido real y sufran, a través del delito, un ataque real (en el sentido de sensible); por eso mismo critica las concep-

ciones “espiritualizadoras” del bien jurídico que lo sitúan en la esfera ideal distinguiéndolo claramente del “objeto de ataque” situado en el mundo real<sup>70</sup>. Últimamente, HEFENDEHL también se ha hecho cargo de esta distinción, aunque ha afirmado que tanto “bien jurídico” como “objeto de la acción” se referirían a objetos “reales” en el sentido de sujetos a las leyes causales y, por lo tanto, no tendrían diferencias cualitativas<sup>71</sup>. A partir de su análisis de las técnicas de tipificación, este autor distingue tres casos distintos<sup>72</sup>: aquellos en los que la acción típica emplea al “bien jurídico” para la descripción del delito y, por lo tanto habría identificación formal y de contenido entre éste y el “objeto del hecho” (p. ej., en la estafa, el “patrimonio”); en otros casos, solamente se trataría de una coincidencia de contenido cuando la descripción típica se refiera a un “objeto” separable del “bien jurídico” aunque, en la interpretación tengan igual contenido (p. ej., en los delitos contra la vida); y en otros casos no habría ninguna identificación formal o de contenido entre bien jurídico y objeto del hecho como en los delitos contra bienes jurídicos “colectivos”. Siguiendo la terminología de Maurach, HEFENDEHL considera al “objeto del hecho” (u “objeto de la acción”) como “representante” del bien jurídico (el “representado”); entre ambos existiría la “relación especial” de estar igualmente sometidos a leyes causales pues también los bienes jurídicos, al igual que el “objeto de la acción”, pueden ser afectados<sup>73</sup>.

Por lo demás, la mayoría de los autores de la doctrina dominante emplea la distinción entre “bien jurídico” y “objeto del ataque”, así como la verificación de la acción típica en este último, para distinguir entre delitos de “lesión” y de “puesta en peligro” (concreto y abstracto)<sup>74</sup>, y, por otro lado, para fundamentar la punibilidad de la “ten-

65 Ver KINDHÄUSER (traducción libre), pp. 37 y s., n. marg. 7.

66 STRATENWERTH/KUHLEN, tras constatar que habría bienes jurídicos sin “objeto de la acción” y tipos penales sin bien jurídico tutelado, afirman que la “afección” diferenciadora entre delitos de peligro y delitos de lesión debería verificarse ya en el bien jurídico, con lo cual la distinción aguda que hacen entre “objeto” y “bien jurídico”, en realidad, pierde su función; “Strafrecht A. T.”, p. 89, n. marg. 14. Igualmente, con múltiples ejemplos, ver STRATENWERTH, “Wahres’ Strafrecht?”, pp. 374 y s.

67 OTTO, “Grundkurs...”, p. 6, n. marg. 31 (traducción libre): “... que el bien jurídico representa una *realidad espiritual* que puede ser afectada a través de la puesta en peligro y la lesión de determinados bienes concretos (objetos de ataque). El bien jurídico mismo, como construcción conceptual no es dañado materialmente a través de ello. La lesión es, más bien, la afección del bien jurídico mediante la afección de la confianza de que el particular pueda desarrollarse en de la sociedad jurídica dentro de determinadas relaciones protegidas”.

68 OTTO, “Grundkurs...”, p. 9, n. marg. 43 y ss.

69 AMELUNG, rectificando al mismo tiempo su posición anterior que concebía una igual forma de ataque (como restricción de oportunidades de actuar) a todos los bienes y objetos; “Der Begriff des Rechtsguts...”, pp. 167 y ss.

70 Cfr. AMELUNG “Der Begriff des Rechtsguts...”, pp. 165, 173 y ss. Pero la doctrina sostiene desde hace ya tiempo la indisolubilidad del “desvalor de la acción” y el “desvalor del resultado” en la definición del delito; ver, c. más refs. ROXIN, “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 319 y ss., esp. n. marg. 99 y ss. Por eso, también la “afección del bien jurídico” debe ser entendida bajo una integración de ambos aspectos: conducta negadora de vigencia del bien jurídico (conducta desvalorada) que tiende a una lesión o puesta en peligro de algún objeto de éste (resultado desvalorado).

71 HEFENDEHL, “Kollektive Rechtsgüter...”, pp. 39 y ss., 379.

72 HEFENDEHL, “Kollektive Rechtsgüter...”, p. 40.

73 HEFENDEHL, “Kollektive Rechtsgüter...”, p. 41; “Das Rechtsgut als materialer...”, pp. 120 y s.

74 ROXIN, “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 337 y s., n. marg. 123 y s.; WESSELS/BEULKE, pp. 8, n. marg. 26 y ss.; LENCKNER en Schönke/Schröder, vor §§ 13 y ss., pp. 201, n. marg. 129; JESCHECK/WEIGEND, pp. 263 y s. En cambio WEBER dirige la “lesividad” directamente al “bien jurídico”, con lo cual, en realidad, se pierde la necesidad de la distinción hecha previamente entre “bien jurídico” y “objeto”; ver p. 120, n. marg. 42 y ss., p. 15, n. marg. 18 respectivamente.

tativa” (y distinguirla luego de la “consumación”)<sup>75</sup>. Pero aquí se ve la insuficiencia de esta distinción “bipartita”, pues ella cae en una ulterior confusión entre “objeto de protección” (u “objeto del bien jurídico”) y “objeto de la acción” u *objeto del ataque*. Y es que se trata aquí, nuevamente, de dos conceptos distintos, aunque en la mayoría de los casos pueda exteriormente observarse una identificación<sup>76</sup>. El “objeto del bien jurídico” es aquel que constituye la concreción en el mundo real del valor ideal bien jurídico; el “objeto de la acción” es aquel al cual se dirige directamente el ataque del delincuente. Puede haber amplia coincidencia entre estos dos conceptos (y, terminológicamente también con el “bien jurídico”), sobre todo en el caso de delitos contra bienes jurídicos individuales. En los atentados contra la vida, por ejemplo, existe un bien jurídico “vida”, como valor que es puesto en duda en cuanto a su vigencia, pero también existe una vida humana que, como “objeto de bien jurídico” es atacada directamente, y por lo tanto, también es “objeto de la acción”.

Pero la importancia práctica de la distinción “tripartita” (bien jurídico, objeto de protección y objeto de la acción) recién se demuestra en los “delitos de peligro”. Así, en el tipo alemán de “incendios graves” (§ 306a, primer párrafo StGB), en una de cuyas variantes, para la tipicidad de la conducta, basta, p. ej., con prender fuego a un edificio que sirva como vivienda a personas; o en el tipo de “conducción bajo estado de ebriedad”, similar en todas partes, donde bastaría con la mera conducción de un vehículo estando el actor en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas, sin que en ambos casos se necesite *prima facie* siquiera el peligro concreto de un daño a personas (o bienes). Como agudamente observa STRATENWERTH, aunque casi todos coinciden en que los delitos de peligro abstracto abarcarían todas aquellas conductas que, observadas *ex ante*, serían consideradas, de manera general, co-

mo especialmente peligrosas, hay mucha confusión a la hora de determinar el concepto referencial de dicha peligrosidad<sup>77</sup>. Critica él que, si la doctrina dominante fuera consecuente con su diferenciación entre “bien jurídico” y “objeto de la acción” y con su afirmación de que la lesión o el peligro debiera verificarse en este último, el delito de “incendios graves” (§ 306a, primer párrafo StGB) debería constituir un delito de lesión, en contra de la clasificación tradicional (que admite la doctrina dominante) como clásico ejemplo de un “delito de peligro abstracto” en relación con la “vida”. Por eso, este autor alemán, extrae la conclusión de que la “afección” (que por lo visto él identifica con “lesión”) o la “puesta en peligro” deberían referirse ya al bien jurídico y no al “objeto”<sup>78</sup>. Pero, esta conclusión, es en mi opinión errónea, pues pierde de vista que en los ejemplos propuestos, los “objetos” concretos relacionados con el “bien jurídico” no son precisamente los “atacados”. En la modalidad de “incendio grave” estudiada, lo que se pone en peligro (de manera abstracta) es la vida de los habitantes del edificio (aunque no estén presentes en el momento del incendio), y por lo tanto la vida de estas personas es el objeto del bien jurídico “vida”, aunque el ataque se dirija primero a otro objeto: el “edificio” (“objeto del ataque”). Y también en la “conducción bajo estado de ebriedad”, nuevamente se trata de los “objetos” “vida”, “integridad corporal” o incluso el “patrimonio” de otras personas, que podrían correr peligro con la conducta del actor aunque estos bienes no sean mencionados expresamente por el tipo penal<sup>79</sup>.

Los dos ejemplos destacan también el problema central de los tipos de peligro abstracto: en ellos no existe un ataque directo a un “objeto del bien jurídico”; en algunos casos (como en la conducción bajo estado de ebriedad o en la “falsificación de documentos”) ni siquiera existe un “ataque” o un “objeto atacado” sino una mera “conducta

75 Esto es especialmente notable en la teoría defendida por ROXIN, quien concibe la tentativa como “puesta en peligro, cercana al tipo o infracción de la norma que conmueve el Derecho” (teoría de la unión o unificación); ver “Strafrecht. AT”, tomo 2, pp. 335 y ss.; en: “Dogmática penal y política criminal”, pp. 257 y ss. En la teoría todavía dominante de la “impresión”, también existe una base “objetiva” de la tentativa (la presencia del “desvalor de la acción” realizado por la activación del dolo y que conmueve la confianza de la generalidad en la vigencia del ordenamiento jurídico) mientras que en la antigua teoría “objetiva” tal cercanía exigía la “puesta en peligro” del objeto de la acción protegido por el tipo; exponen las distintas teorías JESCHECK/WEIGEND, pp. 512 y ss.

76 La distinción “tripartita” también puede encontrarse en la exposición de POLAINO NAVARRETE. Este autor expone, al principio, ampliamente los distintos conceptos de “objeto” manejados en la doctrina: “objeto de acción” (objeto material), “objeto jurídico” (objeto de protección o bien jurídico), “objeto de ataque”, “objeto de bien jurídico” y “objeto de delito”, etc.; ver pp. 199 y ss. Pero a continuación hace la aclaración de que, en última instancia, muchas de estas expresiones coinciden en todo o en parte, motivo por el cual, en realidad, solamente bastarían dos: el “objeto de tutela” o “protección (sinónimo de “bien jurídico”, “objeto jurídico”, y “objeto de ataque”) y el “objeto de acción” (equiparable al “objeto material” y al “objeto del bien jurídico”); ver pp. 204 y s., 207. Mientras que el “objeto de la acción” sería aquella persona o ente inanimado sobre el cual se realiza la conducta corporal típica de los delitos (plano naturalista, objetivo de la realidad externa), en el “objeto de tutela o protección” se plasma la valoración sobre lo injusto o adecuado a Derecho de una conducta (ver *ibidem*, pp. 200, 202). Pero además –continúa el profesor sevillano– también puede observarse una separación entre el “sujeto pasivo” y el “objeto de acción”; aunque el “sujeto pasivo” constituye, por lo general, “objeto de acción” (p. ej., delitos contra la vida), a veces no hay tal coincidencia, p. ej., en un “hurto”, donde es “sujeto pasivo” el titular del bien y es “objeto material de la acción” la cosa mueble que ha sido hurtada; ver *cfr. ibidem*, pp. 202 y s.

77 STRATENWERTH, “Wahres’ Strafrecht”, p. 374.

78 STRATENWERTH/KUHLEN, p. 89, n. marg. 14; STRATENWERTH, “Wahres’ Strafrecht?”, pp. 374 y s.

79 Ver esta interpretación en ROXIN, “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 34 y s., n. marg. 68.

reprochable” en el sentido de que tenía la potencialidad de producir un “peligro” para el “objeto del bien jurídico”. En otros casos, sí existe tal “objeto de protección”, aunque tradicionalmente se haya entendido otra cosa; p. ej., en las “injurias” (§ 185 StGB, art. 130 C. P. peruano), el “objeto de la acción” es el injuriado y el “objeto de protección” es el entendimiento del honor que el injuriado tiene de sí mismo, mientras que el “bien jurídico”, como valor, es “el valor, la dignidad personal que corresponde a toda persona en sus relaciones sociales”<sup>80</sup>. En el caso de las “declaraciones falsas bajo juramento” (§ 153 StGB) o “falso juramento” (art. 409 C. P. peruano) tampoco es que no exista un “objeto de protección”; mientras que la acción se dirige ante la autoridad judicial que toma la declaración bajo juramento del sujeto activo (“objeto de la acción”), el objeto de protección es el “ordenado desarrollo del proceso concreto” en el marco del cual se presta la declaración, y el bien jurídico la “correcta administración de justicia” o sea “el interés público en una comprobación de hechos de acuerdo con la verdad en un proceso judicial y en otros similares”<sup>81</sup>.

Por último, aun aplicando la distinción “tripartita” en algunos casos puede parecer dudosa la existencia (aunque sea potencial como en los delitos de peligro abstracto) de un “objeto de la acción”. La doctrina conoce estos casos bajo la denominación de “bienes jurídicos intermediarios espiritualizados”, donde el “desvalor de la acción” portaría, por sí solo, el atentado contra el bien jurídico; p. ej., en el “co-

hecho” y tipos afines (arts. 331 y ss. StGB; 393 y ss. C. P. peruano; arts. 419 y ss. C. P. español)<sup>82</sup>. En realidad, en estos tipos penales el “pacto venal” típico se caracteriza porque tanto el funcionario corrupto que recibe una “ventaja” como el interesado que la otorga o promete no sufren por sí mismos ningún perjuicio ni dirigen el atentado contra ninguna persona o institución concretas, sino contra un interés concreto de la “administración pública”: la “legalidad” y/o la “imparcialidad” en las decisiones del funcionario público, elementos básicos del bien jurídico (colectivo) “correcto funcionamiento de la administración pública”<sup>83</sup>. Luego, aunque sí existe un “objeto” del bien jurídico, no puede identificarse ningún “objeto de la acción” concreto. Aquí podría verse, en todo caso, un “objeto de la acción” en el “deber funcional” concreto materia de la “compra-venta” entre el funcionario y el interesado.

En el caso de los “delitos económicos” (o, en general a las formas delictivas “modernas”), la distinción “tripartita” ayuda a constatar un malentendido muy difundido. La afirmación de que en estos delitos solamente sería posible prever tipos de “peligro abstracto” depende del “bien jurídico” que se tenga en mente: si se trata de un bien jurídico “individual”, el peligro será efectivamente “abstracto”, pero si se toma como punto de partida un bien jurídico “supraindividual”, como debería ocurrir usualmente, podría incluso afirmarse de una “lesión”<sup>84</sup>. Sobre la base de la diferenciación entre “bien jurídico”, “objeto de protección” y “objeto de la acción” se puede decir ahora que en un tipo penal de “fraude de licitaciones”

80 Así se entiende también el bien jurídico en la doctrina alemana dominante que propugna un “concepto normativo de honor” y también en la tendencia funcionalista de un “concepto interpersonal de honor”; al respecto ver ampliamente LENCKNER, c. más ref., en Schönke/Schröder, com. prev. §§ 185 ff., pp. 1537 y s., n. marg. 1.

81 Este bien jurídico es el que la doctrina dominante también considera correcto; al respecto ver LENCKNER, vor §§ 153 ff., pp. 1320, n. marg. 2.

82 ROXIN, c. más ref., aunque desde una distinción meramente “bipartita” entre bien jurídico y objeto de la acción e incluyendo como ejemplo también al “falso testimonio”; ver “Strafrecht A. T.”, tomo I, p. 431, n. marg. 161. Más refs. sobre esta teoría y criticándola por no aclarar ni legitimar el concepto “bien jurídico intermedio”, HEFENDEHL, “Kollektive Rechtsgüter...”, pp. 175 y s.

83 Al respecto, ampliamente, ABANTO VÁSQUEZ, “Delitos contra la administración pública”, pp. 420 y ss. Siguiendo su propia concepción y clasificación de bienes jurídicos colectivos (al respecto ver arriba, nota 16), HEFENDEHL afirma que en los casos de cohecho se trataría de proteger la “confianza” en la “imparcialidad de la administración pública” y la “objetividad de las decisiones estatales” y que el menoscabo al bien jurídico mismo sería mensurable empíricamente; ver “Kollektive Rechtsgüter...”, pp. 321 y ss. Pero esto no es aceptable. Como acertadamente observa PORTILLA CONTRERAS, si lo que se protegiera fuera la “imparcialidad”, no se explicaría coherentemente el “cohecho pasivo impropio”, pues aquí solamente se habría producido un “peligro”; y, si se tomara como referencia a la “confianza” misma, se podría tener incluso un delito de “lesión”; ver “La supuesta crisis”, pp. 926. También KARGL observa que la “confianza” por sí misma es un concepto que admite distintas interpretaciones hasta el extremo de desvincular el bien jurídico del trasfondo “personal” que el mismo Hefendehl postula; por eso, de *lege lata*, simplemente tendería a justificar tipos penales de “cohecho” que difícilmente pueden ser conciliados con el principio de bienes jurídicos, como en el caso del “cohecho pasivo impropio” que tiende a penar la “aparición de corrupción”; ver en la recensión a Hefendehl, pp. 775 y s.

84 TIEDEMANN, “Poder económico y delito”, p. 36; BUSTOS, “Perspectivas actuales...”, pp. 69 y s. Incluso en el Perú hizo esta aguda observación BRAMONT ARIAS ya en 1959, pp. 240. De manera similar PORTILLA CONTRERAS, al analizar el elemento “confianza” en los bienes jurídicos colectivos, manifiesta dudas sobre el entendimiento usual de que en los delitos de “cohecho” el bien jurídico tutelado sea la “confianza en la imparcialidad de la administración pública”, pues de ser así (y no la puesta en peligro de la imparcialidad), “... no estaríamos ante una situación de peligro sino ante una lesión efectiva del bien jurídico”; ver “La supuesta crisis...”, p. 926. STRATENWERTH sigue otro camino: como para él, en los delitos de peligro abstracto, conceptualmente debería referirse la “peligrosidad” de la conducta, al “bien jurídico” directamente, llega a afirmar una gran amplitud de “tipos de peligro abstracto” (¡casi la mitad de los existentes en el StGB!), con lo cual de facto elimina la diferenciación entre “bien jurídico” y “objeto de protección”. Por cierto que él, finalmente, quiere (exponiéndose así a las críticas correspondientes) renunciar a la vinculación con

(§ 298 StGB, art. 241 C. P. peruano) el bien jurídico tutelado es la “pureza de un proceso de subastas y concursos públicos”, el “objeto protegido” un proceso de competencia concreto en el marco de una licitación, y el “objeto de la acción” tendrá que buscarse según la configuración de la acción típica (p. ej., un participante sobornado o amenazado, o el “deber de competir” infringido con la formación de un cartel de postores)<sup>85</sup>. Luego, si tal “competencia concreta” es “desorganizada” alejando participantes mediante amenazas o dádivas o eliminando la competencia mediante concertaciones, en realidad habría ya una “lesión” del “objeto de protección”<sup>86</sup>. Y lo mismo puede decirse de los delitos tradicionales de “acaparamiento”, “especulación” y “falseamiento” de productos (arts. 233 y ss. C. P. peruano), donde en el marco de una excepcional situación de emergencia que justifique una “regulación de la economía” (bien jurídico protegido), se atenta directamente contra intereses concretos de los consumidores (objetos de protección y de la acción): el suficiente abastecimiento de productos, el correcto precio, y la calidad y cantidad correcta de los productos<sup>87</sup>. Pero tales conductas solamente implican un verdadero “peligro abstracto” cuando se producen en épocas normales de funcionamiento de una economía de libre mercado, mientras que recién en épocas excepcionales de crisis en las que rijan regulaciones del mercado (de productos de primera necesidad), se podría hablar de un “peligro concreto” o incluso de una “lesión” (dependiendo de la configuración típica) al interés (económico) del consumidor de ser abastecido adecuadamente con bienes de primera necesidad<sup>88</sup>.

En resumen, la *afección* (y no la “lesión”) al bien jurídico se produce a través del “menoscabo” de alguno de sus “objetos de protección” (o también “objetos del bien jurídico”);

tal menoscabo puede darse “naturalísticamente” (“lesión” o “peligro de lesión”) o en el sentido de “desorganización” de sistemas; en ambos casos se trata de “lesiones reales” en el mundo social que, en el mundo de los bienes jurídicos, expresan “negación de vigencia” (afección)<sup>89</sup>. En el caso de los delitos de peligro concreto y de “tentativa”, la “afección” existe desde que, debido a la acción dirigida hacia un “menoscabo” que incluso ha llegado a producir modificaciones en el mundo exterior, la conducta delictiva ya ha tendido a “negar valor” al bien jurídico. Y en los casos-límite de delitos de “peligro abstracto”, la “afección” se produce con la conducta potencialmente dirigida a poner en peligro, y luego menoscabar, el “objeto de protección”; en ese sentido debe también interpretarse tipos que aparentemente sólo abarcarían una mera “exteriorización de la conducta” negadora de vigencia del bien jurídico, tal como ocurre en muchos delitos de mera actividad o de emprendimiento como las “injurias” o también precisamente en algunos casos de delitos de “peligro abstracto”<sup>90</sup>. En todos estos casos –y esto es pasado por alto–, también tendría que constatarse que la “lesividad” al bien jurídico es posible siempre que se la entienda como una “afección” en sentido normativo de “disminución de valor”, o de “vigencia” de las normas encarnadas en él<sup>91</sup>. Una “afección” que por cierto es “real” aunque no “causalísticamente” demostrable: la negación de vigencia del bien jurídico se ha producido indudablemente con la conducta típica.

