

ALGUNAS REFLEXIONES EN RELACION A LA PROTECCION PENAL DE LOS BIENES JURIDICOS SUPRAINDIVIDUALES

Raúl Carnevali Rodríguez

Profesor de Derecho Penal. Universidad de los Andes
y Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo.
Doctor en Derecho, Universidad de Navarra

I. INTRODUCCION

Probablemente una de las cuestiones que mayores discusiones suscita en la dogmática penal –y por qué no también preocupación– es la tendencia que se observa hacia una *expansión* del Derecho penal¹. Hoy puede apreciarse, con bastante nitidez, cómo el legislador recurre a los instrumentos penales para proteger bienes jurídicos en los que resulta bastante cuestionable su calificación de penales. Que ello sea así puede atribuirse a diversos fenómenos, ya sean de carácter social, político o jurídico. Sin entrar a analizar estos, suele mencionarse como una poderosa razón que ha *permitido* esta expansión, el encontrarnos inmersos en una “*sociedad de riesgos*”². Fundamentalmente, el avance de la tecnología ha generado no solo un mayor bienestar, sino que también ha incrementado los riesgos, a los que se ven expuestos un gran número de ciudadanos que, por regla general, no han participado en la generación de estos. Precisamente, esta mayor interacción entre los distintos individuos conlleva un peligro de que puedan producirse lesiones. Al aumentar las actividades interdependientes, se pone de manifiesto que la protección de los bienes jurídicos de cada individuo deberá depender de lo que realicen otros sujetos. Basta señalar, los efectos que supone actividades como la energía nuclear, la informática, la manipulación de alimentos, etc. Todo ello da lugar a que la *sociedad se sienta insegura*. Hay que considerar al respecto, que una de las características de la sociedad postindustrial es la absoluta interrelación que se manifiesta en el orden causal; es decir, se presentan enormes dificultades para determinar y precisar *dónde y cómo* se produjo el resultado dañoso. Atendiendo la industrialización existente, resulta casi imposible recurrir a las reglas causalistas de orden naturalístico³.

Que las autoridades estatales acojan esta creciente demanda ciudadana de protección, a veces irracional⁴, recurriendo para este efecto –incluso, como única vía– al Derecho penal puede resultar peligroso. Como lo es, asimismo, que se perciba que la forma más eficaz para

¹ Con detalle, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en la sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, *passim*, especialmente p. 21 y ss.

² Básico, BECK, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad* (trad. J. Navarro, D. Jiménez, M. R. Borrás), Barcelona, 1998, *passim*.

³ Al respecto, cfr. SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, (trad. Cancio Meliá), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 30-31 (= *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1995, p. 201 y ss.).

⁴ Algún grado de responsabilidad tienen en esta sensación de inseguridad los medios de comunicación. Estos, al exhibir las noticias, muchas veces solo exaltan los aspectos negativos, transmitiendo solo una realidad parcial.

combatir la criminalidad organizada –que es, esencialmente, de orden económico⁵ es modificando los principios que sustentan el Derecho penal de corte liberal –así, lesividad concreta, imputación individual–, al apreciarse estos como inadecuados y de limitado alcance para combatir tales fenómenos. Si se considera, que esta expansión punitiva tiene lugar para tutelar determinados bienes jurídicos de carácter colectivo, apelando para ello, principalmente, a delitos de peligro abstracto⁶, se corre el riesgo cierto de que se “autorice” una mayor flexibilización de orden garantístico y una disminución de las reglas de imputación. Lo anterior, se pone claramente de manifiesto si, como se observa, se está pasando de un Derecho penal del *hecho lesivo individual* a un Derecho penal que aborda dimensiones sistémicas, estructurales, en el que no se aprecia de manera clara un comportamiento individual –estructura de delitos de peligro de bienes supraindividuales–. En las páginas que siguen pretendo tratar este aspecto, y la necesidad que existe –me atrevería a decir que es urgente– de que el Derecho penal no pierda de vista su carácter de *última ratio*.