Con esto se llega, en términos generales, a un cierto acercamiento con postulados normativistas radicales e incluso hay paralelos con la teoría “neoliberal” de bienes jurídicos y otras concepciones acusadas de “espiritualizar” demasiado el concepto<sup>92</sup>. Y es que, como POLAINO NA-

---

“bienes jurídicos” y referirse más bien a la desvaloración de “acciones” por sí mismas socialmente reprochables por atentar conscientemente contra normas sociales fundamentales cuyo ataque es visto, por los miembros de la sociedad, como un “tabú”; ver “Wahres Strafrecht?”, pp. 376 y ss. HEFENDEHL, por su parte, rechaza la tesis de que los tipos de “peligro abstracto” sean la característica de los delitos contra “bienes jurídicos colectivos”; en estos, como no sería posible una “lesividad” igual que en los bienes jurídicos individuales, tendría que buscarse un “equivalente material”: la “lesión” mensurable de la “confianza constitutiva” de la institución; ver “Kollektive Rechtsgüter...”, pp. 157 y ss., 182 y ss. MARTÍNEZ-BUJÁN observa acertadamente que solamente se puede hablar de tipo de “peligro abstracto” si se toma por referencia al interés individual que efectivamente es protegido por muchos tipos (irrenunciables) del Derecho penal económico; en estos casos solamente habría una “lesión” al interés colectivo subyacente a través del “peligro” al patrimonio de las personas que integran el grupo colectivo de sujetos pasivos; ver “Reflexiones...”, pp. 102 y s.

85 Ver más ejemplos en “Derecho penal económico. Consideraciones...”, ABANTO VÁSQUEZ, pp. 119.

86 He interpretado así ya antes para este caso concreto en “D. pp. económico, parte especial”, pp. 80 y s.

87 Al respecto ver ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico, parte especial”, pp. 202 y ss.

88 Ver al respecto ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico, parte especial”, pp. 202 y ss.; “Derecho penal económico. Consideraciones”, p. 119.

89 Esta “lesividad” también es sostenida por MIR PUIG, quien, aunque sin seguir la distinción aquí propuesta, se refiere a “lesiones” en el “mundo fáctico” de sustratos del bien jurídico que pueden ser de base naturalística o realidades inmateriales (hechos institucionales); ver “Límites del normativismo...”, pp. 682 y ss.

90 Esto es constatado también por STRATENWERTH/KUHLEN, quienes, bajo su concepción escéptica del bien jurídico, afirman que en estos casos no existirían “objetos de acción” y en otros (p. ej., los delitos ecológicos) ni siquiera existiría un bien jurídico tutelado; ver pp. 88 y s., n. marg. 13.

91 Ver ya anteriormente ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones”, p. 52.

92 El denominador común de todas estas concepciones radica en que, como no conciben lo “protegible” penalmente (bien jurídico o norma) como un “objeto de la naturaleza”, tampoco creen que el delito pueda ser definido a partir de la constatación de una “lesión naturalística” del bien jurídico, sino de una “negación de pretensión de vigencia” (de la “norma” para los normativistas radicales; de una “relación real” entre personas, para los neoidealistas); ver JAKOBS, “Strafrecht A. T.”, pp. 36 y s.; GROPP, p. 80; KÖHLER, p. 24; KAHLO, refiriéndose a una “afección desventajosa de una realidad relacional”, pp. 36 y s.

VARRETE y POLAINO ORTS acertadamente han destacado, tanto los “bienes jurídicos” como la “protección de normas”, tienen cabida dentro del Derecho penal aunque en planos diferentes: mientras existe una función “tutelar-preventiva” primordial y legitimadora del Derecho penal (protección de bienes jurídicos y prevención de ataques lesivos contra ellos), la “garantía de la identidad normativa”, solamente sería la consecuencia directa y principal de aquella función<sup>93</sup>. La jurisprudencia constitucional alemana también ha puesto esto en relieve cuando ha precisado que los mandatos jurídicos deben tender a la “protección” a partir de dos direcciones: tanto por el lado de los efectos preventivos y represivos en el caso particular, en caso de amenaza o “lesión” (mejor: “afección”) de bienes jurídicos, como también por el lado del refuerzo y apoyo de las convicciones valorativas sobre lo justo y lo injusto en la población para formar la “conciencia jurídica” (es decir, la función explicativa de las normas y su estabilización)<sup>94</sup>. En ese sentido, la diferenciación aquí defendida también puede explicar la tan discutida “función simbólica” de la pena y del Derecho penal: esta función es innegable en el sentido de “transmisión de valores”, “comunicación”, cuando del Derecho penal tienda a la reafirmación de vigencia de bienes jurídicos; no tiene legitimidad, en cambio, cuando lo “simbólico” se reduzca a un mero “accionismo”, cuando el Estado solamente quiera demostrar poder de actuación sin, en realidad, querer o poder proteger bien jurídico alguno<sup>95</sup>.

Quedaría por ver cuándo la “afección” de bienes jurídicos, intermediada por el “objeto”, es más o menos “grave” y, por lo tanto, el Derecho penal no debería intervenir debiendo bastar con otras medidas extrapenales. El límite político-criminal debería estar constituido, en mi opinión, por la *cercanía* de la acción en relación con el “objeto protegido”: si la “lesión” constituye el atentado más grave y si tal lesión se produce contra “objetos” de bienes jurídicos de primer orden en la escala valorativa constitucional, la “puesta en peligro” más cercana a la “lesión” es la del “peligro concreto”, y las acciones más graves (y por lo tanto de

más legítima punibilidad) son las que se dirijan contra bienes jurídicos fundamentales (vida, integridad corporal, etc.)<sup>96</sup>. De este modo, los auténticos casos de “peligro abstracto” (en el sentido de peligro presunto para el “objeto”) quedarían demasiado “lejos” de la “lesión” y por lo tanto carecerían de legitimidad<sup>97</sup>. Luego, los tipos de peligro abstracto en el sentido de un tipo de “peligro abstracto-concreto” para el objeto del bien jurídico (si ello fuera posible), o bien deben ser declarados ilegítimos. Finalmente, en los casos de tipos que expresen una mera “tendencia peligrosa” (con el reproche a la conducta sin que se verifique peligro alguno para el objeto) no puede haber lesividad alguna. Pero, en muchos de estos casos, en mi opinión, la interpretación de los tipos no ha sido correcta, tal como ya se ha visto con el tipo de “conducción bajo estado de ebriedad”.

En resumen, las consecuencias de lo anteriormente expuesto serían las siguientes:

1.- Tanto los bienes jurídicos individuales como los supraindividuales son “afectados” en el sentido de “negación de vigencia”; y en ambos casos, la “lesión” se da en los correspondientes “objetos de la acción”.

2.- Muchas figuras típicas que tradicionalmente son clasificadas como “delitos de peligro” dejan de ser tales. Así, en el caso de muchos delitos económicos hay una “lesión” (afección) efectiva cuando se produzca menoscabo real en un objeto de bien jurídico (p. ej., en el delito de “fraude de licitaciones” en la modalidad de formación de cárteles). Si el menoscabo se da en un “objeto” distinto al que forma parte de la “protección” deseada directamente por el tipo penal, ahí sí habrá un delito de peligro (p. ej., en el delito de incendios).

3.- En la “tentativa idónea” también hay “afección del bien jurídico” (aunque no se haya llegado a producir el menoscabo en el “objeto”) pues se ha producido un “ataque” que expresa negación de vigencia tal bien. Más difícil es la “tentativa inidónea”, cuya punibilidad como caso-límite de la legitimidad penal, es muy polémica (más al respecto, abajo en 1.5).

93 POLAINO NAVARRETE/POLAINO ORTS, pp. 227 y ss., 257 y s. Últimamente, POLAINO NAVARRETE entiende que la “vigencia de la norma penal” en el sentido de Jakobs podría identificarse con el “bien jurídico protegido por el tipo legal” pues permitiría “conectar intrínsecamente el tipo legal, la norma penal y el bien jurídico protegido”; ver pp. 229 y s. También ZAFFARONI destaca esta “metafunción” o “parafunción” de “toda coerción legítima del estado”; ver p. 1078.

94 Cfr. BVerfG NJW 1993, p. 1753; BVerfGE, tomo 45, pp. 187 y ss. (esp. pp. 254 y 256); también en MÜLLER-DIETZ, pp. 128 y s.

95 En este sentido ver ROXIN, c. más refs., “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 25 y ss, n. marg. 37 y ss. En cambio, se suele admitir un “efecto simbólico” del Derecho penal como “comunicación personal” y como refuerzo de la prevención general positiva; ver en este sentido ZUGALDÍA ESPINAR, “¿ Qué queda en pie...?”, pp. 115 y ss.; c. más refs. PORTILLA CONTRERAS, “La supuesta crisis...”, p. 922; CORCOY BIDASOLO, p. 39.

96 También se llega a una convergencia con la teoría personalista moderada que, empleando otra terminología, admite una “protección del campo previo” (a los bienes jurídicos) aunque bajo una “legitimación especial”: mientras más alejada esté la relación personal del tipo (de peligro), más exigencias se deberán plantear al legislador sobre el valor del bien jurídico personal; ver STERNBERG-LIEBEN, p. 72. Igualmente en este sentido argumenta la dogmática constitucional alemana sobre los delitos de peligro abstracto; ver en LAGODNY, p. 87.

97 En este sentido ya anteriormente ver ABANTO VÁSQUEZ, c. ejs., “Derecho penal económico. Consideraciones...”, pp. 52 y ss., 118 y s.

4.- Se rescata el papel de la víctima dentro del concepto de bien jurídico<sup>98</sup> pues puede explicarse por qué en aquellos casos de coincidencia entre “objeto de protección” y “objeto del ataque” la víctima debería tener una más fuerte participación en el proceso. Si ella no sólo ha sufrido el ataque directo, sino también porta en sí aquello que el Derecho penal quiere proteger, se entiende que quedaría incompleto el restablecimiento de la paz social si solamente se “satisficiera” al “objeto de protección” (con la reafirmación de vigencia del bien jurídico que porta a través de la pena) y se descuidara al “objeto de ataque”. No puede haber, en última instancia, una verdadera paz social, una verdadera protección del bien jurídico si, en estos casos, no se satisficieran convenientemente las necesidades de la víctima.

5.- La distinción permitiría también una nueva interpretación y aplicación de las posibilidades del “consentimiento” como causa de justificación. En contra del uso generalizado de los términos, la libre disponibilidad que hace aplicable el “consentimiento” no se refiere a un “bien jurídico” sino a un “objeto del bien jurídico”. Por cierto que esto no soluciona aún el difícil problema de concretar en qué casos existe o no esta “disponibilidad”, pues no siempre son separables los intereses privados de los intereses públicos<sup>99</sup>.

### 1.5 Balance parcial: crítica a la teoría de “protección de bienes jurídicos” y contracrítica

En resumen se ha criticado y se critica aún lo siguiente a la teoría de la protección (exclusiva de bienes jurídicos)<sup>100</sup>:

- a) No se habría encontrado aún un *concepto* satisfactorio de bien jurídico.
- b) La *lesividad* no funcionaría en el sentido naturalístico. Incluso en el caso de “bienes jurídicos individuales clásicos” no se podría constatar que el ataque se dirija de manera concreta a un bien jurídico; a veces esto ni siquiera ocurriría con el “objeto de la acción” como en el caso de los delitos contra el honor<sup>101</sup>. En el caso de los “bienes jurídicos supraindividuales” se critica que lo atacado no sería un objeto concreto, sino se manifestaría como una “desorganización de subsistemas sociales”<sup>102</sup>.
- c) La teoría de bienes jurídicos no explicaría satisfactoriamente la punibilidad de los delitos de “peligro”, especialmente la de los delitos de *peligro abstracto*.
- d) El supuesto *carácter crítico* no habría impedido el surgimiento de tipos penales que no protegen bienes jurídicos incluso en la época nacionalsocialista<sup>103</sup>.
- e) También contradiría el principio de lesividad la existencia de tipos penales que no se basen en “bienes jurídicos” o la punibilidad en casos donde no habría “lesividad” alguna (p. ej., en Alemania, la punibilidad de la *tentativa inidónea*).
- f) En especial, contra la teoría “constitucional” se ha dirigido la crítica de una supuesta *falta de concreción*<sup>104</sup>. Esta crítica, cuando proviene de la Escuela de Francfort y sus seguidores, va aunada a la propuesta de un “Derecho penal mínimo”. Con esto se quiere reducir la lista de “bienes jurídicos” para garantizar una

<sup>98</sup> Con toda razón ESER, hace algún tiempo, ha criticado el descuido de la víctima dentro de la teoría y del concepto de “bien jurídico”; ver pp. 1005 y ss. Últimamente AMELUNG expone ampliamente las dos tendencias victimo-dogmáticas modernas que incluyen el papel de la víctima en el análisis jurídico penal (como “sufridora” o como “co-responsable” del delito), rechazando la pretensión de exclusividad de una sola de ellas, así como la existencia de un “principio victimo-dogmático”, pero rescatando el valor “descriptivo” del paradigma de la víctima en el análisis de las interacciones entre víctima y autor a través de la “confianza normativa”; ver “Auf der Rückseite...”, pp. 3 y ss.

<sup>99</sup> Al respecto ver recientemente DUTTGE, quien distingue una serie de casos y solamente admite el “consentimiento” en aquellos casos en los que únicamente estén en juego bienes jurídicos individuales pero distinguiendo en esta tarea las necesidades de, en casos concretos, realizar antes una “reducción teleológica” de los alcances del tipo penal; ver pp. 15 y ss., 21, columna derecha. En el fondo, esto no es distinto de lo que propone, desde hace tiempo, ROXIN, quien, si bien admite la posibilidad de una concepción “cumulativa” del bien jurídico (el consentimiento es posible cuando el injusto reúna en sí intereses individuales e intereses de la colectividad, pues el consentimiento de los primeros hace que no sea completado el tipo), también advierte que sería preferible solucionar todos estos casos ya en la tipicidad a través del criterio de imputación objetiva “puesta en peligro de otro bajo consentimiento de éste”; ver p. 557, n. marg 35 y nota 67 respectivamente.

<sup>100</sup> Para la crítica ver, entre otros: desde la perspectiva de los escépticos, JAKOBS, “Strafrecht. A. T.”, pp. 37 y ss., 44 y ss.; STRATENWERTH/KUHLEN, pp. 29 y ss.; STRATENWERTH, criticando la pretensión de “validez universal” y proponiendo también la protección de “elementales normas de conducta”, “Zum Begriff...”, pp. 388 y ss.; AMELUNG, esp. 268 y ss., 330 y ss. Desde la perspectiva de los propios defensores de la teoría de bienes jurídicos: WOHLERS (vinculando el análisis de la “legitimidad” de la intervención penal tanto a la determinación del bien jurídico como a criterios de análisis de la “estructura delictiva”), “Rechtsgutstheorie...”, pp. 15 y ss., 20; BOTKE (dirigiéndose a bienes jurídicos en el sentido tradicional y proponiendo una vinculación constitucional estricta), “Das Straftaterfordernis...”, pp. 487 y s.

<sup>101</sup> WOHLERS, c. más ref., “Rechtsgutstheorie...”, p. 16; similar crítica contra el uso del término “lesión”, BOTKE, “Das Straftaterfordernis...”, p. 481.

<sup>102</sup> Esto es reconocido también por algunos defensores de la teoría de bienes jurídicos; ver WOHLERS, “Rechtsgutstheorie...”, pp. 16 y s.; implícitamente, proponiendo un nuevo entendimiento de la “lesión” de bienes jurídicos en el sentido de “arrogación de la administración de bienes”, BOTKE, “Das Straftaterfordernis...”, pp. 480 y ss., 487 y s.

<sup>103</sup> Entre otros, ver JAKOBS en “Strafrecht. A. T.”, pp. 35 y ss., esp. n. marg. 22 y ss.; “Sobre la normativización...”, pp. 69 y ss.

<sup>104</sup> Así AMELUNG, “Rechtsgutsverletzung und Sozialschädlichkeit”, p. 278; LENCKNER, en Schönke/Schröder, p. 145, n. marg. 10; SILVA SÁNCHEZ, “Aproximación...”, pp. 273 y ss.

“minimización de la reacción violenta” pero que contenga la “defensa de derechos económicos sociales” propios de la vida moderna y de la globalización. La Constitución establecería los límites mínimos de valoración para escoger los intereses que deberán protegerse; pero cualquier “bien jurídico” tutelado deberá seleccionarse exigiendo que contenga un interés personal que se vea amenazado directa o indirectamente<sup>105</sup>. Otra crítica resalta, por el contrario, el supuesto carácter “conservador” de la teoría constitucionalista pues fijaría un listado de bienes jurídicos y se opondría a futuros cambios sociales que pudieran hacer necesaria nuevas intervenciones penales<sup>106</sup>.

g) No siempre se necesitaría proteger “bienes jurídicos” sino meros *intereses sociales*, como en el caso de la punibilidad del “maltrato de animales”, la “manipulación genética”, etc. Incluso, ni siquiera se podría hablar siempre de la protección de bienes “actuales” sino, en algunos casos, de bienes “futuros”<sup>107</sup>.

La crítica, en principio, advierte con acierto el peligro de una difuminación del contenido de los bienes jurídicos. Pero a partir de allí deduce apresuradamente que debería abandonarse esta teoría. Teniendo en cuenta la reformulación propuesta de la teoría de bienes jurídicos y desde una perspectiva constitucionalista se puede contestar lo siguiente:

a) Es prescindible un *concepto estricto* de “bien jurídico”. Todos coinciden en que tal concepto debería contener valores, intereses, condiciones básicas, mínimas para la coexistencia pacífica de los ciudadanos en una sociedad organizada bajo un Estado social y democrático de Derecho. Pero, más allá de este consenso mínimo, el concepto debería quedar

abierto para acoger nuevos desarrollos y necesidades sociales que surjan en la medida en que cambien las relaciones individuales en la sociedad sea debido al desarrollo tecnológico, sea debido a los cambios culturales, sociales y económicos<sup>108</sup>. Por eso, en definitiva (y en contra de un sector que sí admite la utilidad de un “concepto positivo”), lo mejor que se puede conseguir con la teoría de bienes jurídicos es una “definición negativa”; es decir, la posibilidad de descartar lo que no debe ser considerado bien jurídico.

b) La *lesividad* no debe ser entendida en sentido estrictamente naturalístico e individual, pues lo que interesa es el “daño social” provocado por el delito, sea que éste se produzca a través de un “perjuicio” verificable “individualmente” o no.

c) Los *delitos de peligro abstracto* sí pueden ser explicados bajo la concepción de los bienes jurídicos. La doctrina dominante admite la legitimidad de los tipos de “peligro abstracto” pues el principio de lesividad no exige una “lesión” sino también admite una “puesta en peligro” de bienes jurídicos (con más exactitud: de objetos del bien jurídico), en especial si se trata de bienes jurídicos de primer orden (que también pueden ser bienes jurídicos colectivos) ante graves riesgos<sup>109</sup>. Por cierto que esta explicación presupone la diferenciación previa entre “bien jurídico”, “objeto de protección” y “objeto de la acción”. Independientemente de la clasificación que se haga de los “delitos de peligro”<sup>110</sup>, si se interpretara la “lesividad” del bien jurídico en el sentido propuesto de “afección” y se distinguiera consecuentemente entre “bien jurídico”, “objeto de protección” y “objeto de

105 Ver últimamente para el habla hispana, la crítica de PORTILLA CONTRERAS, “La influencia...”, pp. 115 y ss.; el mismo autor en “La supuesta crisis...”, p. 899, en el texto y en la nota 9; y también MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN descartan una vinculación directa entre bien jurídico y derecho fundamental, p. 82. En general, se afirma que es evidente que el Derecho penal protegería derechos fundamentales, pero, por lo demás, la Constitución solamente ofrecería un “marco” dentro del cual el Derecho penal actuaría con amplia libertad para decidir cuáles bienes proteger y cómo debe dar esa protección; ver MUÑOZ CONDE, pp. 562 y s., 573 y s.

106 BUSTOS criticaba la tesis “constitucional” pues llevaría a una lista cerrada que bloquearía la progresiva democratización de la intervención penal estatal; ver en “Los bienes jurídicos colectivos”, pp. 155 y ss.

107 Estas críticas provienen especialmente de STRATENWERTH; ver, c. más refs. y ejs., “Zum Begriff...”, pp. 377 y ss., 388 y ss.; “Zukunftssicherung...”, pp. 692 y s.

108 En este sentido dice STERNBERG-LIEBEN que no puede fijarse de antemano un “canon definitivo de presupuestos del desarrollo personal”; pp. 71. Además es conveniente que esto sea así, pues, como afirma MIR PUIG, al igual que los “principios”, los bienes jurídicos necesitan ciertamente concreción, pero también crítica, en un debate público; algo que precisamente es manifestación de democracia; “Valoraciones...”, pp. 79.

109 Ver, en la literatura más reciente con un amplio análisis sobre la crítica y contracrítica al “Derecho penal del riesgo”, ROXIN, c. más refs., “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 35 y ss., n. marg. 68 y ss.; en similar sentido también HEFENDEHL, “Kollektive Rechtsgüter...”, pp. 156 y ss. Siguiendo esta tendencia, PORTILLA CONTRERAS, c. más refs., “La supuesta crisis...”, pp. 918 y ss.

110 Tradicionalmente se ha distinguido entre delitos de “peligro concreto” y de “peligro abstracto”, pero últimamente se admiten categorías intermedias como los delitos de “peligro abstracto-concreto” o delitos de “idoneidad” (o de “aptitud”); al respecto ver las refs. en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, pp. 114 y ss. Últimamente WOHLERS ha propuesto otra clasificación; ver c. más ref., “Rechtsgutstheorie...”, pp. 18 y s., y WESSELS/BEULKE denominan al grupo intermedio como delitos de “peligro potencial” o de “potencial puesta en peligro” (potenzielle Gefährungsdelikte); ver c. más refs. p. 8, n. marg. 29.



la acción”, debería quedar claro que, en realidad, pocos tipos penales realmente implican un “peligro abstracto” que puedan legitimar una punibilidad<sup>111</sup>. Con eso también se desbarata la tesis de que la “lesividad” (afección) a bienes jurídicos no sería posible cuando se tratara de bienes jurídicos supraindividuales. Por un lado, el “bien jurídico”, en el sentido propuesto, tiene la misma naturaleza ideal y puede ser “afectado” de la misma manera (en el sentido de “negación de valor”, “disminución de validez”) sea que se trate de un bien jurídico “individual” o uno “supraindividual”. Por otro lado, ambos tipos de “bien jurídico” pueden ser atacados, a través de sus “objetos de protección”, tanto mediante una “lesión” como también mediante una “puesta en peligro” dirigidos a estos últimos.

Si se aplicara la teoría de bienes jurídicos en el sentido explicado, junto con las posibilidades de configuración que permite el principio de “subsidiaridad”, se evitaría, por otro lado, que el Derecho penal tienda a una expansión peligrosa sobre la base de tipos de “peligro abstracto”<sup>112</sup>. La tesis aquí defendida permite explicar el rechazo de aquellos tipos de “peligro abstracto” que no supongan “lesividad” para un bien jurídico y solamente constituyan un mero “reproche de conducta”, así como permite aceptar los tipos de “peligro concreto” que todavía se encuentran en el límite de la legitimidad. En el caso ya visto de la “conducción bajo estado de ebriedad” (art. 316 StGB, 274 C. P. peruano), solamente puede tener legitimidad tal tipo penal si se le interpretara en el sentido de que contuviera un mínimo de “lesividad”, es decir como un tipo de “idoneidad” o de peligro “abstracto-concreto”<sup>113</sup>: sería punible la conducta de aquel sujeto

que hubiera conducido efectivamente el vehículo y se demuestre que tenía tal grado de ebriedad o estaba de tal manera bajo el influjo de drogas que hubiera puesto en peligro a otros conductores o peatones que hubieran circulado por la vía.

d) El *carácter crítico* de los bienes jurídicos se mantiene pese a que, a veces, no sea respetado. No debe confundirse el “ser” (la existencia de algunos tipos penales que no defienden bienes jurídicos) con el “deber ser” (la crítica sobre la legitimidad de dichos tipos)<sup>114</sup>. Además, la cuestión de las consecuencias en caso de constatare una falta de legitimidad de una disposición penal es más bien una cuestión de Derecho público y constitucional que puede variar de país a país<sup>115</sup>. En el caso peruano, por ejemplo, dado que existe una disposición expresa sobre la “exclusiva protección de bienes jurídicos” en el artículo IV del título preliminar del C. P.<sup>116</sup>, así como la posibilidad del “control difuso” a través de todos los jueces (incluidos los penales), nada impide, en teoría, que éstos directamente (sin esperar una declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional) inapliquen la ley penal en casos de evidente incompatibilidad de la ley penal con la constitucional<sup>117</sup>.

e) En cuanto a la punibilidad de la *tentativa inidónea*, el tema es muy polémico. En Alemania, ella es punible en caso de “grave incompreensión” (excluyendo los casos de “tentativa irreal”); o sea cuando el actor dirigiera su ataque a “objetos inidóneos” (p. ej., “asesinar” o “lesionar” a un muerto, “hurtar” una cosa propia, etc.) o empleare “medios inidóneos” (p. ej., “envenenar” con azúcar creyendo que es arsénico, disparar con pistola de juguete, “estafar” con

111 ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, pp. 50 y ss., 118 y s. LÜDERSSEN ofrece el criterio de la “relevancia de las vías del ataque” (Relevanz der Angriffswege), con lo cual –en el fondo de manera similar a la expuesta– quiere decir que mientras más lejano se encuentre el bien jurídico atacado de intereses individuales y mientras más incomprensible sea la relación entre “acción” y “resultado lesivo” (“relación subjetiva” con el bien jurídico), menos legítimable podría resultar un tipo de peligro abstracto; ver “Das moderne Strafrecht”, p. 100, columna derecha y s.

112 ROXIN también se hace eco de la crítica a la expansión y una “tendencia de desmaterialización del bien jurídico” mediante un abuso de tipos de peligro abstracto, ver “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 35 y ss., n. marg. 69 y ss.; también SCHÜNEMANN critica estas tendencias expansivas (dirigidas a los tipos alemanes muy aplos de fraude de subvenciones, fraude crediticio y fraude de seguros) y exige un “balance de Estado de Derecho en la modernización del Derecho penal”, últimamente, en “Brennpunkte...”, p. 357.

113 Ver refs. al respecto en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, pp. 119 y s.

114 En este sentido cfr. la argumentación de ALCÁCER a favor de la teoría de bienes jurídicos en “Los fines del Derecho penal...”, pp. 543 y ss. Esta diferencia es fundamental. Así, aunque considere que el concepto “bien jurídico” podría ser reemplazado directamente por los principios constitucionales, DUBBER recomienda su introducción en el Derecho norteamericano pues posibilitaría un análisis crítico y serviría de pauta para el legislador y los tribunales; pp. 506 y ss., 516 y s.

115 ROXIN, “Problemas actuales...”, p. 24. Muchos defensores de la teoría de bienes jurídicos exigen, sin embargo, la “inconstitucionalidad” de toda ley penal que no proteja bienes jurídicos; ver MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 81; Gonzalo FERNÁNDEZ, pp. 6 y ss., 293. ROXIN afirma que, por ahora, el principio de “bienes jurídicos” solamente está dirigido, como regla de política criminal, al legislador; no vincula al Tribunal Constitucional, si bien éste podría basarse en un atentado contra el principio de bienes jurídicos para declarar la inconstitucionalidad de una ley penal; ver “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 42 y s., n. marg. 93.

116 También la parte general del Proyecto Alternativo de penalistas alemanes de 1966 tenía en su art. 2 una disposición similar: “Las penas y las medidas de seguridad sirven para la protección de bienes jurídicos y la reinserción del autor en la comunidad jurídica”.

117 He tratado este tema en otro lugar a propósito de leyes de emergencia extremadamente draconianas durante el régimen Fujimorista en 1998. Ver “Comentarios a la ley contra los delitos agravados”, Revista “Cathedra”, UNMSM, N° 3 (1998), pp. 113 y ss.

afirmaciones incapaces de llevar a engaño, etc.), o incluso en combinación de los dos casos, tal como está expresamente previsto en el art. 23, tercer párrafo del StGB. Esta disposición prevé, para estos casos, la posibilidad de una exención o una reducción de pena, es decir, presupone su punibilidad básica. Algunos autores, consecuentemente con el principio de lesividad, abogan por la impunidad de *lege lata* pues, aunque en tales conductas existiera un “desvalor de la acción”, el “desvalor del resultado” nunca habría estado presente y ni siquiera se habría producido una “peligrosidad” para el objeto del bien jurídico<sup>118</sup>. Pero la mayoría afirma, con diversas argumentaciones, que estos casos se situarían en el límite todavía admisible de “libre configuración” del legislador<sup>119</sup>. Bajo la distinción entre “bien jurídico”, “objeto de protección” y “objeto de la acción” es ciertamente difícil sustentar la existencia de una “afección” siquiera leve al bien jurídico pues el “objeto de protección” nunca ha corrido peligro alguno; solamente podría admitirse una “conmoción” por el inicio del ataque del autor hacia un “objeto de la acción”. Es cuestión de política jurídica del legislador<sup>120</sup> decidir si todos los supuestos de “tentativa

inidónea” o siquiera algunos de ellos deberían ser punibles, y si al aceptarse la punibilidad, cómo debería darse la medición de la pena en cada caso en relación con la tentativa idónea. Por cierto que, tal tentativa es impune ya de *lege lata* en muchas legislaciones como la española, la peruana, la austriaca, etc.<sup>121</sup>

- f) La vinculación de la protección de bienes jurídicos no solamente puede sino incluso debe hacerse con la Constitución, siempre que ésta sea entendida como una de un Estado social y democrático de Derecho. La supuesta *falta de concreción* que derivaría de esta vinculación no es tal pues tampoco puede esperarse que ésta “fije” una lista inmóvil de bienes cuando lo que se quiere es, más bien, que tal lista esté abierta a desarrollos futuros.
- g) No es cierto que la *protección penal de nuevos intereses sociales*, que no puedan ser reconducidos directamente a la vida humana (p. ej., la protección del embrión, de los animales, del medio ambiente, etc.), no pueda fundamentarse con la teoría de bienes jurídicos. Aquí más que el abandono de la tradicional visión antropocéntrica para incluir la protección de estos intereses junto a la protección de bienes

118 JESCHECK/WEIGEND, resaltando la impunidad prevista en el art. 15, tercer párrafo, del C. pp. austriaco, 532; con especial énfasis resaltando la incompatibilidad de la punibilidad de la tentativa inidónea con un “Derecho penal del hecho”, STRATENWERTH/KUHLEN, pp. 247 y s., n. marg. 60 y s.; ROXIN, “Strafrecht AT” tomo 2, p. 454, n. marg. 369; en: “Dogmática penal y política criminal”, pp. 265 y s.; también críticamente en “Das strafrechtliche Unrecht...”, pp. 942 y s.; BLOY, c. más refs. y aunándose a la crítica al legislador, pp. 109 y s. Mayoritariamente se reducen los alcances de la punibilidad de *lege lata* distinguiendo según si la “grave incomprensión” se hubiera producido por errores “nomológicos” (sobre leyes naturales) o por errores “ontológicos” (sobre hechos); sólo en los primeros se trataría de grave incomprensión y, de *lege lata*, sólo para estos sería aplicable el art. 23, tercer párrafo StGB; ver ROXIN “Strafrecht AT”, tomo 2, pp. 454 y s.; también BLOY, aunque relativizando las fronteras entre ambos tipos de incomprensión, c. más refs. y ejs. pp. 103 y ss. Para los casos en los que cualquier persona con una experiencia promedio hubiera considerado una falta de peligrosidad de la tentativa, hay consenso en que la “exención de pena” del art. 23, tercer párrafo, debe darse siempre; ver STRATENWERTH/KUHLEN, pp. 248, n. marg. 61. Ver también ESER en Schönke/Schröder, pp. 421, n. marg. 18.

119 Sobre las distintas posiciones consúltese BLOY, para quien la tentativa “inidónea” por “grave incomprensión” contendría el mínimo de injusto penal en el sentido de un “ataque al bien jurídico que perturba la paz social”; ver c. más refs., p.76 y ss., 107 y ss., 111. ROXIN considera “defendible”, aunque no obligatoria la punibilidad de la “tentativa inidónea”, tal como la ha previsto el legislador alemán; ver “Strafrecht A. T.”, tomo 2, p. 334, n. marg. 6, pp. 445 y ss., esp. n. marg. 369 y s.; y en: “Dogmática penal y política criminal”, pp. 265 y s.; insistiendo con más énfasis en la derogación de la punibilidad de la tentativa inidónea, en “Das strafrechtliche Unrecht...”, pp. 942 y s. LAMPE admite que sería imposible justificar la punibilidad de la tentativa inidónea desde la “lesión o puesta en peligro” de bienes jurídicos; por eso, según él, su fundamentación penal radicaría en que el autor habría creado una “relación asocial” con el bien jurídico, que es “desvalorada”; ver “Gedanken zum...”, pp. 82 y s. BLOY considera que entre esta doctrina y la suya no existirían diferencias objetivas; ver *ibidem*, pp. 107, nota 112. Ver también un reciente análisis de Derecho comparado y de las propuestas alemanas, en JUNG, pp. 939 y ss.

120 En realidad, como resume BLOY, podría, por política jurídica, incluso ponerse en tela de juicio la punibilidad de toda la “tentativa inidónea”, pero –según él– ello no dependería de la teoría de bienes jurídicos (que él defiende) sino de cuánta necesidad de pena tengan los hechos “racionales” (o cuánta relevancia comunicativa tengan para la realidad social), y por lo tanto, en última instancia, de cómo conceptúe el Derecho al ser humano: pleno de racionalidad o con un cierto contenido de irracionalidad; solamente en el primer caso (que el autor no comparte) sería insostenible, bajo todo punto de vista, la punibilidad de la “tentativa inidónea”; en el segundo caso, la impunidad solamente sería sostenible cuando, bajo una evitabilidad de la desorientación del autor, que todos los demás puedan reconocer con cierta facilidad, se alcance el nivel de “irrelevancia social”; ver, c. más refs. sobre la posición a favor de la impunidad total, pp. 110. Ver las distintas soluciones propuestas en la doctrina alemana en JUNG, pp. 948 y ss.

121 BUSTOS destaca que es consecuente la impunidad de la tentativa inidónea (y la de los delitos de peligro abstracto) pues en ello no habría lesividad o “desvalor del resultado”; ver “Política criminal e injusto”, pp. 140 y ss. También, en este sentido, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN sostienen una concepción unitaria para todo tipo de tentativa que admite la punibilidad solamente desde una perspectiva “objetiva” (peligrosidad de afección del bien jurídico enjuiciada *ex ante* por un observador imparcial), pp. 423 y ss.



jurídicos<sup>122</sup> es posible y aconsejable replantear el concepto de “bien jurídico” para integrar dentro de él estos intereses que, en buena cuenta, también importan al individuo y a la sociedad (ver más abajo en el punto 3)<sup>123</sup>.

Veamos, a continuación, si existen concepciones modernas que puedan ofrecer mejores soluciones que la teoría de la “protección de bienes jurídicos”.

## 2. La renuncia al “principio de lesividad”

No es nueva la idea de renunciar a la teoría de bienes jurídicos y querer reemplazarla en todo o en parte por otras formulaciones de la tarea del Derecho penal, en especial por la protección de “deberes”. Así, ya para BINDING el “núcleo” de la lesión del bien radicaba en la “desobediencia” (Ungehorsam)<sup>124</sup>; y el mismo GALLAS, en sus primeras publicaciones (durante la época nacionalsocialista) afirmaba que, frente a las consideraciones funcionales de la teoría de bienes jurídicos, tendría preeminencia una “valoración ética de la lesión del deber”<sup>125</sup>. WELZEL hacía pasar a un segundo plano la idea de protección de bienes jurídicos pues, en primer lugar estaría la protección de “elementales deberes ético-sociales”<sup>126</sup>. Y en épocas más recientes, AMELUNG prefiere construir una teoría de la “dañosidad social”<sup>127</sup>.

Estas posiciones son ya ampliamente conocidas y puede decirse que forman parte de la tradicional opción de rechazo a la teoría de bienes jurídicos que ha sido expuesta en el análisis previo. Ahora interesa buscar nuevas concepciones alternativas a la teoría de bienes jurídicos. En

ese sentido se analizarán, a continuación, de manera resumida, dos de las más recientes tendencias que, por lo demás, pueden ser tenidas como representativas de la “influencia” del pensamiento sociológico y económico en el Derecho penal: el “normativismo radical” (conocido también como “funcionalismo sistémico”) y el análisis económico del Derecho<sup>128</sup>.

### 2.1 El normativismo radical de JAKOBS

#### 2.1.1 Conceptos fundamentales de la teoría de JAKOBS

Günther JAKOBS somete a una revisión crítica todo el Derecho penal y reformula prácticamente todas las categorías a partir de su idea rectora: la misión del Derecho penal no consistiría en la protección de “bienes jurídicos” sino en la protección, con más exactitud, en la “estabilización” de las “normas” vigentes en una sociedad de “personas”. Con esto, JAKOBS, a diferencia de otras teorías conocidas (entre ellas del “normativismo moderado” de Roxin) quiere basar la dogmática penal en lo puramente funcional, o sea, en los *finés del sistema social*. Según él, como el Derecho penal es parte de *un sistema social*, su entendimiento debe servirse de conceptos y conocimientos provenientes de este sistema social y de la función de la normatividad jurídica (perspectiva externa); los conceptos exclusivamente penales (perspectiva interna) serían insuficientes<sup>129</sup>. El Derecho y el Derecho penal pasarían así a ser sistemas *autorreferentes* que estarían libres de constataciones empíricas y de valoraciones externas al sistema jurídico. Por cierto que la relación entre el Derecho

122 Así STRATENWERTH, cuyas propuestas se exponen y analizan más adelante (punto 3); ver “Zukunftssicherung...”, pp. 685 y ss.; “Wahres’ Strafrecht?”, pp. 377 y s.

123 Así SCHÜNEMANN, recientemente reafirmando en su conocida posición, defiende un bien jurídico “medio ambiente” basado en un modelo humano de “homo oecologicus” y que merecería una amplia protección, “Brennpunkte...”, p.358 y ss.; aunándose a éste, ROXIN, aunque prefiriendo una ponderación, según el caso concreto, entre los intereses individuales de las generaciones actuales y los intereses de las generaciones futuras, “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 29 y ss., n. marg. 51 y ss., esp. n. marg. 58.

124 BINDING, pp. 96 y ss.

125 GALLAS, “Zur Kritik der Lehre...”, pp. 52 y ss.

126 WELZEL, pp. 14 y ss.

127 AMELUNG, “Rechtsgüterschutz...”, pp. 330 y ss.; últimamente también en “Der Begriff des Rechtsguts...”, pp. 155 y ss.

128 También se puede incluir dentro del grupo contrario, o por lo menos relativizador, de la teoría de bienes jurídicos a la escuela “neoidealista” alemana reciente pretende una limitación del poder punitivo del estado directamente de los derechos de libertad; o sea concibe la tarea del Derecho penal como la protección de “derechos subjetivos”; ver al respecto el desarrollo de KÖHLER, “Strafrecht A. T.”, pp. 9 y ss., 20 y ss. En esto, esta escuela muestra una coincidencia notable con el “normativismo radical” en cuanto a que ambas posiciones implican un alto grado de abstracción que prescindiría de lo “empírico”: para ambos, la pena siempre busca la “restitución de vigencia” de algo “alejado de la realidad de la pena”: las “normas”, para los normativistas, las “relaciones jurídicas”, para los subjetivistas; ver la crítica de LÜDERSSEN, quien por lo demás declara que ambas posiciones serían incompatibles con el ordenamiento constitucional vigente, “Das moderne Strafrecht”, pp. 99, columna derecha. Desde un análisis constitucional, también existe una doctrina alemana importante que descarta la importancia de la teoría de “bienes jurídicos” en la legislación criminal, pues en la “prohibición de conductas” la ley penal no se distinguiría de las otras legislaciones (todas tienden aquí a limitar libertades), sino solamente en las características propias de la “pena”, la cual sí necesitaría una legitimación especial (proporcionalidad de la grave limitación de la libertad), LAGODNY, 84 y ss.; BÖSE, c. más refs., pp. 90 y ss. Más refs. sobre posiciones que restan importancia a la teoría de bienes jurídicos pueden encontrarse en SCHÜNEMANN, “Das Rechtsgüterschutzprinzip...”, pp. 133, nota 1.

129 JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, pp. 22 y s., 38.

penal y la sociedad no sería unilateral. El Derecho penal y la sociedad estarían vinculados en una relación de interdependencia: la sociedad podría exigir al Derecho penal que asimile nuevos problemas sociales mientras el “sistema jurídico” no alcance la complejidad adecuada (con lo que el D. P. quedaría ampliamente “abierto” a la creación de nuevos tipos penales), pero el Derecho penal también podría incidir en la sociedad para recordarle que deben respetarse determinadas máximas indisponibles<sup>130</sup>. Pero con esto se agotaría la función del Derecho penal; éste no debería ni podría ir más lejos. Es decir, el Derecho penal no podría constituir la base de una “revolución social”, aunque, como parte de la sociedad tampoco podría ser degradado a un “mero lacayo”<sup>131</sup>.