II. PRESUPUESTOS PARA ESTIMAR UN BIEN JURIDICO DE RELEVANCIA JURIDICOPENAL

1. Me parece necesario, para poder abordar adecuadamente el tratamiento que debe darse a los bienes jurídicos colectivos, precisar qué criterios han de tenerse en cuenta para estar frente a un bien jurídico *protegible* penalmente. Y es que, no por estar el bien jurídico amparado por el Derecho penal, tiene la entidad suficiente para ser estimado digno de tal protección. Probablemente, una de las razones que explicarían la expansión punitiva se deba a esta confusión conceptual.

2. Quizá una de las materias que mayores controversias suscita en la dogmática penal es la determinación de las condiciones que permitan precisar cuándo estamos ante un bien jurídico (penal)⁷. Es decir, la confección de un concepto material que actúe de referente de la actividad legislativa, cumpliendo de esta manera, una función legitimadora –y limitadora– de la intervención punitiva⁸. Si bien no existe mayor controversia en admitir que al Derecho penal solo le corresponde proteger bienes jurídicos⁹ y que, por tanto, estos deben actuar como *límite* del *ius puniendi*¹⁰ –cumpliendo así una función garantística–, las dificultades se presentan a la

⁵ La criminalidad organizada, que hoy alcanza dimensiones importantes como consecuencia de la globalización económica, se caracteriza, tanto por presentar una estructura jerárquica, que dificulta la determinación de los responsables, como por la magnitud de sus acciones, que incluso puede desestabilizar el mercado.

⁶ Para SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas...*, p. 31, resulta admirable la intuición del legislador, quien sin indicaciones teóricas, supo desarrollar los delitos de peligro abstracto.

⁷ Para conocer la evolución histórica del concepto de bien jurídico, cfr. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*. Barcelona, 1976, p. 128 y ss.

⁸ Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 276, para quien la determinación de criterios válidos que autoricen la delimitación del objeto que ha de ser protegido por el Derecho penal es decisiva, pues permite contar con un baremo político-criminal claro a la hora de analizar los procesos de incriminación o desincriminación; PEDRAZZI, “El bien jurídico en los delitos económicos” (trad. A. Richart Rodríguez), en: BARBERO SANTOS (ed), *La reforma penal: Delitos socioeconómicos*, Madrid, 1985, p. 282, sostiene que la función del concepto de bien jurídico es la de poner orden y límites dentro de un sistema, constituirse en criterio de estructuración legislativa. Esta tarea, argumenta el autor, es particularmente compleja en la esfera del Derecho penal económico, dado que concurren intereses que oscilan entre la convergencia y el antagonismo. Cfr. además, MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, p. 160; PORTILLA CONTRERAS, “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1989, p. 735, enfatiza que el concepto de bien jurídico, reducido a fines dogmáticos, ha sido incapaz de cumplir una función crítica, autorizando así cualquier intervención penal estatal.

⁹ Aun cuando para JAKOBS, *Derecho penal*, PG (trad. J. Cuello Contreras/ J. L. Serrano González de Murillo), 2ª ed., Madrid, 1997, pp. 47 y ss., debe desvincularse como misión del Derecho penal la función de protección de bienes jurídicos.

¹⁰ Esta función limitadora –o negativa– del bien jurídico ha sido puesta en duda por HASSEMER, “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno” (trad. E. Larrauri. Revisada por M. Mainecke), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, p. 239, quien afirma que hoy en día el principio de protección de bienes jurídicos ya no puede ser estimado como una crítica al legislador, sino más bien como una demanda de criminalización; el mismo, “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico” (trad. P. Ziffer), *Doctrina Penal*, 1989, pp. 277-278.

hora de precisar cuáles son los criterios que deben dar base al concepto material de bien jurídico. Al respecto, han sido fundamentalmente dos las tesis que en este sentido se han elaborado, a saber, las *constitucionalistas* y las *sociológico-funcionalistas*. Si bien ambas han sido sujeta a críticas, aportan importantes líneas de pensamiento que permitirán precisar el objeto de nuestro estudio.