La “sociedad”<sup>132</sup> misma se basaría en la existencia de un *contexto de comunicación* mediante “normas” (y no mediante “estados” o “bienes”, los cuales solamente serían “reflejo de la norma”). Luego, para que la sociedad subsista, el “contexto de comunicación” debería ser mantenido igual frente a modelos divergentes<sup>133</sup>. Y esta protección del “contexto de comunicación”, o sea de las normas que lo configuran, se daría, entre otras formas, mediante el Derecho penal. Desde luego que la *protección de normas* no se dirigiría a todo tipo de ellas, sino solamente a aquellas que necesitaran una “estabilización especial” por no estar suficientemente aseguradas por vía cognitiva: las normas constitutivas de la sociedad. Estas normas se caracterizan por no estar dadas previamente, o sea serían “hechas” (elaboradas), tendrían carácter contingente. Pero también se caracterizan por ser disponibles subjetivamente (desde la perspectiva del autor, no puede probarse que sea preferible él que las cumpla) y por ello (para evitar esta disponibilidad) deberían ser estabilizadas; su vigencia debería garantizarse, a través de una sanción<sup>134</sup>. A diferencia de estas normas, hay otras pertenecientes al mundo racional que todos “conocen” y, mayoritariamente, aceptan (p. ej., las provenientes de las ciencias naturales). Estas normas no necesitarían “estabi-

lización” alguna (mediante protección legal), pues, en caso de no ser aceptadas, el sujeto estaría declarando así su “incompetencia” y sufriría las consecuencias “naturales” que acarrear su inobservancia (caída de una casa, no producción de la lluvia invocada por la brujería, etc.).

En el proceso de comunicación intervendrían solamente *personas* que, según la terminología empleada por JAKOBS, son distintas de los “individuos”. “Personas”, en el sentido jakobsiano, son quienes porten “roles sociales” derivados de los deberes y derechos propios del mundo normativo. Entonces, solamente estas “personas” serían reconocidas como “ciudadanos plenos” pues tendrían “competencia” para *comunicar normativamente*. El “individuo”, en cambio, no tendría roles sociales, no sería “ciudadano pleno” y, por lo tanto, no podría “comunicar” normativamente<sup>135</sup>. El “individuo” no podría transmitir a otro directamente su “subjetividad” sino solamente lo podría hacer a través de “manifestaciones”, es decir de manera “objetivada”.

Una vez asignados los roles, existiría la *expectativa normativa* de que las personas cumplan con ellos, no los quebranten ni traten de asumir otros roles que no les competen. Si no fuera así, el Derecho debería “estabilizar el sistema” y reafirmar la vigencia de la norma; es decir mantener la expectativa imputando el curso perturbador al responsable<sup>136</sup>. En el Derecho penal, la “imputación objetiva” permitiría definir específicamente cuándo se ha producido una “defraudación de expectativas”, o sea cuándo la persona ha quebrantado su rol<sup>137</sup>.

En otras palabras, y de manera general, dentro de una sociedad sus miembros se “comunican” entre ellos. Pero esta *comunicación* podría darse de dos formas según la realicen individuos (comunicación instrumental) o “personas” (comunicación personal o normativa)<sup>138</sup>. Sólo este último tipo de comunicación sería, en realidad, el que interesaría al Derecho penal, entendido de manera estricta, pues solamente en este caso se podría hablar de “personas” como destinatarias del Derecho penal. Por el contra-

130 JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, pp. 23 y s.

131 JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 24.

132 El concepto “sociedad”, según JAKOBS, no debería entenderse de manera absoluta pues ella se constituiría recién dentro de un “Estado” (que es el que administra la pena pública) como una unidad con un ordenamiento normativo, determinando quién es miembro de esta sociedad en función de una serie de criterios (en especial, ciudadanía y territorialidad). Luego, sólo para estos “miembros” de la sociedad constituida en Estado regirían las normas que lo conforman; y estas normas regirían en la medida en que los miembros vivan de acuerdo con ellas; si no fuera así, no habría legitimidad penal. Ver “Bases para una teoría funcional...”, pp. 71 y s. JAKOBS ofrece como ejemplos: el intento de crear un Tribunal Internacional de protección de Derechos humanos en una comunidad internacional que no vive de conformidad con un orden normativo respetuoso de los Derechos Humanos, y el juzgamiento penal, por parte de la República Federal Alemana, de violaciones a los derechos humanos cometidos en la extinta República Democrática Alemana; ver *ibidem*, pp. 73 y s.

133 JAKOBS, en “Bases para una teoría funcional...”, p. 25.

134 JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, pp. 25 y s., 154 y s., respectivamente.

135 JAKOBS, en “Bases para una teoría funcional...”, pp. 38 y ss.; “Sobre la normativización...”, pp. 16 y ss.

136 Cfr. JAKOBS, “Sobre la normativización...”, pp. 18 y ss., 20 y s.

137 JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, pp. 40.

138 JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, pp. 48 y ss.

rio, en la “comunicación instrumental” los individuos actuarían solamente conforme al esquema satisfacción/insatisfacción, esquema según el cual ellos se consideran a sí mismos como “centro preferencial” y por lo tanto no “comunican” normativamente. Solamente en la “comunicación personal” el sujeto aceptaría “normas” para la comunicación con los otros, y por lo tanto se concebiría a sí mismo también a través de estas normas. Luego, únicamente la “comunicación personal” podría dar lugar a “expectativas normativas” que son la base del funcionamiento del sistema social. Esto no supondría, por cierto, que en una sociedad no puedan existir (coexistir) ambos tipos de comunicación; ello puede ocurrir de distintas maneras; es más, en una sociedad que exacerbara la “pluralidad” se tendería cada vez más a la “comunicación instrumental”, con lo cual nos convertiríamos cada vez más en “elementos de la naturaleza” (salvajes)<sup>139</sup>. Para tales casos, concluye JAKOBS, la sociedad debería tender a proteger el sistema de “comunicación normativa” mediante la introducción de reglas específicas contra los sujetos que la amenazaran y que no sean accesibles más que a una “comunicación instrumental” (*Derecho penal del enemigo*).

A partir de las bases metodológicas expuestas, JAKOBS desarrolla consecuentemente su análisis del Derecho penal, llegando a conclusiones que, en parte coinciden (aunque con otra terminología) con la doctrina dominante y, en parte, chocan frontalmente con ella<sup>140</sup>. En concreto, en lo referente a la tarea del Derecho penal JAKOBS es tajante: el Derecho penal debería limitarse a garantizar el “funcionamiento” de una sociedad gobernada por “normas”; o sea, en el Derecho penal estaría en juego, en primer lugar la *protección de normas sociales* y no la protección de “bienes jurídicos”<sup>141</sup>.

### 2.1.2 Crítica a JAKOBS

Aparte de las posibles críticas a la teoría social de JAKOBS y a sus contradicciones con la teoría penal que postula<sup>142</sup>, para lo que aquí interesa, solamente se van a considerar dos grupos de objeciones: el primero referido a las consecuencias político-criminales del reemplazo de la protección de bienes jurídicos por la protección de normas; el segundo, tratará sobre las consecuencias dogmáticas en la teoría del delito de tal concepción.

1.- Lo primero que se suele criticar a JAKOBS es precisamente su *renuncia al principio de protección de bienes jurídicos* pues con ello perdería toda posibilidad “crítica” de las normas penales existentes: norma y bien jurídico no deberían ser desligados pues la primera debe basar su existencia en el segundo<sup>143</sup>. Es más, dado que la “norma” no puede ser nunca considerada por sí misma, como algo “valioso”, sino como creación del poder para limitar la libertad de sus destinatarios, siempre se debería exigir que justifique la necesidad de su existencia; tal justificación solamente puede obtenerse a partir de la finalidad del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho: la protección de “bienes jurídicos” que directa o indirectamente están relacionados con los intereses de los ciudadanos<sup>144</sup>. Por eso se dice que toda teoría que defienda la “exclusiva protección de normas” siempre estará incompleta pues solamente se refiere a la parte sancionadora, no al *porqué* de norma penal misma; o sea, solamente destaca la “antijuricidad formal” mas no la “antijuricidad material”<sup>145</sup>. Y al basarse, de manera exclusiva, en la “fidelidad a la norma jurídica” tiende a prescribir “actitudes internas” aparte de no ser suficientemente “taxativa” como para que en ella se base la imposición de sanciones penales<sup>146</sup>.

139 JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 49.

140 Ver más detalles de la teoría de JAKOBS y más refs. en ABANTO VÁSQUEZ, “¿Normativismo radical o normativismo moderado?”, pp. 30 y ss.

141 Ver JAKOBS en: “Strafrecht. A. T.”, pp. 35 y ss.; “Sobre la normativización...”, pp. 69 y ss.; “Bases para una teoría funcional...”, pp. 25, 34 y ss.”; “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus...”, pp. 849 y ss.

142 Así KARGL ha destacado que el entendimiento de “sistema autopoietico” y de “comunicación” de los cuales parte Jakobs serían discutibles en cuanto a que no puede renunciarse nunca a la referencia al individuo pues quien comunica no es la “comunicación” sino los “sujetos”; ver “Kommunikation kommuniziert?”, pp. 360, 373. Por eso tampoco Jakobs puede evitar recurrir a un sujeto autónomo cuando, en la culpabilidad, toma por referencia a éste con el elemento “déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico” y, en última instancia, interpreta la “comunicación” con (algunos) elementos psíquicos (o sea, externos) escogidos *ad hoc* por el propio sistema; cfr. PORTILLA CONTRERAS, “Los excesos del formalismo...”, pp. 856 y s., así como en la nota 29, pp. 858 y s. Ver más refs. sobre la crítica a Jakobs en ABANTO VÁSQUEZ, “Normativismo radical...”, pp. 53 y ss.

143 Destacan especialmente esto BUSTOS/HORMAZÁBAL, tomo I, pp. 57 y s., tomo II, 27 y s. De manera especialmente enfática dicen: “El bien jurídico ... aparece como un instrumento de carácter cognitivo y por lo mismo garantista, que permite saber claramente *qué* es lo que se está protegiendo y saber el *porqué* de dicha protección. En esta medida, la teoría del bien jurídico permite un sistema crítico y participativo extensivo a las bases mismas de la sociedad” (tomo II, p. 28). Cfr. últimamente también en ese sentido PORTILLA CONTRERAS, “La supuesta crisis...”, pp. 901 y s.; “Los excesos del formalismo...”, pp. 856, 858 y s.

144 Cfr. últimamente MIR PUIG, “Límites del normativismo...”, pp. 674 y ss., 679, 689; ROXIN, “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 49, n. marg. 110.

145 Cfr. BOTTKE, “Das Straftaterfordernis...”, pp. 477 y s.; SEHER, c. más refs., pp. 41; ALCÁCER, “Los fines del Derecho penal...”, pp. 539 y s. La consecuencia de esto está en que, al prescindir de un contexto valorativo previo, se pasa a centrar el punto de atención, exclusivamente, en el “deber” y no en el “derecho”, lo cual tendría la consecuencia de llevar a un Derecho autoritario por falta de posibilidad crítica; ver, en este sentido, MIR PUIG, “Valoraciones...”, p. 79.

146 BOTTKE, “Das Straftaterfordernis...”, pp. 478 y s., esp. nota 71.

Con ello prescinde de un contexto valorativo previo y pasa a centrar el punto de atención, exclusivamente, en el “deber” y no en el “derecho”.

No puede sorprender, entonces, que una teoría radicalmente normativa albergue el riesgo de servir a un *Derecho autoritario* por falta de posibilidad crítica<sup>147</sup>: la construcción meramente normativo-funcional de las categorías jurídicas es (conscientemente) extraña a un “control externo”, a una constatación empírica. El reconocimiento de lo ontológico y de valores como base de las normas jurídicas tiene precisamente la finalidad de no dejar desamparado al ciudadano frente a la posible manipulación (históricamente experimentada) del Derecho. Por eso el concepto de “bien jurídico” no es una construcción gratuita que pueda ser reemplazada con la “lesión de la norma”, pues sólo el concepto de bien jurídico permite controlar al legislador y al intérprete en la formación y la aplicación de las leyes penales. Los ejemplos de Jakobs para sustentar sus críticas a la teoría de bienes jurídicos precisamente no demuestran la debilidad de la teoría de bienes jurídicos, sino al contrario, el potencial crítico de ella (función crítica)<sup>148</sup>, pues desvelan precisamente muchos de los casos en los cuales faltaría la lesividad y, por lo tanto, habría incompatibilidad de las leyes vigentes con principios penales y constitucionales.

JAKOBS pretende prescindir por completo de la naturaleza y de la individualidad en su definición de la “sociedad”, pues solamente le importaría, de manera “neutral” encontrar lo característico de ella (“describir el funcionamiento comunicativo de la sociedad”) para poder luego, también de manera “neutral”, proponer reglas jurídicas (penales) adecuadas para su funcionamiento. Entonces, en su concepción aparentemente no interesaría el tema de la legitimación del orden social existente pues presupone que éste –como quiera que haya surgido– sería siempre uno que se determine según su utilidad para las preferencias subjetivas; con el sometimiento

de los individuos a las tareas grupales (reparto de roles), las reglas se transformarían en “normas” y los individuos en “personas”<sup>149</sup>. Con ello, esta explicación funcional “neutral” sería plausible tanto en una sociedad liberal como en una esclavista o en el Derecho de las Américas o en el sistema de la Alemania comunista<sup>150</sup>. Al Derecho penal solamente le correspondería una función interpretativa hasta el límite de poder evidenciar los alcances de nuevas regulaciones legales y si éstas van a tener un efecto positivo o negativo desde la perspectiva de las valoraciones previas a ellas; no sería tarea del Derecho penal, sino del Derecho público “decidir” si las regulaciones constituyen una criminalización excesiva o innecesaria o si existiría un vacío de protección<sup>151</sup>.

Pero, en contra de lo que afirma el profesor alemán, al dar conscientemente lugar a un “déficit en la explicación de la génesis” y al liberar así al concepto de “sociedad” de la “naturaleza”, también consigue “liberar” al Estado de la contradicción y el consenso de los sujetos<sup>152</sup>, es decir con esto se tiende claramente al *conservadurismo*. Aunque sea cierto que JAKOBS no haya propuesto ni busque proponer una concepción autoritaria del Estado, lo cierto es que, debido a sus premisas metódicas, contiene una potencialidad de política criminal autoritaria independientemente de sus intenciones<sup>153</sup>. Ello es así porque sus propuestas no son ni pueden ser “neutrales” pues ya su “descripción” inicial del funcionamiento social (como toda teoría de la sociedad) contiene una decisión valorativa, un concepto de “deber ser” escondido dentro del concepto de “función”: el “bien”, el fin, es concebido como el “mantenimiento del sistema”; su “política criminal” apunta a mantener el “estado actual del deber ser” en el sentido de “optimización de la práctica de reconocimiento normativo”<sup>154</sup>. En la opción entre el “individuo” y la “sociedad” como punto de partida del análisis, JAKOBS se decide a favor de esta última, y ni siquiera prevé una teoría del Estado que excluya tendencias autoritarias<sup>155</sup>. Proceder así es ciertamente posible en el análisis

147 Cfr. MIR PUIG, “Valoraciones...”, p. 79.

148 Ver últimamente ROXIN en: “Problemas actuales...”, pp. 19 y ss., 49 y ss.

149 Ver la exposición de la teoría social de Jakobs en KARGL, “Das Recht der Gesellschaft...”, pp. 56 y ss., 66.

150 JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, pp. 32 y s.

151 Cfr. JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, pp. 33. Según él, el Derecho penal “... es impotente frente a los cambios políticos de valores, y no puede optar a favor de los cambios políticos de valores”; *ibidem*, pp. 34. O también (traducción libre): “El Derecho penal solamente puede preservar una configuración normativa existente, mas no llevar a mejores tiempos”, ver en “Das Selbstverständnis...”, pp. 55.

152 Cfr. KARGL, “Das Recht der Gesellschaft ...”, p. 66.

153 ALCÁCER, “Facticidad y normatividad...”, p. 256; MIR PUIG, “Valoraciones...”, p. 79; BOCK, pp. 645, 649. ROXIN observa en esto “una entrega del jurista a la discrecionalidad y arbitrariedad legislativa”; ver “¿La protección de bienes jurídicos...?”, p. 304; también, criticando la concepción estrecha de “ciencia” en Jakobs y reafirmando la necesidad de desarrollar límites de contenido para la legislación penal a partir de presupuestos de política-criminal, ver “Strafrecht A. T.”, p. 50, n. marg. 112.

154 BOCK, pp. 648 y s.; ALCÁCER, “Facticidad y normatividad...”, pp. 233 y ss., esp. 238 y s.; PORTILLA CONTRERAS, “Los excesos del formalismo...”, pp. 855 y ss. Este último autor critica a la teoría que Jakobs el haber construido una teoría sobre un ordenamiento que “ha asumido los valores del capitalismo como propios” y que, con ello, proporcionaría incluso una “nueva concepción kantiana” de la ley moral: “la ley no es considerada como dependiente del bien, sino que el bien pasa a depender de la ley”; ver, c. más refs., *ibidem*, pp. 858.

155 El problema se traslada de la dicotomía individuo-sociedad a la dicotomía “sociedad”-“Estado”, pues este último debe ser concebido de tal manera que no desarrolle una dinámica sobredimensionada (sobrerepresión, Derecho penal simbólico) ni subdimensionada (falta de protección de bienes jurídicos); ver LÜDERSSEN, quien propone para ello una “teoría de la experiencia”, “Strafrecht zwischen Funktionalismus...”, pp. 892 y s.

del “ser”, pero, para poder formular prescripciones de “deber ser” se tiene que ir de la mano con la introducción de límites (a la punibilidad) derivados de criterios axiológicos orientadores; si no se hiciera esto, se caería en el “decisionismo”. Por eso se acusa a la teoría de JAKOBS de tender a mantener el *statu quo*, a ser acrítica y, por lo tanto reaccionaria<sup>156</sup>. Por lo demás, no hay Derecho ni Derecho penal que pueda mantenerse apolítico; éstos siempre han servido a algún sistema político. Por eso, el Derecho penal debe optar por un sistema político que proteja al máximo los intereses de los ciudadanos, tal como, por lo demás, suelen exigir las Constituciones de los Estados modernos<sup>157</sup>.

Entonces, la teoría de JAKOBS tiende a someter por completo al individuo a las finalidades sociales, pues aunque quiera mediatizar los intereses individuales a través de los sociales (recién la “sociedad” otorgaría las condiciones objetivas para la “subjetividad”<sup>158</sup>), ha dejado ya de aplicar el funcionalismo como mero “método de observación” de un *statu quo* determinado (el “ser”) para representar un “criterio de decisión” (el *statu quo* como sistema funcional debe ser mantenido)<sup>159</sup>. Al definir al “individuo” a partir de la “sociedad”, al no asumirlo en su subjetividad, al considerarlo un elemento más del sistema, se produce una identificación con una visión organicista de la sociedad en la cual “... los intereses del individuo son reconocidos en tanto vienen atribuidos por la misma y, por tanto, pueden ser sacrificados –funcionalizados– en aras del interés superior de la perpetuación del todo social”<sup>160</sup>. Esta consecuencia es el resultado ineludible de la base metodológica del normativismo radical pues, al prescin-

dirse del “individuo” y de los conflictos entre individuos (que llevan al desarrollo de principios garantistas), solamente llegará a interesar un único sujeto: el sistema<sup>161</sup>. Esto desconoce que lo “normativo” y lo “fáctico” no pueden ser desligados pues hasta las normas más especializadas, siempre requieren una “base física”; es decir, los “seres humanos”. En función a ellos se tiene que construir el Derecho y no para el mantenimiento de las mismas normas. Por eso también la función del Derecho penal tiene que ir más allá de lo meramente normativo (estabilización de normas) e incidir en lo real (prevenir delitos)<sup>162</sup>.

Las críticas al potencial autoritario de la concepción funcionalista radical se han reafirmado y fortalecido contra la reciente propuesta del *Derecho penal del enemigo*. Y es que, al basar el Derecho penal en la distinción entre “individuo” y “persona”, entre sujetos que “comunican” y otros que “no comunican” (pese a poder ser, en la terminología tradicional, plenamente “imputables”), se abre la puerta para deducir que un Derecho penal que quiera estabilizar las normas tendría que encontrar alguna respuesta frente a estos últimos. Precisamente por eso JAKOBS ha propuesto desarrollar lo que él denomina “Derecho penal del enemigo”, o sea, a diferencia de un “Derecho penal del ciudadano”, un Derecho penal con principios “flexibilizados” dirigido a estos sujetos que no participan (voluntariamente) de la comunicación<sup>163</sup>. Las críticas más fuertes acusan a esta concepción de tender a (o incluso “legitimar”) un Derecho penal del autor, las más moderadas dicen que sería prescindible su aporte “descriptivo” e insostenible su aspecto “legitimador-afirmativo”<sup>164</sup>. Lo

156 ALCÁCER, aunándose a otras voces críticas conocidas, “Facticidad y normatividad...”, pp. 256 y s.; PORTILLA CONTRERAS, “La influencia...”, c. más ref., pp. 108; y también últimamente en “Los excesos del formalismo jurídico...”, pp. 853 y ss. Este último crítica al normativismo radical que confunda la “facticidad” con la “legitimidad” del Derecho; ver “La supuesta crisis...”, p. 901.

157 Cfr. MIR PUIG, “Límites del normativismo...”, pp. 675 y ss.

158 JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, pp. 27 y ss., 29. JAKOBS advierte que su teoría no debería ser confundida con un modelo social de orientación colectivista o totalitarista; el modelo propuesto sería *neutral*, no estaría atado a un modelo social determinado pues –según Jakobs– pueden ciertamente existir sociedades colectivistas organizadas de manera “funcional” o “disfuncional”, como también puede ocurrir ello en sociedades liberales. La “fuerza de autoconservación” del Derecho penal sería irrenunciable. Por ello, una retirada del Derecho penal para dar paso exclusivamente a medidas jurídico-civiles sería inadmisibles, pues no solamente revelaría una crisis del ius puniendi sino también de lo público; ver en “Bases para una teoría funcional...”, p. 31.

159 ALCÁCER, “Facticidad y normatividad...”, pp. 243 y ss., 259. También niegan “neutralidad” a la concepción funcionalista-sistémica de Jakobs, PORTILLA CONTRERAS, “La influencia...”, pp. 107 y s.; MIR PUIG, “Valoraciones...”, pp. 78 y s. Esta crítica no tiene por qué rechazar por completo todo análisis sociológico del delito. Como afirma AMELUNG, tras admitir las bondades del “bien jurídico” para el análisis dogmático, no habría contradicción con la Constitución cuando el estudio explicativo de la “dañosidad social” del delito se centra en las normas y los sistemas sociales, pues desde una “perspectiva externa” solamente podría protegerse a las “personas”, tras la comisión de un delito, a través de una “reparación simbólica” del sistema estructural construido ya sobre la base de la protección de personas; ver en “Der Begriff des Rechtsguts...”, pp. 180 y s.

160 ALCÁCER, “Facticidad y normatividad...”, c. más ref., p. 240; expresamente rebatiendo la respuesta de Jakobs, pp. 243 y s.

161 Cfr. ALCÁCER, “Facticidad y normatividad...”, c. más ref., p. 242.

162 Cfr. MIR PUIG, “Límites del normativismo...”, pp. 672 y ss.; SCHÜNEMANN, “Brennpunkte...”, p. 354.

163 Ver especialmente la tesis de JAKOBS en Jakobs/Cancio Meliá. Al respecto, c. más refs., ver ABANTO VÁSQUEZ, “¿Normativismo radical...?”, pp. 70 y ss.

164 Ver las críticas de ROXIN, “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 55 y s. SCHÜNEMANN, “Die deutsche Strafrechtswissenschaft...”, pp. 211 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, pp. 84; parcialmente también en ZUGALDÍA ESPINAR, “¿Qué queda en pie...”, p. 111. Más refs. en ABANTO VÁSQUEZ, ¿Normativismo radical...”, pp. 74 y s.; y, con más detalle y refs. en el trabajo de próxima publicación “Derecho penal del enemigo y delincuencia económica” (coordinado por Cancio Meliá en España). Últimamente, PORTILLA CONTRERAS, “Los excesos del formalismo...”, pp. 860 y ss.

cierto es que, ante las criticables deficiencias de la legislación penal, que a veces dan la impresión de no tender a proteger bienes jurídicos o incluso violan principios básicos del Derecho penal (como en la legislación penal de emergencia de algunos países) no cabe interpretar que el legislador habría optado ya por un “Derecho penal del enemigo” ni menos aún que esto sea legítimo. La definición del “enemigo” siempre resultará arbitraria, pues dependerá de quién lo defina, cuándo y cómo lo haga. Así cuando JAKOBS incluye, por ejemplo, a los delitos económicos dentro del grupo del Derecho penal del enemigo, no se entiende por qué (todos) los delincuentes económicos no puedan (o quieran) participar de la “comunicación normativa”. Solamente si, metodológicamente, se admitiera una distinción entre “sujetos del Derecho” (individuo, persona, enemigo) sería aplicable y hasta “consecuente” la concepción de JAKOBS. Pero a ello se opone, ya por cuestiones de principio, el propio concepto de “persona” que tradicionalmente se maneja en el Derecho de todo Estado de Derecho. Como ha resaltado recientemente MIR PUIG, para un Derecho penal garantista, inmerso en un Estado social y democrático, el ser “persona” de un individuo, como realidad física, no puede depender de un reconocimiento social, sino de su mera existencia; una distinción entre “persona” e “individuo” como hace JAKOBS lleva a relativizar los derechos humanos<sup>165</sup>.

2.- Aparte de estas críticas fundamentales al método del normativismo radical, también pueden sostenerse otras, más concretas, en cuanto a las *pérdidas en el ámbito dogmático-penal* derivadas de la renuncia al concepto de “bien jurídico”. Ya se vio la importancia que tiene este concepto a la hora de distinguir entre “delitos de resultado” y “delitos de peligro”, así como del análisis de la “tentativa inidónea”. Brevemente se pueden añadir otros aspectos cruciales de la dogmática penal<sup>166</sup>:

a) *Pérdida de protección social* pues, al desvincular el análisis dogmático-penal de los bienes jurídicos se pierde de vista la “lesividad” (y su magnitud) que fundamenta la intervención penal. Esto es particularmente notorio en el tema de la “imputación objetiva”, donde se trata de en-

contrar un equilibrio entre el interés estatal de otorgar seguridad con los intereses individuales de libertad a través del criterio de la “realización de un riesgo no permitido”; mientras más prevalezca el interés estatal, más se tenderá a afirmar esta realización de riesgos en desmedro de la libertad individual, y viceversa: mientras más se niega la realización del riesgo, se pierde más el interés estatal de “seguridad”<sup>167</sup>. Esto es algo que no consigue una teoría de la imputación objetiva entendida como criterio de “atribución de competencias”, tal como ocurre en la doctrina del normativismo radical. Y también hay menos protección ciudadana en el caso del papel interpretativo de los “conocimientos especiales”, a los cuales Jakobs no otorga importancia alguna cuando los tenga un sujeto (persona) que, sin salirse de su rol haya contribuido a la realización de un delito. Esto puede ser correcto desde la perspectiva funcionalista-sistémica, pero no es comprensible desde la perspectiva de protección de bienes jurídicos pues tales conductas son perfectamente dañosas socialmente. No se entiende por qué deba ser impune tal contribución dolosa a la realización de un delito si constituye una negación a la pretensión de vigencia bienes jurídicos de primer orden como la vida<sup>168</sup>.

c) *Pérdida de distinción entre “consumación” y “tentativa”*. Si el delito se constituyera solamente por la desobediencia a la norma el injusto penal debería agotarse ya con el mero “desvalor de la acción” y no se necesitaría del “resultado típico”. Pero JAKOBS sí exige la presencia del “resultado” en el injusto consumado<sup>169</sup>. Para él, tal resultado constituiría una “objetivación” (significancia suficiente) del proceso comunicativo, objetivación necesaria para distinguir la “consumación” de la “tentativa”. No obstante, si se fuera consecuente con el normativismo radical, ya el “desvalor de la acción” debería interpretarse como una “objetivación” e injusto completo desde la perspectiva de la “infracción de la norma”; exigir todavía un “resultado”, una “lesión de bienes” equivale a admitir la afección de bienes jurídicos para fundamentar el injusto<sup>170</sup>. La *tentativa*, e incluso los *actos preparatorios*, podrían ser definidos como “expresión de infracción nor-

165 Cfr. MIR PUIG, “Límites del normativismo...”, p. 676, nota 32.

166 Incluso un escéptico de la “función crítica” de los bienes jurídicos como AMELUNG, admite la importancia dogmática del “bien jurídico” pues no solamente contribuye a la interpretación teleológica sino también incorpora la valoración del legislador para la solución de problemas de la parte especial: de él no solamente se desprende aquello que debe ser protegido, sino cómo debe ser protegido. Para esto último se necesita siempre una valoración (p. ej., diferencias cuantitativas de injusto, ponderación de intereses en casos de colisión de deberes, etc.); ver “Der Begriff des Rechtsguts...”, pp. 156 y ss.

167 ROXIN, “Das strafrechtliche Unrecht...”, pp. 930 y ss. Desde la perspectiva del “neoidealismo”, KAHLO también destaca la relación entre “bien jurídico” e imputación objetiva, concluyendo que esta última precisamente tiene la tarea de fundamentar y proporcionar los criterios con los cuales se pueda aprehender la realidad de “lesiones de relaciones” existentes y no la mera lesión de objetos en el sentido de una causalidad naturalística (causalidad personal de la libertad que lesiona bienes jurídicos), ver 26 y ss., pp. 36 y s.

168 Cfr. ROXIN, “Das strafrechtliche Unrecht...”, p. 943; “Strafrecht. A. T.”, tomo I, pp. 378 y s., n. marg. 57.

169 ROXIN, “Das strafrechtliche Unrecht...”, pp. 940 y s.; “Strafrecht A. T.”; tomo 2, p. 346, n. marg. 44.

170 ROXIN, “Das strafrechtliche Unrecht...”, pp. 941. Por eso BLOY destaca también la importancia de la teoría de bienes jurídicos en el análisis de la delimitación y punibilidad de la “tentativa” y critica la falta de límites que supondría basarse solamente en lo normativo o en elementos meramente éticos; ver pp. 107 y s. y nota 114.

mativa”; el criterio adicional de “grave puesta en peligro” a través de la “cercanía al tipo” para fundamentar la punibilidad de la tentativa y de los actos preparatorios, aunque en el fondo correcto, es, en realidad, extraño a la propia concepción de JAKOBS pues tal “cercanía” va más allá de la mera expresividad de la infracción de la norma y tendría que vincularse a “bienes”; algo que precisamente él no quiere aceptar<sup>171</sup>.

d) *Pérdida explicativa de los delitos de infracción del deber*. JAKOBS no quiere relacionar la “infracción del deber” con la afección de bienes jurídicos. Pero la mera infracción del deber no puede si no ser un elemento más de la autoría pues sin la corroboración de un atentado contra un bien jurídico, no se podría explicar por qué tendría que sancionarse penalmente, recurriendo al mismo tipo penal, la participación de los extranei (ellos no pueden infringir deber alguno) en un delito especial (o de infracción del deber)<sup>172</sup>.

e) *Pérdida de la delimitación del Derecho penal con otras áreas del Derecho*. Desde un normativismo radical no se puede explicar cuándo una defraudación de expectativas contendría un “injusto penal” o un mero “injusto administrativo”, “civil” o incluso una minucia. El mismo problema tiene el concepto funcionalista de culpabilidad en el sentido de “práctica en fidelidad a la norma” pues, al quitarse todo contenido material al principio tradicional de culpabilidad, se pierde la distinción “ética” entre pena, contravención, multa, etc.<sup>173</sup>. Por lo demás, el “quebrantamiento de la norma”, la “defraudación de expectativas”, la “arrogación de roles”, etc., no describen algo propio del Derecho penal, sino de cualquier otra situación extrapenal, e incluso extralegal. Es indudable que una parte del delito puede ser descrita como la “infracción de un deber”, pero tal descripción todavía estaría incompleta, en el sentido penal, sin la “realización” de la “infracción del deber” en el sentido de una “afección de bienes jurídicos”; la “infracción del deber” o la “infracción de la norma” por sí solas no contiene una relevancia penal específica<sup>174</sup>.

Independientemente de que las tesis de JAKOBS sean compartidas o no, es indudable que sus propuestas han servido para reavivar la discusión sobre temas que se creían, erróneamente, superados. Muchos conceptos, como el del principio de protección de bienes jurídicos, habían quedado prácticamente “archivados” pese a que todavía

no se habían aclarado una serie de aspectos en su interrelación con la dogmática penal<sup>175</sup>.

## 2.2 El análisis económico del Derecho

### 2.2.1 *Presupuestos generales del análisis económico del Derecho (AED)*

El “análisis económico del Derecho” pretende dar explicación a fenómenos jurídicos bajo una orientación exclusivamente económica: la “eficiencia”. Según esta concepción, en cualquier área del Derecho siempre se debería buscar la mayor eficiencia económica posible, sea creando reglas jurídicas que la posibiliten o eliminando o modificando las ya existentes si ellas se opusieran a la aparición o al mantenimiento de tal eficiencia. Previamente, por cierto, se tiene que definir el concepto mismo de “eficiencia” (económica) y tomar un “modelo humano” útil para analizar las conductas de las personas en la sociedad<sup>176</sup>. La “eficiencia alocativa” (o sea la mejor distribución posible de recursos de explotación), según el criterio más usual denominado “Kaldor-Hicks”, se produciría cuando un grupo de personas (así sea reducido) obtenga un beneficio económico de tal manera que, además de compensar con ello a los “perdedores”, todavía presente un remanente de ganancia económica. En cuanto a los individuos, ellos, en sus interacciones sociales, se conducirían siempre de manera racional, reflexiva, buscando un beneficio (económico) máximo para sí mismas; esto es lo que se conoce como “homo oeconomicus”.

En el Derecho penal, también funcionarían los mismos criterios<sup>177</sup>. Según el análisis económico del Derecho, el “delito” sería cometido por un sujeto que siempre trataría de “maximizar sus propios beneficios económicos” (el “homo oeconomicus”). Luego, el delito constituiría una opción entre varias: solamente cuando el delito resultara económicamente más rentable, el delincuente se decidiría por esta opción, aunque para la sociedad ello desembogue en una “ineficiencia”. Por eso —concluye esta teoría— la política criminal debería estar orientada a materializar la idea literalmente resumida en la expresión coloquial de que “el crimen no paga”<sup>178</sup>. Y para ello se deberá prescindir

171 Cfr. ROXIN, “Strafrecht. A. T.”, tomo 2, p. 346, n. marg. 45; “Das strafrechtliche Unrecht...”, p. 942.

172 ROXIN, “Strafrecht. A. T.”, tomo I, p. 50, n. marg. 113; “¿La protección de bienes jurídicos...?”, pp. 304 y s.

173 Cfr. BOCK, pp. 646.

174 Cfr. LAMPE, “Gedanken zum materiellen...”, pp. 81 y s.; AMELUNG, recordando en esto a Binding, “Der Begriff des Rechtsguts...”, pp. 156 y s.

175 ZUGALDÍA ESPINAR rescata con acierto la contribución de Jakobs a la discusión penal, pero, en mi opinión, va demasiado lejos con su acusación de resentimiento a los dogmáticos tradicionales “ante el hecho de que Jakobs haya desvelado la debilidad teórica, las grandes mentiras, falacias y contradicciones de la Ciencia Penal dominante en la actualidad” en cuanto a los efectos preventivos de las penas. Ver “Seguridad ciudadana...”, p. 1132.

176 Ver las refs. Sobre esto y los demás conceptos que siguen en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, pp. 79 y ss.; “Derecho de la libre competencia”, pp. 45 y ss.

177 Ver un análisis más amplio y refs. en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, pp. 98 y ss.

178 Ver la exposición de esta tesis, c. más ref., en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, pp. 98 y ss.

dir por completo de cualquier otro concepto o principio previo que no sea el criterio orientador de la “eficiencia” (económica). La pena tendrá, entonces, que incidir en la “motivación” del sujeto en el puro sentido de una “intimidación” para elevar el “costo” del delito frente a los “beneficios” que el delincuente crea obtener de él. Las variables irían desde un incremento de las posibilidades de descubrimiento y procesamiento de los delitos hasta el incremento de las sanciones (prisión, multa) y otras medidas de la mayor variedad (decomiso de ganancias, medidas contra las personas jurídicas, etc.).

Esta teoría se acerca mucho a la realidad social en el campo del Derecho penal económico. Como ya ha sido destacado por la Criminología referida al “delincuente de cuello blanco” y el Derecho penal económico, en los delitos económicos se encuentran una serie de peculiaridades que podrían hacer plausible la aplicación del análisis económico del Derecho: el delincuente económico está plenamente socializado en el sentido tradicional, actúa “reflexivamente”, suele motivarse por consideraciones económicas, etc.<sup>179</sup>.

### 2.2.2 Críticas al análisis económico del Derecho

Las críticas más severas se dirigen a un “análisis económico del Derecho” que pretende exclusividad explicativa y aplicación a todo el Derecho (y en particular al Derecho penal), pues ni el modelo humano del “homo oeconomicus” refleja la realidad<sup>180</sup>, ni tampoco la búsqueda de “eficiencia económica” puede constituir la base de una sociedad sin caer en incompatibilidades serias con los principios tradicionales de libertad, igualdad y justicia social<sup>181</sup>.

El “análisis económico del Derecho” coincide en mucho con el “normativismo radical” tal como el mismo JAKOBS ha observado<sup>182</sup>. En primer lugar, para ambos el método consiste en partir de la “finalidad” del Derecho penal aunque la fundamentación suene diferente: para JAKOBS, se trataría de las necesidades de funcionamiento del sistema, para el “análisis económico del Derecho” se trataría de la “eficiencia económica” (análisis de costos y beneficios del delito). Pero en esto ambas teorías resultan criticables. Este análisis “a partir de las consecuencias” que sirve de base metodológica al funcionalismo radical y al análisis económico del Derecho no puede ser sino incompleto, tal como ha destacado LAMPE<sup>183</sup> pues para fundamentar el ordenamiento jurídico descuida al “objeto” de la regulación legal (penal) y se preocupa solamente de la “consecuencia”: la pena. Al entender que lo único correcto sería lo funcional, se tiende al “utilitarismo”<sup>184</sup>. Un análisis “a partir de las consecuencias” solamente podría justificarse si no se basara exclusivamente en los “fines” sino tuviera en cuenta, junto a ellos, también “principios y garantías individuales”<sup>185</sup>, tal como por ejemplo procede ROXIN cuando conscientemente impregna la dogmática penal con aspectos teleológicos y político-criminales para acercarla a la vida diaria, hacerla flexible y justa ante los casos particulares; todo ello sin descuidar los datos lógico-objetivos<sup>186</sup>.

Por cierto que JAKOBS hace luego, en otro lugar, un deslinde metodológico con el análisis económico en cuanto a que el modelo de sujeto que éste y él emplean sería distinto: el análisis económico del Derecho seguiría anclado en el “mundo empírico” cuando toma como base a un sujeto que funcionaría como un “animal inteligente”

179 Ver refs. en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, pp. 144 y ss., 201 y s.; también GARCÍA CAVERO, pp. 94 y s.

180 En la doctrina penal se ha sostenido que el individuo moderno podría comportarse, en determinadas situaciones, cada vez más como un “homo oeconomicus”. Con esto se quiere justificar un Derecho penal básicamente “simbólico” y con un “gran poder de dirección” en estos ámbitos. Luego, el Derecho penal intervendría aquí para reforzar la “fidelidad normativa” y, en algunos casos, favorecer procesos de aprendizaje; ver KUHLEN, destacando también aquí la “prevención general positiva”, pp. 364 y s. Pero PRITTWITZ considera errónea la contraposición entre “homo oeconomicus” (“egoístas racionales”) y “persona leal al Derecho” (modelo humano del Derecho penal) pues el primero solamente sería una herramienta de reconstrucción de hechos en los cuales puede darse tanto la infracción como la lealtad a la norma. Más bien lo que importaría es que el “hombre” cuando decide “obedecer” (ser fiel) al Derecho, dependería del conocimiento que tenga de que ha cometido una infracción cuando se encuentra en medio de la maraña de prohibiciones que dominaría la “realidad del Derecho penal”; ver pp. 286 y s. Esta realidad no ayudaría a fortalecer sino a reblandecer la “fidelidad normativa”. Su decisión a favor de la norma dependería primero de su “actitud general” (satisfacción o no por pertenecer al grupo de los “leales”, sea cual fuera el motivo de ello) y, en segundo lugar, su temor a ser descubierto o sancionado y la magnitud de la sanción; ídem pp. 287, nota 165 (que en realidad se refiere a la nota 164).

181 Ver refs. de la críticas en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, pp. 89 y ss. “Derecho de la Libre Competencia”, pp. 45 y ss.

182 Ver “Bases para una teoría funcional...”, p. 154, nota 29.

183 LAMPE, “Zur ontologischen...”, pp. 83 y s.

184 Ver críticas en este sentido en LAMPE, “Zur ontologischen...”, p. 85; PORTILLA CONTRERAS, “La influencia...”, p. 104; ALCÁCER, “Facticidad y normatividad...”, p. 242.

185 Destacando así la interrelación entre “racionalidad instrumental” (consecuencialismo) y “racionalidad valorativa” (principlismo), y afirmando que este último debe constituir el “límite” del primero, c. más ref. ALCÁCER, “Facticidad y normatividad...”, pp. 234 y s.

186 Cfr. ROXIN, “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 227 y ss., n. marg. 75 y ss., 232 y ss., n. marg. 86 y ss.; ver esp. íbidem, pp. 233 y s., n. marg. 89, y, precisando críticas ante el normativismo de Jakobs y sus seguidores, p. 234, nota 112.

bajo el código de satisfacción-insatisfacción (o interés-desinterés en la producción de un acontecimiento o en su ausencia), mientras que lo correcto sería partir del “mundo normativo” y analizar el “cumplimiento” o “infracción” de “deberes”<sup>187</sup>. En tal sentido, sí hay una diferencia, pero ésta se encuentra en un lugar distinto a aquel que permite a ambas teorías negar el reconocimiento de intereses superiores vinculantes (bienes jurídicos). No obstante, al prescindir de todo “psicologismo” JAKOBS resultaría incluso menos garantista que el análisis económico del Derecho; esta última teoría por lo menos reconoce una “motivación” en el delincuente (aunque reducida a lo económico) y quiere incidir en ella (en tal medida también reconoce una cierta “prevención general”, aunque reducida a una “intimidación”)<sup>188</sup>, mientras el primero no reconoce ya ninguna finalidad al Derecho penal más allá del mantenimiento del sistema.