3. La primera de ellas, que ha sido trabajada de manera importante por la doctrina italiana¹¹, parte de la base de que solo a través de la norma fundamental es posible extraer los presupuestos axiológicos que permitan determinar cuáles son aquellos objetos que deben tutelarse. Es decir, en la medida en que es la Constitución la que refleja el conjunto de valores que se ha autoimpuesto una sociedad –de forma democrática, claro está– es posible extraer criterios materiales, tanto a efectos de incriminación como de desincriminación¹². En este sentido, para algunos autores como González Rus¹³, el valor libertad personal, en la medida que desempeña un papel preponderante en la Constitución, servirá como criterio delimitador del ilícito penal, siendo solo posible su privación cuando se está ante otros bienes de entidad similar o al menos sean de relieve constitucional¹⁴. Por tanto, como el alcance de la pena debe guardar relación con la clase del bien afectado, le corresponde al principio de proporcionalidad un papel trascendental¹⁵.

No cabe duda de que las proposiciones expuestas por los defensores de esta tesis, si bien permiten, de alguna manera, precisar cuáles son aquellos intereses que deben estimarse socialmente relevantes son, sin embargo, insuficientes¹⁶. En efecto, la Constitución es aún un

¹¹ Al respecto, cfr., entre otros, BRICOLA, "Teoria generale del reato", en: *Novissimo Digesto Italiano*, T. XIX, Torino, 1973, pp. 10 y ss.; DOLCINI/MARINUCCI, "Costituzione e politica dei beni giuridici", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1994, p. 333 y ss. en n. 2 hacen una relación de aquellos autores italianos que sustentan esta teoría. En la doctrina española, entre otros, ARROYO ZAPATERO, "Fundamento y función del sistema penal: El programa penal de la Constitución", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, N° 1, 1987, p. 97 y ss.; GONZÁLEZ RUS, *Bien jurídico y Constitución. (Bases para una teoría)*, Madrid, 1980; ÁLVAREZ GARCÍA, "Bien jurídico y Constitución", *Cuadernos de Política Criminal*, 1991, p. 5 y ss, en especial pp. 20 y ss, destaca a Bricola como el primer autor que de manera detallada ha elaborado un concepto de bien jurídico en clave constitucional. Al respecto, ROXIN, *Derecho penal*, PG, T. I, (trad. D-M. Luzón Peña/M. Díaz y García Conlledo/J. de Vicente Remesal), Madrid, 1997, p. 55, señala que un concepto de bien jurídico que vincule políticocriminalmente solo puede emanar de la Constitución; el mismo, "Sentido y límites de la pena estatal", en: *Problemas básicos del Derecho penal*, (trad. D-M. Luzón Peña), Madrid, 1976, p. 21, señala que el Derecho penal mediante la protección de los bienes jurídicos, y en su caso, garantizando las prestaciones públicas necesarias, asegura al ciudadano el libre desarrollo de su personalidad, que la Constitución estima como presupuesto de una existencia humana digna. En sentido crítico a estas tesis, PORTILLA CONTRERAS, "Principio de intervención mínima...", pp. 727 y ss. En la doctrina chilena, cfr. MEDINA JARA, "Constitución, bien jurídico y Derecho penal", *Gaceta Jurídica*, N° 167, 1994, pp. 13 y ss.

¹² Para ARROYO ZAPATERO, "Fundamento y función...", p. 101, de la Constitución es posible extraer, desde los principios generales que consagra y de su espíritu, lo que él denomina un *programa penal de la Constitución*, esto es, un conjunto de postulados políticocriminales del que se podrá afirmar el marco normativo sobre el cual el legislador penal debe tomar sus decisiones, y en el que el Juez habrá de inspirarse en su tarea interpretadora; el mismo, "Derecho penal económico y Constitución", *Revista Penal*, N° 1, 1998, p. 2, destaca que el llamado orden económico constitucional contiene las normas básicas destinadas a otorgar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, y es la fuente para buscar la relevancia constitucional de los bienes jurídicos incardinados en el Derecho penal económico.