Pese a todo, JAKOBS tiende a coincidir luego con el análisis económico del Derecho cuando, al querer fundamentar la tarea preventiva de la pena y trazar los límites que ésta deba tener para que resulte suficientemente “comunicativa” y procure vigencia a la norma primaria, introduce criterios vinculados con lo psicológico. Así afirma: el “dolor” infligido por la pena “... debe ser tan intenso que el adquirir culpabilidad pueda representarse con carácter general como conducta que genera un saldo de más desventajas que ventajas”; y en esto sí estaría autorizado incidir en la base “cognoscitiva” de los sujetos equilibrando, con el “dolor penal”, el daño producido por el autor de modo imputable en tal base cognoscitiva<sup>189</sup>. Y también hay coincidencias fuertes cuando JAKOBS otorga una importancia decisiva a la “dominación del sistema económico” y a la “internacionalización de las instituciones”, las cuales exigirían al Derecho penal “conocimiento aprovechable”, o sea “efectividad” (en el sentido de dar seguridad a los bienes o mantenerlos) al Derecho penal<sup>190</sup>. Precisamente esta “efectividad” necesaria e inevitable llevaría a la creación (propuesta por él) de un nuevo ordena-

miento jurídico-penal que prevea, junto a un “Derecho penal del ciudadano” un “Derecho penal del enemigo”<sup>191</sup>. Aquí es innegable la preponderancia que adquiere una “efectividad” con contenido económico a costa de la subordinación de los principios protectores del individuo; la preponderancia de la “efectividad” también es exigida por los partidarios del Derecho penal económico (y criticada por ello) bajo el postulado de la “eficiencia económica”.

El análisis económico del Derecho, en su línea radical, tampoco consigue mejores resultados (en el sentido de garantismo) que el normativismo radical. En su obsesión por conseguir “eficiencia económica”, el Derecho penal llegaría a quedar desprovisto de todo límite garantista tal como tradicionalmente preocupa a un modelo humano basado en principios. Las consecuencias de esto son evidentes. Ante la necesidad de una mayor eficiencia del Derecho penal, en el sentido de un máximo de “intimidación” al delincuente (intimidable) para que éste deje de cometer delitos, no tendrían asidero (salvo que demuestren por sí mismos “eficiencia”) los principios tradicionales de “mínima intervención”, “legalidad”, “humanidad de las penas” y “proporcionalidad”; y, por otro lado, perderían su función las distinciones tradicionales (y las consecuencias jurídicas) de figuras como el “dolo” y la “imprudencia”, la “tentativa” y la “consumación”, etc.<sup>192</sup>.

Por eso, últimamente ya no se defiende esta tesis radical del análisis económico del Derecho y se reconoce la preexistencia de una “base constitucional” de la sociedad; es decir, el análisis económico tiene que respetar la existencia de valores, intereses, etc. vigentes en una sociedad determinada, para luego estudiar (económicamente) las posibilidades de optimizarlos. Ésta es una posibilidad que puede dar frutos en el estudio de áreas del Derecho donde los sujetos se comportan precisamente como un “homo oeconomicus” y donde lo que se busca es una mejor “distribución de recursos” en aras de un incremento del bienestar general; es decir: en el Derecho (penal) económico<sup>193</sup>.

187 JAKOBS, “Sobre la normativización...”, pp. 15 y ss., esp. 19.

188 Ver al respecto ampliamente en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, pp. 78 y ss.; últimamente Dieter SCHMIDTCHEN ha tratado de fundamentar el “análisis económico del Derecho” para el área penal y su supuesta compatibilidad con los principios constitucionales; ver en “Prävention und Menschenwürde”, en: Libro-Homenaje a Ernst-Joachim Lampe, Berlín, 2003, pp. 245 y ss.

189 JAKOBS, “Acerca de la normativización...”, pp. 55 y s., 71; “Strafrecht A. T.”, p. 13.

190 JAKOBS, “Das Selbstverständnis...”, p. 49.

191 JAKOBS, “Das Selbstverständnis...”, pp. 53 y s. De manera particularmente clara y rotunda afirma JAKOBS (traducción libre) su entendimiento de la situación actual, de la influencia de la economía y del papel modesto que le quedaría a la ciencia penal en este proceso. Si la ciencia penal –dice él– no quisiera reconocer un “Derecho penal del enemigo”, “... debido a su ineffectividad, se verá marginalizada por la sociedad dominada económicamente. Si ella quiere tratar por igual todo lo que circula bajo el nombre de ‘Derecho penal’, está capitulando con su capacidad de distinción frente a la política, o sea se abandona a sí misma. Luego, a la ciencia penal –que no puede determinar la meta del viaje de la sociedad– le queda la tarea de, por lo menos, poner nombre a las direcciones que se están siguiendo”; ver *ibídem*, p. 54.

192 Ver c. más refs. Sobre la crítica en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, pp. 99 y ss.

193 Esta conclusión la sostuve ya anteriormente. Ver, c. más refs. en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, pp. 101; “El Derecho de la Libre Competencia”, pp. 49 y ss., 58 y ss.

### 3. Nuevos desarrollos sociales y tecnológicos y “teoría de bienes jurídicos”

Constatada la necesidad de una teoría de “bienes jurídicos” en el Derecho penal, falta todavía por aclarar si, como reclaman algunos autores, esta teoría sería insuficiente para explicar la protección de algunos intereses sociales modernos; y si para estos debería, más bien, desarrollarse una *fundamentación adicional*.

Los detractores de la teoría de bienes jurídicos argumentan (entre otras cosas) que, por un lado, determinados grupos de conductas graves contra intereses sociales importantes no podrían ser satisfactoriamente controlados fuera del Derecho penal y, por otro lado, que dentro del Derecho penal estas conductas no podrían ser suficientemente tratadas sin tener que relativizar los principios tradicionales o, incluso, sin renunciar a ellos. Esto ocurriría en el área de los “delitos contra el medioambiente” (si no se los considerara ya dentro de los delitos económicos), en los delitos de “manipulación genética” y, en general, en los delitos económicos.

Sin embargo, se puede decir, de manera general, que la respuesta penal ante el fenómeno supuestamente nuevo de la aparición de una *sociedad de riesgos*<sup>194</sup>, y de un *Derecho penal del riesgo*<sup>195</sup> reflejo de aquella, sí puede darse sin necesidad de renunciar al principio de protección de bienes jurídicos ni a los principios tradicionales<sup>196</sup>. Así,

en lo que se refiere a la creación de nuevos tipos penales para proteger nuevos bienes jurídicos relacionados con el “funcionamiento” de instituciones económicas, siempre se ha discutido si ello sería legítimo para un Derecho penal de Estado de Derecho o si implicaría una ruptura con el principio de subsidiariedad y de mínima intervención. El sector dominante de la doctrina busca explicar esto a través del replanteamiento de la teoría de bienes jurídicos (existencia de bienes jurídicos colectivos, supraindividuales) y de la lesividad (empleo de técnicas de tipos de peligro abstracto-concreto, de aptitud)<sup>197</sup>. Y en esto prácticamente todos concuerdan en que no puede mantenerse, para la vida moderna, un concepto de bien jurídico y un “principio de subsidiariedad” tal como se entendía en la Ilustración; la vida moderna exige que estos conceptos sean replanteados para afrontar las nuevas formas de ataque contra la pacífica coexistencia en sociedad (ver al respecto arriba el punto 1.2)<sup>198</sup>. Luego, las peculiaridades de los delitos económicos ha llevado solamente a que se les estudie por separado en una parte general y una parte especial del Derecho penal económico<sup>199</sup>, sin que ello implique el reconocimiento de algo básicamente distinto del Derecho penal, pues también para los delitos económicos se aplican los mismos principios garantistas. Así, en el campo del Derecho penal económico si bien también rige el principio de subsidiariedad, se discute si debería ser aplicado de forma tan estrecha como en el núcleo del Derecho

194 El concepto mismo de “sociedad de riesgos” es discutible pues ha sido empleado para englobar todo tipo de “riesgos”, tanto los ya conocidos como algunos modernos. Por eso KUHLEN reduce los riesgos “modernos” a aquellos peligros de gran magnitud derivados de los avances en la tecnología atómica, la química y la genética, que tienen el potencial de producir la autodestrucción de la especie humana; pero esta “reducción” precisamente no permite la generalización para toda una categoría de sociedad y Derecho penal “del riesgo”; ver así KUHLEN, pp. 360 y ss.

195 También hay confusiones a la hora de emplear el concepto “Derecho penal del riesgo”. A veces se vincula con él, de manera general, al Derecho penal que quiere contrarrestar “grandes riesgos” de la vida moderna, pero otras veces se le identifica con un mero “Derecho penal simbólico” o un “Derecho penal director de conductas” hasta llegar a referirse, con este concepto, a un legítimo Derecho penal “minimizador de riesgos a bienes jurídicos”; ver al respecto KUHLEN, pp. 357 y ss.

196 Ver ROXIN, c. más refs., “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 34 y ss., n. marg. 68 y ss.; bajo una propia concepción de los bienes jurídicos colectivos (sistematización y lesividad propias), recomendando una reducción de los tipos “puros” de peligro abstracto a casos verdaderos de peligro de “lesividad” en bienes jurídicos “individuales” (aunque bajo la idea de la “acumulación” de lesiones individuales), HEFENDEHL, “Kollektive Rechtsgüter...”, pp. 164 y ss.; KUHLEN, pp. 361 y ss.; DE LA CUESTA AGUADO, c. más ref., “Sociedad tecnológica y globalización...”, pp. 24 y ss., 50 y s.; ZUGALDÍA ESPINAR, “¿Qué queda en pie...”, pp. 112 y ss. Igualmente, aunque desde una perspectiva limitadora de la intervención punitiva (Escuela de Francfort), ver últimamente HERZOG, pp. 249 y ss.; ampliamente y respondiendo a la crítica, PRITTWITZ, pp. 259 y ss.; MUÑOZ CONDE, pp. 568 y ss., 572.

197 Concretamente en el campo del Derecho penal económico, esta posición es defendida, aunque con matices en cuanto a la identificación de “bienes jurídicos económicos” necesitados de protección penal, por MARTÍNEZ-BUJÁN (por lo menos en su parte general aún vigente), “Derecho penal económico”, pp. 26 y s., 90 y ss., 100 y s.; TIEDEMANN, pp. 52 y s.; ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, pp. 41 y ss. También se puede adscribir finalmente en esta línea a TERRADILLOS BASOCO, quien, si bien admite la plausibilidad explicativa de un Derecho penal de dos velocidades, como expone Silva Sánchez, no admite sus consecuencias finales para el Derecho penal, pp. 61 y s., 54 y ss., esp. 67 y s.

198 ROXIN, “Problemas actuales...”, pp. 43 y ss.; también, c. más ejemplos., “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 29 y ss. A igual conclusión llega ZUGALDÍA ESPINAR, “¿Qué queda en pie...”, ver p. 123. En la 3ra. edición de su manual, ROXIN admitía incluso la posibilidad de “una cierta relativización del principio de protección de bienes jurídicos” para el siglo XXI (“Strafrecht A. T.”, tomo I, p. 22, n. marg. 33); ahora, coincidiendo con Schönemann, simplemente se refiere a una ampliación del concepto para abarcar los nuevos intereses que surjan en el futuro (ibídem, 4.ª ed., p. 31, n. marg. 58).

199 MARTÍNEZ-BUJÁN, “Derecho penal económico”, pp. 21 y s.; ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, pp. 23 y s.; GARCÍA CAVERO, p. 9.

penal: para los agentes económicos podría parecer una intervención administrativa, basada en regulaciones muy complejas y burocráticas y reforzada con sanciones de mayor entidad económica que las penas, incluso más graves que una intervención penal<sup>200</sup>.

En cambio, el sector más radical de la teoría de los bienes jurídicos, agrupado bajo la llamada *escuela de Francfort*, exige reducir el Derecho penal a un “núcleo” constituido, sobre todo, por los delitos violentos, mientras que lo “nuevo” debería formar parte de un “Derecho de intervención” (Hassemer)<sup>201</sup>. También Walter KARGL llega a una posición similar, aunque a partir de una fundamentación social-psicológica del Derecho y de un entendimiento de la “lesión” en un sentido similar al aquí defendido. Para este autor, la tarea del Derecho penal debe ser entendida como “aseguramiento”, “apoyo”, “refuerzo” de expectativas generalizadas simbólicamente en normas que contienen la pretensión valorativa de bienes jurídicos basados en la persona y la moral<sup>202</sup>. Este aseguramiento no se vería aminorado cuando la expectativa se vea defraudada mediante un delito, pues al Derecho no le interesaría la “realización de la expectativa” (algo que sí buscan las teorías preventivas mediante su finalidad de “dirección de conductas”<sup>203</sup>) sino solamente el “refuerzo” de esta expectativa: el ciudadano confía (espera) que los demás van a respetar sus bienes. Y este sistema institucionalizado de expectativas solamente prometería éxito cuando se cumplan con tres requisitos fundamentales: la previsión y descripción de conductas que defraudan expectativas y sus consecuencias, la previsión de un portador de la acción a quien se le van a aplicar estas consecuencias, y la fijación de las expectativas (y defraudaciones) de tal manera que no vayan a ser contradichas en el futuro. Como el conocimiento de las “expectativas normativas” que van a ser de-

claradas como injusto tiene que orientarse en hechos pasados, se produciría así la garantía de evitar la arbitrariedad estatal (no se puede reprimir la mera “peligrosidad” pues ella se basa en hechos futuros) y la intervención penal en la “sociedad de riesgos”<sup>204</sup>. La lista de expectativas (bienes jurídicos) que el Derecho penal protege y que, con seguridad, va a seguir protegiendo debería, entonces, limitarse a aquellas referidas a la protección contra ataques violentos dolosos a la vida, el cuerpo, la libertad y la propiedad<sup>205</sup>.

Las consecuencias obvias de estas posiciones desembocan en que se tendrían que despenalizar amplias áreas del Derecho penal vigente, como, p. ej., el “Derecho penal económico”. Pero la doctrina dominante las ha rechazado pues ha considerado, con justicia, que son ingenuas. Y es que exigen la despenalización de conductas gravísimas (que atentan incluso contra la condiciones de la vida futura) presuponiendo, de manera empíricamente no probada, que el Derecho civil o administrativo serían más eficaces, para estos casos, que el Derecho penal<sup>206</sup>. En realidad, la supuesta falta de “eficacia” del Derecho penal en la lucha contra nuevas formas de criminalidad (en particular, los delitos económicos) no tiene por qué derivar de la naturaleza misma de la protección penal, sino de otros factores, como la falta de voluntad política (escasa implementación judicial), desconocimiento técnico de los operadores de la norma, tal como quedaría demostrado con el ejemplo de la escasa aplicación (ahora superada) que existía antes en los países desarrollados de los tipos penales referidos a la seguridad del tráfico rodado y a la seguridad e higiene en el trabajo<sup>207</sup>.

STRATENWERTH defiende, dentro de la teoría de bienes jurídicos, una posición radicalmente opuesta a la Escuela de Francfort. Él estima que serían insuficientes tanto

200 Tesis sostenida por TIEDEMANN desde antiguo y discutida últimamente por ROXIN pues dependería del juicio que se haga sobre la “gravedad” de la intervención penal (en especial: las desventajas sociales de una condena); ver “Strafrecht A. T.”, tomo I, p. 47, n. marg. 102.

201 SCHÜNEMANN crítica a la Escuela de Francfort, en su versión radical, que constituya una “petrificación del tradicional Derecho penal de las clases bajas” y bloquee el naciente “Derecho penal de las clases altas” (Derecho penal económico); ver “Die deutsche Strafrechtswissenschaft...”, p. 208. Sobre esta teoría y las críticas ver las refs. arriba en las notas 14, 15 y 17. Desde la perspectiva del Derecho penal económico ver las críticas acertadas de MARTÍNEZ-BUJÁN, “Reflexiones...”, pp. 92 y ss., 106; CORCOY BIDASOLO, pp. 25, 28 y s. HASSEMER mismo ha aclarado que no se opone a la protección penal de “bienes jurídicos universales”, siempre que sean funcionalizados a través de la “persona”; ver “Darf es Straftaten geben...”, p. 57. Persisten en esta tesis (en su versión radical) sobre todo, desde la perspectiva crítica del “Derecho penal del riesgo”, HERZOG (pp. 249 y ss.) y PRITTWITZ (pp. 259 y ss., 284 y s.).

202 Cfr. KARGL, “Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz”, pp. 60 y ss.

203 Aquí entran a tallar las críticas a las teorías preventivas en cuanto a su incompatibilidad con un concepto retributivo de pena, pero también su vinculación con hechos futuros que no pueden ser pronosticados (resocialización, intimidación, etc.), ver sobre esto último, KARGL, “Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz”, pp. 60 y s., 63.

204 Cfr. KARGL, “Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz”, pp. 63 y s.

205 KARGL, “Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz”, p. 64.

206 En este sentido, ver las críticas y refs. de KUHLEN, pp. 363 y ss.; igualmente, c. más refs., PORTILLA CONTRERAS, “La supuesta crisis...”, pp. 914 y ss. En cambio, recientemente MUÑOZ CONDE, reafirma las bondades del “Derecho de intervención” y critica las “tendencias funcionalistas” en la legislación penal española (incremento de tipos de peligro abstracto, conceptos indeterminados, leyes penales en blanco, etc.), asimismo hace defensa de los principios tradicionales y opta por una solución “administrativa” de muchos ilícitos en el campo del Derecho penal económico (“prudente política despenalizadora”); ver pp. 567 y ss.

207 Cfr. la argumentación de CORCOY BIDASOLO, pp. 39 y s.

la renuncia completa a la dogmática penal para reemplazarla por un Derecho penal puramente funcionalista (primera vía) como también la reducción del Derecho penal a un “núcleo” de bienes jurídicos dejando la protección del resto a un “Derecho de intervención” (segunda vía)<sup>208</sup>. En el primer caso se abandonaría el Derecho penal, pues se prescindiría de la imputación individual y de la auténtica “pena” basada en ésta. Y esta vía no sería “eficiente”, no cumpliría con la “prevención general positiva” que ella postula, pues el efecto estabilizador de la sanción penal no se alcanzaría cuando fuera suficiente para la imputación penal una mera infracción exterior de la norma: para los ciudadanos esto equivaldría a una “pura lotería”, aparte de que los afectados de mayor capacidad económica podrían protegerse contratando “seguros penales”, tal como ya se estaría observando en los delitos ambientales<sup>209</sup>. La segunda vía tampoco sería adecuada pues desprotegería en demasía intereses vitales ante ataques gravísimos; ni el Derecho civil ni el Derecho administrativo serían proporcionalmente suficientes ante graves ataques contra bienes fundamentales e incluso contra las condiciones mínimas de subsistencia de la civilización (delitos ambientales, delitos de manipulación genética, responsabilidad por el producto)<sup>210</sup>. Como alternativa propone, adicionalmente a la protección de “bienes jurídicos”, la *protección de “relaciones vitales”* (Lebenszusammenhänge) por sí mismas como “tercera vía”. Este abandono de la “visión antropocéntrica” proveniente de la Ilustración (“el hombre es dueño de sí mismo y de la naturaleza”) sería más compatible con un mundo en el cual, como ha demostrado la ciencia, la vida humana es recién posible debido a la actuación de una serie de complejas relaciones; si debemos entendernos como “parte de un todo”, el Derecho penal debe tener en cuenta esto protegiendo no solamente bienes jurídicos “estáticos”, sino también “relaciones vitales determinadas” de carácter dinámico e incluso futuras<sup>211</sup>. Y para esto también deberían elaborarse soluciones dentro de la ley penal y de la dogmática penal, tal como ya se estaría haciendo con la “causalidad” y el “resultado”, el “dolo” y la “consciencia de antijuricidad”, la “autoría y participación”, y la “responsabilidad por el producto”<sup>212</sup>. Por lo demás, nada de esto indicaría una tendencia hacia el autoritarismo estatal, pues ni

el Derecho penal ni el legislador quieren o pueden dirigir la sociedad, sino solamente, reactivamente, impedir el desarrollo de tendencias peligrosas; y para ello, cuando sea necesario, podría incluso adelantarse a la formación de conciencia social, tal como ocurre en el caso de los delitos que supongan nuevos riesgos sociales contra las generaciones futuras<sup>213</sup>. Pero esta propuesta tampoco aclara definitivamente las cosas pues, aunque pueda constatar la existencia de un “consenso” sobre determinados “estándares de conducta”, con ello todavía no se puede decidir que el Derecho penal deba intervenir para su protección, aparte de que la “relaciones de vida” son tan complejas (reúnen en sí ventajas y desventajas) que de ellas mismas no se puede decidir si y cómo deban ser protegidas<sup>214</sup>.

Para los funcionalistas radicales como JAKOBS, en cambio, como no se trataría de proteger “bienes” sino una “infraestructura de expectativas”, no existirían los límites que impone la teoría de bienes jurídicos; más bien, cuando exista la necesidad de protección de “expectativas normativas” en la sociedad, conforme ésta evolucione, estas expectativas *deberán* ser protegidas. JAKOBS aclara aquí que, muchas veces, la discusión general plantea problemas que no serían tales. Por ejemplo, el problema de la “responsabilidad por el producto” no abarcaría “peligros especialmente nuevos” para la sociedad; la sociedad, al estar necesariamente saturada de productos tiene que entender que los productos nuevos introducirían siempre “riesgos especiales”, en consecuencia, el productor tendrá que correr con los costes derivados de estos riesgos<sup>215</sup>. En otros casos sí habría problemas cuando no bastara el “Derecho penal del ciudadano” para reafirmar la vigencia de la norma; en esos casos, para evitar la erosión general de la base cognitiva de los demás ciudadanos, tendría que recurrirse a un “Derecho penal del enemigo” contra aquellos sujetos que se hubieran apartado permanentemente del Derecho (los “enemigos”, entre los que estarían los “delincuentes económicos”) pese a estar en condiciones de comunicar normativamente. Esta última propuesta ha recibido un rechazo tajante de parte de la doctrina dominante, e incluso ha sido rechazada hasta ahora por algunos de los propios normativistas radicales<sup>216</sup>.

208 STRATENWERTH, “Zukunftssicherung...”, pp. 685 y ss.; “Wahres’ Strafrecht?”, pp. 377 y s.

209 STRATENWERTH, “Zukunftssicherung...”, pp. 686 y s.

210 STRATENWERTH, “Zukunftssicherung...”, pp. 687 y s.; “Wahres’ Strafrecht?”, pp. 377 y s.

211 Ver STRATENWERTH, “Zukunftssicherung...”, pp. 688 y ss., 992 y ss.; siguiéndolo, CORCOY BIDASOLO, pp. 29 y s. Desde esta perspectiva, según el primero, perdería sentido hablar de “bienes jurídicos colectivos” o “bienes individuales”, sino debería hablarse de “intereses individuales” de varios, de un número indeterminado o de uno solo (identificables, por cierto, con los bienes jurídicos individuales) y “decisiones normativas básicas” que afectan a la comunidad (y no pueden reconducirse al individuo); ver “Kriminalisierung bei Delikten...”, p. 260.

212 STRATENWERTH, “Zukunftssicherung...”, p. 695.

213 Cfr. STRATENWERTH, “Wahres’ Strafrecht?”, pp. 377 y ss.

214 Ver las críticas de SEHER, p. 43.

215 Ver, con más detalles sobre el tema de la “responsabilidad por el producto” y más ref., JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, nota 9, pp. 23 y s.

216 Más refs. sobre la crítica en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal del enemigo y delincuencia económica” (próxima publicación).

En el mundo iberoamericano ha tenido mayor eco<sup>217</sup> la propuesta –en el fondo similar a la de Jakobs– de SILVA SÁNCHEZ, en el sentido de separar, dentro del Derecho penal, dos sectores o bloques de delitos. En el bloque de la “primera velocidad” se encontrarían los delitos tradicionales, para el cual se deberían emplear el instrumental conocido (garantías constitucionales, dogmática penal tradicional, penas tradicionales, incluyendo la privación de libertad, etc.). En el bloque de la “segunda velocidad”, el sector más dinámico, los principios y garantías deberían flexibilizarse, pero, en cuanto a las penas, por razones de proporcionalidad, deberían preverse, básicamente, la pena de multa, el decomiso de ganancias y la reparación civil, excluyendo siempre la privación de libertad<sup>218</sup>. A diferencia de la Escuela de Francfort, SILVA cree que, para los delitos de “segunda velocidad” se debería permanecer en el Derecho penal porque éste, frente al Derecho administrativo, ofrecería una serie de ventajas irrenunciables: “fuerza comunicativa” de la pena, “fuerza del aparato estatal” que impone la pena, la “neutralidad de los tribunales. No obstante, esta descripción del fenómeno expansivo del Derecho penal comete algunas imprecisiones cuando se refiere al Derecho penal económico, tal como recientemente ha resaltado MARTÍNEZ-BUJÁN<sup>219</sup>. Así, cuando se define con mayor precisión la naturaleza y el contenido de los bienes jurídicos que conforman el Derecho penal económico, se encuentra que no es cierto que éste refleje siempre un Derecho penal “simbólico” (en el sentido de falta de legitimación político-criminal desde la perspectiva de los fines de la pena) ni que abarque exclusivamente “bienes jurídicos supraindividuales” ni que los tipos de “peligro abstracto” sean su característica propia y que carezcan de “lesividad”<sup>220</sup>. Antes bien, a diferencia de otros delitos, en los económicos (independientemente de algunos tipos penales efectivamente simbólicos que pudieran existir), la criminología ha detectado desde hace

tiempo un “déficit de criminalización” derivado de una falta de consciencia sobre el daño (económico) producido, así como la identificación de la generalidad con los autores al no encontrarse muchas veces víctimas concretas<sup>221</sup>. Por último, en el análisis usualmente se ha descuidado el componente “individual” de muchos bienes jurídicos supraindividuales propios del Derecho penal económico cuando se desconoce que ellos, de manera directa o indirecta, están al servicio del individuo o de un grupo de ellos<sup>222</sup>.

Pero más allá de las discrepancias sobre la descripción del fenómeno “expansión del Derecho penal”, resulta muy polémica la propuesta que a continuación hace SILVA SÁNCHEZ: según él, ante la existencia de una “segunda velocidad” (a la que se agrupará últimamente una “tercera velocidad”), debería darse para ella una legislación penal “flexible” (sistema “dual” dentro del Derecho penal). Esta propuesta no puede admitirse pues no solamente parte de un análisis descriptivo que, por lo menos para lo que atañe al Derecho penal económico, no es del todo correcto, sino que llevaría a un resquebrajamiento de las garantías penales para un grupo de delitos y delincuentes, aparte de ser innecesaria ante la existencia de una posibilidad alternativa que se verá a continuación. Por eso esta tesis, en sus conclusiones, ha merecido rechazo en la doctrina española mayoritaria pues, aunque puedan admitirse, en todo o en parte, los presupuestos descriptivos de Silva Sánchez, no es posible que las garantías constitucionales rijan de manera diferente en una u otra área del Derecho penal. Como se ha criticado, la propuesta de las “dos velocidades” (y con más razón una de “tres velocidades”) choca frontalmente con el “principio de igualdad”<sup>223</sup>. Cuando se trata del recorte de libertades ciudadanas por parte del Estado, deberían regir todas las garantías constitucionales individuales; por este motivo, la doctrina penal y administrativa modernas exigen incluso que las garantías

217 Así GARCÍA CAVERO, aunque con algunas discrepancias de detalle referidas a la pertenencia de delitos en particular a uno u otro bloque y a la fundamentación de la diferencia entre ambas velocidades (las características de los hechos sancionados y no la consecuencia jurídica); ver pp. 127 y s. Otros admiten la descripción de SILVA, pero sin asumir su propuesta de flexibilizar los principios para la “segunda velocidad”; pp. ej., TERRADILLOS BASOCO, pp. 77 y s. Y también MARTÍNEZ BUJÁN, pese a las críticas que hace al análisis de Silva Sánchez, ha afirmado recientemente estar en la línea de un “sistema dual” como el que propone Silva Sánchez, pero considera que los delitos económicos más graves deben seguir formando parte del “Derecho penal nuclear”, con todas las garantías y principios de éste, y los más leves pasen a ser regulados por una “ley penal especial” (que él denomina más adelante “Derecho penal alternativo”), con una parte general y reglas de imputación propias (p. ej., sin penas privativas de libertad y con principios penales flexibilizados); ver “Reflexiones...”, pp. 97 y s.

218 SILVA SÁNCHEZ, “Die Expansion des Strafrechts”, pp. 84 y s.

219 Ver “Reflexiones...”, pp. 94 y ss., 99 y ss.

220 MARTÍNEZ-BUJÁN, “Reflexiones...”, pp. 100 y ss.

221 MARTÍNEZ-BUJÁN, “Reflexiones...”, p. 100. Ver también, ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, pp. 76 y s.; CORCOY BIDASOLO, quien duda incluso que en esta época exista todavía tal “déficit”, pp. 30 y s.

222 MARTÍNEZ-BUJÁN, “Reflexiones...”, pp. 101 y ss.

223 CORCOY BIDASOLO, pp. 29, 40. Entre los propios “normativistas” ya se han expresado algunos autores en contra de la “tercera velocidad”; ver CANCIO MELIÁ, en Jakobs/Cancio, pp. 83 y ss.; GARCÍA CAVERO, pp. 126 y s., nota 144. La “tercera velocidad” es propuesta por SILVA SÁNCHEZ en la última edición española de su libro “La expansión del Derecho penal”, 2003, pp. 159 y ss.

penales también irradian al Derecho administrativo en su parte sancionadora<sup>224</sup>.

Las propuestas de Stratenwerth y de Silva Sánchez, aunque parezcan muy diferentes, coinciden en cuanto reflejan la constatación evidente de que, en la actualidad se presentan casos complejos de la producción de graves daños, en los cuales la valoración penal se enfrenta con dificultades al operar con el instrumental dogmático-penal tradicional. Dada esta coincidencia, la cuestión decisiva que, en mi opinión, se debería plantear (por tener también consecuencias de contenido), es la del “terreno” en donde deberían buscarse las soluciones: ¿dentro del Derecho penal bajo un entendimiento “extensivo” de los bienes jurídicos o como Derecho penal de “segunda velocidad”; o fuera de él, como “Derecho de intervención” o, incluso, como un nuevo “Derecho sancionador”? En caso de admitir la primera opción, el Derecho “penal” se vería en la encrucijada de querer aplicar técnicas y principios apropiados para conductas individuales, pero extraños a la naturaleza de los entes colectivos (“autoría” de las “agrupaciones” o “personas jurídicas”, efectos en ellas de las finalidades de la pena, etc.), que intervienen decisivamente en la comisión de los delitos “modernos”. Probablemente por eso también resulte lógico querer prescindir de lo “antropocéntrico” (los intereses protegidos no necesariamente serán directamente útiles a la colectividad) y de la “actualidad” del ataque (la conducta no tendría que dirigirse a bienes actuales, sino también futuros), tal como ha planteado Stratenwerth. Por lo menos para un sector muy amplio de los delitos “modernos”, la llamada “criminalidad empresarial”, no puede negarse que, por un lado, el instrumental penal vigente resulte insuficiente ante la creciente comisión de delitos e impunidad ante ellos, y que, por otro lado, tampoco las propuestas de tratamiento extrapenal puedan satisfacer las necesidades preventivas y protectoras de los bienes jurídicos. Últimamente han ocu-

pado a la opinión pública de distintos países industrializados, la comisión de una serie de delitos (p. ej., delitos contra la competencia, administración desleal, fraudes de todo tipo, delitos ambientales, corrupción de funcionarios y corrupción privada, etc.) por parte de altos empleados de empresas y altos funcionarios públicos, con un elevado perjuicio patrimonial para los afectados (accionistas, trabajadores, el Estado, etc.), pese a lo cual el correspondiente proceso penal no ha desembocado en una condena, ésta ha sido ínfima o ni siquiera se ha llegado a instaurar un proceso penal. Por todo esto SCHÜNEMANN considera que el origen de este fenómeno estaría en una creciente “corrupción estructural”, en cuya lucha el Derecho penal sería irrenunciable, aunque éste, por ahora, todavía no haya podido dar soluciones<sup>225</sup>.

Pero tal vez la solución no tenga que buscarse necesariamente en el terreno penal (sea de manera tradicional o con ayuda de cualquier doctrina normativista) ni en otras conocidas áreas jurídicas. Las discusiones que se centran demasiado en una “solución penal” en sentido estricto pasan por alto que, cuando se trata de la protección de “bienes jurídicos” relacionados con la economía, el Derecho penal no constituye más que un “refuerzo” en la protección legal decidida ya anteriormente y regulada por sendas leyes y (nuevas) ramas del Derecho: el Derecho de la libre competencia, el Derecho de la publicidad, el Derecho tributario, etc.<sup>226</sup>. Y, probablemente debido a esto, la discusión haya soslayado sin más la posibilidad de otra “tercera vía” propuesta hace ya algún tiempo por algunos especialistas del Derecho penal económico: la creación de un *Derecho sancionador (o penal) de la empresa* autónomo, es decir, con su propia legislación, sus propios principios y dogmática, situado entre el Derecho penal tradicional (dirigido a las personas) y el Derecho administrativo<sup>227</sup>. A diferencia del “Derecho de intervención” propuesto por Hassemmer, que en buena cuenta se queda dentro del Derecho

224 Ver al respecto, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, pp. 194 y s.; ídem “Derecho penal económico. Parte especial”, pp. 489 y ss.; “Diez años de Derecho penal económico”; ídem, p. 36; últimamente ZUGALDÍA ESPINAR, “¿Qué queda en pie...”, c. más ref., pp. 114 y s.

225 Últimamente, criticando la esperanza puesta en los programas de “compromiso de buena conducta” (compliance) elaborados y aceptados por las propias empresas, en “Brennpunkte...”, p. 362.

226 Entre los especialistas de Derecho penal económico se considera que la protección del Derecho penal en sentido estricto es mayoritariamente “accesoria”; ver, TIEDEMANN, “Wirtschaftsstrafrecht”, p. 1, n. marg. 2, p. 3 y s., n. marg. 6; ACHENBACH, pp. 561 y s., 565. En tal sentido tiene razón FRISCH cuando recientemente critica la distorsión que supone una discusión penal basada en la idea errónea de que el Derecho penal podría “definir” el bien jurídico en estos casos; ver “Rechtsgut, Recht, ...”, pp. 219 y ss.

227 Ver, c. ref. al respecto, en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, pp. 161 y s. GARCÍA CAVERO, por lo visto, no ha tomado posición definitiva al respecto aunque considera que no debería descartarse la tendencia; p. 10. MARTÍNEZ-BUJÁN afirma que por lo menos de *lege lata*, el Derecho penal económico no tendría todavía “autonomía científica”, aunque sí tiene, dentro del Derecho penal, características que permiten individualizar la familia de los delitos económicos; ver “Derecho penal económico”, pp. 20 y s. SILVA SÁNCHEZ seguramente no avalaría una “Derecho sancionador de empresas” autónomo pues ha afirmado que no se trata de diferenciar entre “personas y capas sociales” sino entre “hechos y consecuencias jurídicas”. Luego, según entiendo, para él no podría haber un Derecho penal para personas naturales y, por separado, un Derecho sancionador dirigido a “empresas”, sino un solo Derecho penal dirigido, en su parte nuclear a “personas” y, en su segundo bloque (segunda velocidad), a personas y empresas. Ver “Die Expansion des Strafrechts”, p. 84.

administrativo<sup>228</sup>, la propuesta hecha se refiere solamente a las “empresas” o los “entes colectivos”. Además, esta propuesta, que todavía debería elaborarse con detalle, tendrá que reconocer una responsabilidad individual paralela por delitos contra bienes jurídicos supraindividuales en el área penal estricta, además de desarrollar otras reglas específicas de coordinación entre el Derecho penal y este nuevo Derecho sancionador. De esta manera se solucionarían las insalvables contradicciones que surgen cuando se quiere emplear solamente el Derecho penal y su instrumental para abarcar también las conductas de empresas, o cuando se quiere remitir todo a un Derecho administrativo con sanciones desprovistas de reproche “ético-social”. En esta nueva disciplina propuesta encajaría también mejor la función “pedagógica” que se ha atribuido a algunos tipos penales (sobre todo a los de peligro abstracto). Si se admitiera que los tipos penales de protección de bienes colectivos tienden, en algunos casos, a modificar la conciencia e iniciar “procesos de aprendizaje” en los destinatarios de la norma, ello debe entenderse en el sentido de que las “empresas” cambien su política para evitar atentar contra los intereses protegidos. Esto es algo que se suele recriminar al Derecho penal de los ciudadanos<sup>229</sup>, pero que encontraría menos obstáculos en un Derecho sancionador de empresas, pues es indudable que ellas, como participantes de un mercado en el que necesariamente ponen en riesgo los bienes de la colectividad, están en la obligación de organizarse de tal manera que no superen los riesgos permitidos.

#### 4. Balance crítico: en defensa de la teoría de “bienes jurídicos”

Como resultado del análisis anterior se tiene, en primer lugar, que, desde la perspectiva político-criminal, al renunciar a la teoría de bienes jurídicos se produciría una grave *pérdida de capacidad crítica* del Derecho penal. Si solamente se admitiera que sería materia y función del Derecho penal la protección de “expectativas sociales” derivadas de “normas” vigentes, o el “incremento” de eficiencia económica, se perdería la posibilidad de desvelar el “porqué” de dichas normas y cuestionarlas sobre la base de una concepción anclada en convicciones del deber-ser. Esta pérdida de “capacidad crítica” va unida a un pe-

ligro incluso mayor: con la renuncia a la idea de “protección de bienes jurídicos” y la restricción de la legitimidad del Derecho penal a una mera protección de normas se tiende a abrir la puerta de entrada a un “Derecho penal del autor”. En efecto, tal como demuestra la propuesta del “Derecho penal del enemigo”, si, sobre una base enteramente normativa, se comienza a distinguir entre “personas” y “no personas”, entre “quienes comunican” y quienes “no comunican”, resulta cada vez más fácil restringir las garantías del Derecho penal y fundamentar un “Derecho penal” creado *ad hoc* para sujetos (también “ciudadanos”) “incómodos”. Tiene razón HASSEMER cuando pronostica que “la prohibición de una conducta bajo amenaza penal, que no pueda invocar un bien jurídico, sería terror estatal” pues en ese caso la intervención en la libertad de actuar “... no tendría un algo legitimador del cual pueda desprenderse su sentido”<sup>230</sup>.

Curiosamente en la actualidad se ha llegado a una situación similar a la que se produjo a principios de los años 70 cuando se enfrentaron AMELUNG, del lado de los escépticos, y HASSEMER, del lado de los defensores del “bien jurídico”. Es interesante observar en la recepción que hace Juan BUSTOS de esta discusión que ambas posiciones se criticaban, una a la otra, la escasa precisión de los criterios que cada una de ellas empleaba para establecer el objeto de protección del Derecho penal, sea a través el “bien jurídico” o renunciando a él<sup>231</sup>. Las posiciones de ambos juristas alemanes no han variado mucho, pero de alguna manera encuentran ahora su reflejo en nuevas posiciones a favor y en contra de la teoría de bienes jurídicos, tal como se ha visto más arriba. Pero la crítica de entonces y que se suele hacer todavía a la teoría de bienes jurídicos sobre su falta de precisión también tiene que regir para las tesis que la atacan, como en especial “el normativismo radical”: más allá de la descripción de un mundo abstracto que, en abstracto, funciona a la perfección, no es capaz de proporcionar la base real a la cual debe vincularse el Derecho penal (las reglas sociales de conducta vigentes en un lugar y espacio determinados que se basan en determinada tradición cultural; las convicciones valorativas predominantes y en continuo cambio)<sup>232</sup>.

En mi opinión, la teoría de bienes jurídicos de base constitucional, proporciona al menos una base real, apre-

228 También ocurre esto con la propuesta de HEFENDEHL quien (tras criticar el modelo de Hassemer; ver “Kollektive Rechtsgüter...”, p. 222), y siguiendo a Frisch, propone un modelo mixto que sancione, en el Derecho penal y con todas las exigencias y garantías de éste, las conductas graves, y en el “Derecho de intervención”, con sanciones destinadas al control y la reacción ante desviaciones a las reglas, las conductas que no reúnan tales requisitos de gravedad (ibidem, p. 214 y nota 32, 386). En esto habría solamente una diferencia “cuantitativa” con la tesis de Hassemer en cuanto a la cantidad de delitos previsto en uno u otro Derecho.

229 Para STRATENWERTH, cuando se trate de tipos que protegerían, en su terminología, “relaciones vitales”, el “efecto pedagógico” estaría referido al “futuro” (bases de la vida futura) y no a conservar el pasado, con lo cual la crítica sería injusta; ver “Zukunftssicherung...”, pp. 695 y s. También a favor de la “función promocional” del Derecho penal, PORTILLA CONTRERAS, “La supuesta crisis...”, p. 922.

230 Ver (traducción libre) “Darf es Straftaten geben...”, p. 64.

231 BUSTOS, “Política criminal e injusto”, pp. 127 y ss.

232 De manera general critican STRATENWERTH/KUHLEN que ninguna concepción teórica social o sistémica puede dar expresiones fiables sobre las condiciones de existencia de la sociedad humana y de sus procesos de cambio; ver p. 33, n. marg. 14 y s.

hensible y controlable, a partir de la cual pueden trabajar (y vincularse) el Derecho penal y la Política Criminal sin perder de vista las características humanas de los destinatarios de las regulaciones penales<sup>233</sup>, independientemente de que, por otro lado, también pueda servir para reflejar una supuesta lucha de clases acentuada en el marco de la “globalización”<sup>234</sup>. Acertadamente constata por eso WEBER que hasta ahora no existe ninguna alternativa plausible a la teoría de los bienes jurídicos, pues también las teorías “... que ven en el delito una lesión de deberes o un apartamiento de la correcta actitud interna ético-social no pueden desprenderse totalmente del bien jurídico porque no existen deberes y actitudes internas valiosas por sí mismas; éstas, más bien, solamente pueden ser determinadas a través de las exigencias de protección a bienes jurídicos”<sup>235</sup>.

La teoría de bienes jurídicos no ha dejado de ser la piedra angular de todo Derecho penal que aspire a considerarse como uno propio de un Estado de Derecho. No es raro, por eso que también en tradiciones jurídico-penales distintas, como la anglosajona, se maneje un principio que cumple similares funciones a las del “bien jurídico”. En efecto, bajo la denominación de *harm principle* (principio del daño o perjuicio) se quiere dar a entender allí que, en principio, solamente debería prohibirse penalmente aquello que cause perjuicio a otros y que atente (mediante perjuicios directos o puestas en peligro) contra las condiciones de la coexistencia humana. Con ello, entre otras cosas, se quiere deslegitimar una política criminal que se circunscriba a proteger las “buenas costumbres” (p. ej., la penalización del consumo de alcohol, la prostitución y la homosexualidad), se discuten las posibilidades del “pa-

ternalismo legal” para limitar la autonomía individual (consumo de drogas, omisión de uso del cinturón de seguridad, práctica de deportes peligrosos), y la falta legitimidad de los meros atentados contra los “sentimientos” de otros<sup>236</sup>. Debido a estas similitudes entre sistemas jurídicos considerados anteriormente como muy distintos, ROXIN constata que se puede hablar ahora de “una globalización de la discusión sobre los fundamentos penales”<sup>237</sup>.