¹³ Cfr. GONZÁLEZ RUS, *Bien jurídico...*, p. 40; asimismo, BRICOLA, "Teoria generale...", p. 15-16.

¹⁴ Para ÁLVAREZ GARCÍA, "Bien jurídico...", p. 31, si la Constitución concede un valor primordial a la libertad personal –como bien "primario"– es lícito deducir que únicamente ante la lesión de otro bien que tenga si no igual, sí semejante relevancia en el ámbito normativo, sea posible la privación de la libertad.

¹⁵ En este sentido, GONZÁLEZ RUS, *Bien jurídico...*, p. 43, destaca que la desproporcionalidad encuentra su veto en aquellas normas constitucionales que amparan la justicia y la igualdad. Por tanto, una sanción desproporcionada supone una "injusticia comparativa" contraria los principios mencionados. Además, si a las penas privativas de libertad les cabe una función reeducativa, al ser estas desproporcionadas deben estimarse antieducativas, al no cumplir la finalidad encomendada por la Constitución.

¹⁶ Así, MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social...*, p. 163-164, quien insiste que el reconocimiento constitucional de un derecho o un bien, aun cuando debe tomarse en cuenta para valorar su grado de importancia en orden a su posible tutela penal, no es suficiente, es preciso tener en cuenta otras consideraciones políticocriminales; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, pp. 273-274.

marco amplio, que si bien podría servir como límite mínimo, en cuanto a evitar el empleo del ordenamiento penal para aquellos intereses que ni de forma manifiesta o tácita se hallan en la Constitución¹⁷, no puede estimarse por el solo hecho de contemplarse en la norma fundamental, como merecedores de protección penal, pues, de ser así, se corre también el riesgo de confundir los Derechos fundamentales con los bienes jurídicos¹⁸.

Para Hassemer y Muñoz Conde¹⁹ el concepto de bien jurídico vincula la determinación del merecimiento de pena, a través de la Constitución y con la realidad social. En este sentido, si bien consideran que en la Constitución, los Derechos fundamentales allí consagrados formulan intereses centrales que constituyen los bienes jurídicos básicos del Derecho penal, lo que adquiere vital importancia es la interpretación que se haga de estos Derechos, a efecto de precisar el concepto de bien jurídico y su merecimiento de pena. Lo anterior no significa que se deban proteger penalmente tales Derechos, es decir, de la Constitución no emana un mandato de criminalización. Por tanto, el legislador tiene un nivel de discrecionalidad para decidir si crea o no un tipo penal. En definitiva, esta decisión no es solo de naturaleza analíticasisistemática sino también valorativa.

4. La teoría *sociológicofuncionalista* del bien jurídico se fundamenta en torno al concepto de "dañosidad social" o "perjuicio social"²⁰, enfatizando por tanto, el carácter social de que están dotados los bienes jurídicos, considerándolos como presupuestos necesarios para la conservación del orden social²¹. Ahora bien, aunque es correcta esta premisa, en cuanto a considerar a efectos penales solo aquellos intereses que tienen una efectiva relevancia social hay que tener cuidado, precisamente, en no poner el acento solo en la funcionalidad social. Esto es, considerar bienes jurídicos únicamente aquellas condiciones que permiten el adecuado funcionamiento de los sistemas sociales, pues existe el riesgo de atender solo aquellos valores que interesan a la conservación y desarrollo del cuerpo social, por encima del individuo²². A

¹⁷ En esta línea, BUSTOS RAMÍREZ, *Control social y sistema penal*, Barcelona, 1987, p. 192, para quien la Constitución aun cuando es el marco de referencia fundamental del sistema, no puede cerrar este, ya que se opondría a las mismas bases democráticas del sistema; PORTILLA CONTRERAS, "Principio de intervención mínima...", p. 745. Cfr. al respecto, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, p. 11.