En segundo lugar, también se ha comprobado que, aun admitiendo que los nuevos desarrollos sociales y tecnológicos llevarían a la necesidad de proteger legalmente nuevos intereses vitales, ello no necesariamente tiene que implicar una renuncia total o parcial al principio de protección de bienes jurídicos, ni siquiera su relativización, así como la protección no tiene que darse necesariamente y siempre con el Derecho penal. Antes bien, como ya se vio arriba con el ejemplo de los delitos económicos, también es posible la aparición de una nueva área del Derecho sancionador con principios de dogmáticos propios (p. ej., la admisibilidad de la responsabilidad directa de la empresa). Pero este nuevo “Derecho sancionador” no debe ser empleado como instrumento para oponerse a los fines del Derecho penal tradicional, sino solamente para complementarlo allí donde éste presente vacíos: en el tratamiento de los entes colectivos (o empresas) y las afecciones a bienes jurídicos derivadas de ellas. De esta manera, el Derecho penal seguirá cumpliendo con su tarea de proteger bienes jurídicos ante “conductas individuales”, con todas las garantías y efectos sociales que esto trae consigo, y el nuevo “Derecho sancionador” cumplirá la tarea de hacer responder por el daño a los entes colectivos con herramientas jurídicas hechas a la medida de la natu-

233 ROXIN resume la necesidad de sostener la teoría de bienes jurídicos en que, “... si bien no resultan panaceas para el problema de la legitimación de los tipos penales, sí se dan pautas de argumentación bastante concretas que posibilitan una discusión racional sobre las potestades punitivas del Estado, y pueden ayudar a impedir una sobreextensión contraria al Estado de Derecho de las intervenciones penalizadoras” (traducción libre), “Strafrecht A. T.”, tomo I, p. 29, n. marg. 50.

234 Ver refs. sobre esta tesis en PORTILLA CONTRERAS, quien identifica “bienes jurídicos colectivos” con los “derechos sociales” producto del Estado de bienestar y que estarían siendo desmontados (con una tendencia a una desprotección penal y legal) por la ideología neoliberal de la globalización, c. más refs., “La supuesta crisis...”, pp. 903 y ss., 909 y ss.

235 WEBER (traducción libre) en Baumann/Weber/Mitsch, pp. 15, n. marg. 17.

236 Exponen ampliamente la tradición anglosajona al respecto, VON HIRSCH, GA 2002, pp. 2 y ss., esp. 6 y ss., y en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers, pp. 13 y ss., 21 y ss.; DUBBER, pp. 499 y ss. En la doctrina inglesa se tiende a diferenciar entre el “perjuicio” (harm) mismo y aquello que es atacado. Así se deduce que lo atacado sería un “interest” o “recurso” (resource), a cuya integridad tiene derecho el perjudicado; y este “recurso” sería distinto de un bien concreto pues se identificaría con un ordenamiento jurídico primario que precisamente es el que otorga la “pretensión” de integridad al perjudicado. Pero se tiene en claro que el “recurso” no sería –al igual que el bien jurídico– un “fenómeno natural que se encuentre en la esfera del ser”, sino se definiría normativamente recién por la pretensión a su integridad que tengan los otros; ver von HIRSCH, GA 2002, pp. 6 y s.; en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers, pp. 16 y s. Para la doctrina y jurisprudencia estadounidenses, que no se limitan al “harm principle” en el sentido del estrecho marco originario de “harm” que le diera el pensador inglés Stuart Mill (“daño a terceros”) sino se remiten, de manera desordenada, a una serie de conceptos para abarcar otras conductas perturbadoras (p. ej., “molestias”, “peligros”, “inconveniencias”, etc.), se ha recomendado tomar precisamente como modelo la teoría alemana de “bienes jurídicos” que ofrecería más garantías y posibilidades de crítica; al respecto, y con refs. de la jurisprudencia estadounidense, DUBBER, pp. 500, nota 41, 516 y ss. Más refs. de recepción alemana a esta doctrina anglosajona en ROXIN, “Problemas actuales...”, p. 24, nota 4; “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 54 y s. SEHER incluso propone una teoría de bienes jurídicos que concretaría el concepto con “principios” similares a los del Derecho anglosajón; ver pp. 46 y ss.

237 ROXIN, “Problemas actuales...”, p. 24.

raleza de estas. También bajo esta concepción puede construirse una Política criminal garantista que busque un “Derecho penal mínimo” bajo una “protección máxima” de derechos sociales (bienes jurídicos colectivos)<sup>238</sup>.

Por último, también se ha constatado que, pese a la antigüedad de la teoría de bienes jurídicos, todavía queda mucho camino por recorrer, pese a lo cual no hay motivo para resignarse ante los problemas que presenta la defensa de esta teoría<sup>239</sup>. Recién en los últimos años se ha retomado el trabajo de esclarecer una serie de puntos olvidados (p. ej., la naturaleza de los bienes jurídicos “colectivos”, su “lesividad”, etc.) y se está tendiendo a construir de manera definitiva y acabada una teoría de bienes jurídicos que represente “la roca dura del pensamiento liberal y, con ello, de la justicia”<sup>240</sup>. En esta tarea es imprescindible la coordinación con el Derecho constitucional para, a través de una “teoría de la discrecionalidad legislativa”, tal como reclama Hassemmer, la teoría de bienes jurídicos alcance verdadera importancia práctica.

Tiene, por ello, toda la razón el ilustre homenajeado cuando afirma: “En tanto que una *política criminal democrática* implica que la persona no puede ser objeto de manipulaciones, la selección de los objetos de protección ha de hacerse superando enmascaramientos ideológicos que puedan conducir a algo que encubra otra realidad, o que simplemente algo cuya protección es incompatible con el carácter democrático del Estado. En el primer caso lo que se protege no es lo que se dice y en el segundo lo protegido no resulte deseable protegerlo”<sup>241</sup>. La indisolubilidad entre la “norma” y el “bien jurídico” debe seguir siendo la premisa de todo análisis jurídico-penal que pretenda, no solamente interpretar correctamente la norma, sino, tener una orientación de carácter democrático, para poder criticarla.

## 5. Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: “Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas”, Lima, 1997; *El Derecho de la libre competencia*, Lima, 1997; *Derecho penal económico. Parte especial*, Lima, 2000; “Diez años de Derecho penal económico peruano: un balance”, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.º 11-12 (2002), pp. 21 y ss.; *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, 2.ª edición, Lima, 2003; “¿Normativismo radical o normativismo moderado?”, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Pe-*

*nales* n.º 5, 2004, p. 17 y ss. (también publicado en la *Revista Penal* de España, n.º 16, julio 2005, p. 3 y ss.).

ACHENBACH, Hans: “Zur aktuellen Lage des Wirtschaftsstrafrechts in Deutschland”, *GA* 2004, pp. 559 y ss.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael: “Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre las ciencias sociales y el Derecho penal”, *Actualidad Penal*, 2001, España, pp. 229 y ss.; “Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LI (1998), Madrid, 2001, pp. 365 y ss.

ÁLVAREZ GARCÍA, Javier: “Bien jurídico y Constitución”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1991, pp. 5 y ss.

AMELUNG, Knut: “Auf der Rückseite der Strafnorm. Opfer und Normvertrauen in der strafrechtsdogmatischen Argumentation”, Libro-Homenaje a Albin Eser, Munich 2005, pp. 3 y ss.; “Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz”, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (edits.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, 2003, pp. 155 y ss.; “Rechtsgüterschutz und Sozialschädlichkeit”, en: Jung/Müller-Dietz/Neumann (edits.), Baden-Baden 1991, pp. 269 y ss.; *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Francfort del Meno, 1972.

ARROYO ZAPATERO, Luis: “Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, número 1, 1987, pp. 100 y ss.

BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 11.ª ed., Bielefeld, 2003.

BINDING, Karl: “Die Normen und ihre Übertretungen”, tomo I, Leipzig, 1890, 2.ª ed.

BLOY, René: “Unrechtsgehalt und Strafbarkeit des grob unverständigen Versuchs”, *ZStW* 113 (2001), pp. 76 y ss.

BÖSE, Martin: “Grundrecht und Strafrecht als ‘Zwangsrecht’”, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (edits.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, 2003, pp. 89 y ss.

BOTTKE, Wilfried: “Das Straftaterfordernis der Rechtsgüterschutzverletzung”, Libro-Homenaje a Ernst-Joachim Lampe, Berlín, 2003, pp. 463 y ss.

BRAMONT ARIAS, Luis: “Delitos contra la economía”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1959, pp. 235 y ss.

238 En este sentido lleva razón PORTILLA CONTRERAS que no ve contradicción entre el “Derecho penal mínimo” y un Derecho penal moderno; ver “La supuesta crisis...”, pp. 913 y s.

239 ROXIN constata un “cierto cansancio del bien jurídico” en algunos autores partidarios de un concepto liberal de bien jurídico; “Strafrecht A. T.”, tomo I, pp. 53, n. marg. 120.

240 En palabras de SCHÜNEMANN, quien reclama con toda razón que esta tarea todavía está pendiente, ver “Das Rechtsgüterschutzprinzip...”, pp. 154.

241 BUSTOS/HORMAZÁBAL, “Lecciones...”, vol. I, pp. 59 y s.

BRICOLA, Franco: "Teoria Generale del Reato", en: *Novissimo Digesto Italiano*, tomo XIX, UTET, Torino 1973.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "Política criminal e injusto", en *Obras Completas*, tomo I, Lima, 2004, pp. 125 y ss. (primera publicación en: *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1978, número 1); "Perspectivas actuales del Derecho penal económico", *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 1993, pp. 65 y ss.; "Los bienes jurídicos colectivos", en: Bustos (comp.), *Control social y sistema penal*, Barcelona, 1987, pp. 157 y ss.; *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 1989.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL, Hernán: *Lecciones de Derecho penal*, Madrid, vol. 1 (1997) y vol. 2 (1999).

BOCK, Michael: "Ideen und Chimären im Strafrecht", *ZStW* 103 (1991), pp. 636 y ss.

CANCIO MELIÁ, Manuel: "¿'Derecho penal' del enemigo?" en Jakobs/Cancio, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, pp. 58 y ss.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, 1995.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: "Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos", en: Mir Puig/Corcoy Bidasolo (directores), *La política criminal en Europa*, Barcelona 2004, pp. 25 y ss.

DUBBER, Markus Dirk: "Positive Generalprävention und Rechtsgutstheorie: Zwei zentrale Errungenschaften der deutschen Strafrechtswissenschaft aus amerikanischer Sicht", *ZStW* 117 (2005), pp. 485 y ss.

DUTTGE, Gunnar: "Strafrechtliche Rätsel. Zur Bedeutung der Rechtsgutstheorie für Einwilligung und Gesetzeskonkurrenz", *Jura* 1996, pp. 15 y ss.

ESER, Albin: "Rechtsgut und Opfer: zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen", en: Libro-Homenaje a Ernst-Joachim Mestmäcker, Baden-Baden, 1996, pp. 1005 y ss. (traducido y publicado en "Temas de Derecho penal y procesal penal", pp. 181 y ss., Lima, 1998).

FERNÁNDEZ, Gonzalo D.: *Bien jurídico y sistema del delito*, Montevideo, 2004.

FRISCH, Wolfgang: "An den Grenzen des Strafrechts", L.-H. a Stree y Wessels, Heidelberg, 1993, pp. 69 y ss.; "Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens", en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (eds.), "Die Rechtsgutstheorie", Baden-Baden, 2003, pp. 215 y ss.

GALLAS, Wilhelm: "Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung", L. H. a Gleispach, Berlin-Leipzig, 1936, pp. 50 y ss.; *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlin, 1968.

GARCÍA CAVERO, Percy: *Derecho penal económico. Parte general*, Lima, 2003.

GRAUL, Eva: *Abstrakte Gefährungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, Berlin, 1991.

GROPP, Walter: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.<sup>a</sup> ed., Berlin, 2001.

HASSEMER, Winfried: "Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?", en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (eds.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, 2003, pp. 57 y ss.

HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia, 1989.

HEFENDEHL, Roland: "Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm", en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (eds.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, 2003, pp. 119 y ss.; "Die Materielisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur", *GA* 2002, pp. 21 y ss.; "Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht", Colonia, 2002.

HERZOG, Felix: "Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo. Perspectivas más allá del Derecho penal", en: Arroyo Z./Neumann/Nieto M., *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, pp. 249 y ss.

JAKOBS, Günther: *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid, 2003; *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, Lima, 2000; "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken", *ZStW* 107 (1995), pp. 843 y ss.; "Strafrecht. Allgemeiner Teil", Berlin, 2.<sup>a</sup> ed., 1993.

JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel: *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.<sup>a</sup> ed., Berlin, 1996.

JUNG, Heike: "Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs –ein Zwischenruf aus rechtsvergleichener Sicht–", *ZStW* 117 (2005), p. 937 ff.

KAHLO, Michael: "Über den Zusammenhang von Rechtsgutsbegriff und objektiver Zurechnung im Strafrecht", en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (eds.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, 2003, pp. 26 y ss.

KARGL, Walter: recensión a "Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht" de Roland Hefendehl, *ZStW* 116 (2004), pp. 762 y ss.; "Das Recht der Gesellschaft oder das Recht der Subjekte?", *Goltdammer's Archiv* 1999, pp. 53 y ss.; "Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz", en: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (editor), "Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts", Francfort del Meno, 1995, pp. 53 y ss.; "Kommunikation kommuniziert?", *Rechtstheorie* 21 (1990), pp. 352 y ss.

KINDHÄUSER, Urs: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo I, Baden-Baden, 2005.

KÖHLER, Michael: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1997.

KREY, Volker: *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo 1, Stuttgart, 2.<sup>a</sup> ed., 2004.

KUHLEN, Lothar: "Zum Strafrecht der Risikogesellschaft", *GA* 1994, pp. 347 y ss.

LAGODNY, Otto: "Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik", en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (eds.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, 2003, pp. 83 y ss.

LAMPE, Ernst-Joachim: “Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts”, L. H. a Hans Joachim Hirsch, Berlín, 1999, pp. 83 y ss.; “Zur funktionalen Begründung des Verbrechenssystems”, L. H. a Claus Roxin, Berlín, 2001, pp. 45 y ss.; “Gedanken zum materiellen Straftatbegriff”, Libro-Homenaje a Rudolf Schmitt, Tubinga, 1992, pp. 77 y ss.

LÜDERSEN, Klaus: “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropäischem’ Prinzipiendenken”, *ZStW* 107 (1995), pp. 877 y ss.; “Das moderne Strafrecht”, *Strafverteidiger* 2004, pp. 97 y ss.

MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos: “Reflexiones sobre la expansión del Derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del ‘Big Crunch’ y la selección de bienes jurídico-penales”, en: Mir Puig/Corcoy Bidasolo (directores), *La política criminal en Europa*, Barcelona, 2004, pp. 91 y ss.; *Derecho penal económico. Parte general*, Valencia, 1998.

MIR PUIG, Santiago: “Límites del normativismo en Derecho penal”, en: “Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo”, Madrid, 2005, pp. 665 y ss.; *Derecho penal. Parte general*, 7.ª ed., Barcelona, 2004; “Valoraciones, normas y antijuricidad penal”, en: Libro-Homenaje a José Cerezo Mir, ed. Technos, 2003, pp. 73 y ss.

MÜLLER-DIETZ, Heinz: “Verfassungsrechtliche Schutz- und Pönalisierungspflichten”, en Libro conmemorativo a Heinz Zipf, Heidelberg, 1999, pp. 123 y ss.

MUÑOZ CONDE, Francisco: “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal”, en: Quintero Olivares/Morales Prats (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano, 2001, pp. 561 y ss.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho penal. Parte general*, 6.ª ed., Valencia, 2004.

OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio: “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1990, Madrid, pp. 5 y ss.

OTTO, Harro: *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Strafrechtslehre*, Berlín, /ma ed. (2004).

POLAINO NAVARRETE, Miguel: *Instituciones de Derecho penal. Parte general*, Lima, 2005.

POLAINO NAVARRETE, Miguel/POLAINO ORTS, Miguel: *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, Lima, 2004.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en: L. H. a Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, 2005, pp. 853 y ss.; “La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico: la tensión entre iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la inmanencia del Derecho. Especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos”, en L. H. a Ruiz Antón, Valencia, 2004, pp. 895 y ss.; “La influencia de las Ciencias sociales en el Derecho penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y

en el discurso ético de Habermas sobre selección de los intereses penales”, en: Arroyo Z., Luis/Neumann, Ulfrid/Nieto M., Adán, *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca 2003, pp. 99 y ss.

PRITTWITZ, Cornelius: “Sociedad de riesgo y Derecho penal”, en: Arroyo Z./Neumann/Nieto M., *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, 2003, pp. 259 y ss.

RASSOW, Reinhard: “Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes”, *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2005, pp. 262 y ss.

ROXIN, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo I, Munich, 2006, 4ta. ed. [las citas a la 3ra. ed. (Munich, 1997) son destacadas de manera expresa]; tomo II, 1ra. ed., Munich, 2003; “¿La protección de bienes jurídicos como misión del Derecho penal?”, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N.º, 2005, pp. 287 y ss. (publicado posteriormente, en su versión alemana en: Hefendehl (ed.), “Empirische und dogmatische Fundamente kriminalpolitischer Impetus”, Munich, 2005, pp. 135 y ss.); “Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit”, *ZStW* 116 (2004), pp. 929 y ss. (también publicado en español en la *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N.º 5, 2005, pp. 307 y ss.); *Problemas actuales de dogmática penal*, Lima 2004; *Dogmática penal y política criminal*, Lima, 1998.

RUDOLPHI, Hans-Joachim: “Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriffs”, L. H. a R. M. Honig, Gotinga, 1970, pp. 151 y ss.

SAX, Walter: “Grundsätze der Strafrechtspflege” in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner (edits.), *Die Grundrechte*, tomo III, volumen 2, 1959, p. 909 y ss.

SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Munich, 26.ª ed., 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd: “Brennpunkte des Strafrechts in der entwickelten Industriegesellschaft”, en: Hefendehl (ed.), “Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus”, Munich, 2005, pp. 349 y ss.; “Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation”, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlens (edits.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, 2003, pp. 133 y ss.; “Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende”, *GA* 2001, pp. 205 y ss.

SEHER, Gerhard: “Prinzipiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutbegriff”, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlens (edits.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, 2003, pp. 39 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús: “Die Expansion des Strafrechts”, Francfort del Meno, 2003 (publicación alemana de la 1.ª edición española); *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev: “Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers”, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlens (edits.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, 2003, pp. 65 y ss.

STRATENWERTH, Günter: “Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter”, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (eds.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, 2003, pp. 255 y ss.; “‘Wahres’ Strafrecht?”, L. H. a Lüderssen, Baden-Baden, 2002, pp. 373 y ss.; “Zum Begriff des ‘Rechtsgutes’”, L. H. a Theodor Lenckner, Munich, 1998, p. 377 y ss.; “Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?”, *ZStW* 1993, pp. 679 y ss.

STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar: *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 5.<sup>a</sup> ed., Colonia, 2005.

TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: “Sistema penal y delitos contra el orden socioeconómico. Consideraciones introductorias”, en: De la Cuesta Aguado/Terradillos B./Abanto V./Martínez-Buján/Ruiz Rodríguez, *Derecho penal económico*, Mendoza (Argentina), 2003, pp. 53 y ss.

TIEDEMANN, Klaus: “Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten”, Colonia, 2004; “Verfassung und Strafrecht”, Heidelberg, 1991 (conferencia dictada para la “Juristische Studiengesellschaft” en Karlsruhe el 08.03.1990); *Poder económico y delito*, Barcelona, 1985.

VON HIRSCH, Andrew: “Der Rechtsgutsbegriff und das ‘Harm Principle’”, *GA* 2002, pp. 2 y ss.; “Der Rechtsgutsbegriff und das ‘Harm Principle’”, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (eds.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, 2003, pp. 13 y ss.

VON HIRSCH, Andrew/WOHLERS, Wolfgang: “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung”, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (eds.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, 2003, pp. 196 y ss.

WELZEL, Hans: *Das deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969, 11.<sup>a</sup> ed.

WOHLERS, Wolfgang: “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur”, *GA* 2002, pp. 15 y ss.

WOLTER, Jürgen: “Menschenrechte und Rechtsgüterschutz in einem europäischen Strafrechtssystem”, en: Schünemann/De Figueiredo (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts*, Munich, 1995, pp. 3 y ss.

ZUGALDÍA ESPINAR, José M.: “¿Qué queda en pie en el Derecho penal del principio ‘mínima intervención, máximas garantías?’”, *CPC* n° 79 (2003), pp. 109 y ss.; “Seguridad ciudadana y Estado social de Derecho”, en L. H. a Ruiz Antón, Valencia 2004, pp. 1121 y ss.