¹⁸ Así, PORTILLA CONTRERAS, "Principio de intervención mínima...", p. 731; BUSTOS RAMÍREZ, *Control social...*, pp. 192-193, señala que los derechos reconocidos por la Constitución, y en particular los fundamentales, establecen una relación entre el ciudadano y el Estado, posibilitando las exigencias hacia este último. Los bienes jurídicos, en cambio, no les corresponde tal misión. Así, el derecho a la vida establecido en la Carta Fundamental no debe confundirse con el bien jurídico vida, pues a aquel solo le incumbe la relación ciudadano-Estado, mientras el bien jurídico vida refleja una realidad de realización de la vida social, en el que está incluida no solo la intervención del Estado, sino además la relación con los demás sujetos dentro del sistema social.

¹⁹ Cfr. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia, 1989, p. 69.

²⁰ Al respecto, HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal* (trad. F. Muñoz Conde/L. Arroyo Zapatero), Barcelona, 1984, p. 38, destaca que la transformación de la concepción del bien jurídico en una teoría de la dañosidad social como una de las orientaciones más importantes de la política criminal. No basta estar ante la lesión de un interés humano para recurrir al Derecho penal, es preciso además, que este ataque tenga un carácter socialmente dañoso, esto es, que los efectos lesivos vayan más allá del conflicto autor-víctima.

²¹ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 268; cfr. además, TERRADILLOS BASOCO, "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela penal", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, N° 63, 1981, p. 134; GÓMEZ BENÍTEZ, "Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española. (Proyecto 1980 de Código penal)", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, monográfico 3, 1980, pp. 148-150.

²² Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 269, además resalta que esto lleva a una concepción estática del bien jurídico; para TERRADILLOS BASOCO, "La satisfacción de necesidades...", p. 134: "Si solo la idea de disfuncionalidad respecto a la estructura social es el criterio determinante del ejercicio del *ius puniendi*, pueden subordinarse las necesidades del individuo a las sociales hasta el extremo de estar justificada la eliminación de los seres humanos inútiles o molestos, por ser esta 'disfuncional'"; ÁLVAREZ GARCÍA, "Bien jurídico...", p. 15, señala que estas tesis funcionalistas 'puras', como las adoptadas por Amelung, solo llevan a procurar la conservación del sistema, en la medida que se estime disfuncional todo aquello que lo afecte.

fin de evitar los riesgos inherentes a tales planteamientos es preciso, como dice Mir Puig, enfatizar que si al Derecho le cabe proteger sistemas sociales, solo lo hace *por cuanto ello supone la defensa del individuo*²³.

En este sentido, Silva Sánchez²⁴ plantea que los peligros inherentes a las posiciones teóricas expuestas –proteger valores morales, estrategias políticas o incluso albergar posiciones totalitarias– se pueden afrontar incluyendo en el concepto de bien jurídico una referencia central al individuo.

5. Lo expuesto nos permite ir precisando los criterios básicos necesarios para determinar qué objetos pueden llegar a convertirse en bienes jurídicos (penales). Por de pronto, y como primera cuestión, es preciso dejar establecido que los objetos sujetos a *tutela penal*, amén de tener relevancia social y, por tanto, su lesión considerarse como socialmente dañosa, deben tener una referencia *individual*, pero, este en cuanto ser social, es decir, deben incidir sobre aquellos medios de los que se vale el individuo para realizarse dentro de un contexto social²⁵.

La exigencia de que debe existir una afectación a los individuos tiene particular importancia tratándose de los bienes colectivos, por cuanto su lesión solo de manera indirecta puede afectar a una persona. La cuestión está en precisar cuándo se puede hablar de una efectiva aflicción y por tanto, se den los supuestos para recurrir al Derecho penal.

Sin embargo, los conceptos recién indicados no son suficientes para calificar a un bien jurídico como penalmente protegible, es necesario también tener en consideración aquellos aspectos relativos al *merecimiento* y *necesidad* de pena. En efecto, es preciso tener en cuenta *ambas* valoraciones a la hora de determinar si la lesión a un bien jurídico penalmente protegible deba efectivamente ser tipificado como delito. Así, pues, en lo que respecta a consideraciones de merecimiento, son razones de justicia las que llaman a individualizar y considerar como realidades de especial significación aquellas que tienen un importante arraigo en la conciencia social. Por tanto, al considerarse que su afectación puede tener repercusiones de fuerte intensidad dentro de la esfera social, se autoriza la intervención de los instrumentos jurídico-penales²⁶. Lo anterior, en todo caso, siempre debe apreciarse en el contexto histórico-cultural en el que tiene lugar, por lo que no pueden darse reglas más o menos estables. Es cierto, como pone de relieve Silva Sánchez²⁷, que debido a su basamento axiológico, se presentan dificultades importantes para la concreción de criterios claros, lo que, de alguna manera, confiere a este ámbito de un cierto grado de imprecisión²⁸. En lo que

²³ Cfr. MIR PUIG, *Introducción...*, p. 138: "Si este funcionamiento es el objeto *genérico* de la tutela penal, los bienes jurídicos son sus *concretos* objetos, que ofrecen la necesaria especificación de qué particulares procesos de interacción y de participación en los sistemas sociales merecen ser protegidos por el Derecho penal" (La cursiva en el original), *vid.* además, p. 152; cfr. TERRADILLOS BASOCO, "La satisfacción de necesidades...", pp. 136-141.

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 272.

²⁵ Como señala SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 272, estos parámetros –afectación individual y dañosidad social– permiten ya excluir la sanción de hechos meramente morales, así como valores o funciones político-sociales; cfr. además, MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, 1997, pp. 73-75.

²⁶ Cfr. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción...*, pp. 67-68, para quienes el concepto de merecimiento de pena se determina conforme criterios de justicia y utilidad; MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social...*, p. 162.

²⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 289; así también, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción...*, p. 75.

²⁸ Así, HASSEMER, "Lineamientos...", p. 278, afirma que el principio del bien jurídico en sí mismo no tiene la facultad de responder a la cuestión de merecimiento de pena, pues según sea la situación histórica, puede fundamentar un proceso de incriminación como de desincriminación: CADOPPI, "Il ruolo delle *Kulturnormen* nella 'opzione penale' con particolare riferimento agli illeciti economici", *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1989, p. 294, señala que es la "cultura" de la colectividad la que forma el concepto de bien jurídico relevante en el ámbito del Derecho penal.

respecta a la necesidad de pena, debe apreciarse si ese bien, aunque sea merecedor de pena, pueda ser protegido, por razones de utilidad, mediante otros medios menos lesivos que el Derecho penal –principio de intervención mínima–, o cuando se considere que el recurso al instrumento penal puede conllevar consecuencias negativas²⁹. En definitiva, aun cuando los criterios expuestos –justicia y utilidad– no se le pueden *imponer* al legislador, manteniendo este un espacio de libertad en sus decisiones político-criminales, no es posible desconocer que estos, en la medida que respondan a un determinado horizonte jurídico, político y cultural común, sí deberían serle *exigible* o al menos vincularlo³⁰.

Por otro lado, la aplicación del *principio de fragmentariedad* hace necesario tener en cuenta solo las modalidades de ataque más graves contra bienes jurídicos-penales. En este sentido, es preciso valorar para efectos de incriminar o no un hecho, el grado de lesividad u ofensividad de este, es decir, solo deben castigarse aquellos actos que lesionen o al menos pongan en peligro un bien³¹. Debe evitarse por tanto, recurrir al instrumento penal cuando no haya una real afectación a los individuos³².

Sin embargo, una de las manifestaciones del “Derecho penal moderno” a que hace referencia Hassemer³³, además de proteger bienes jurídicos colectivos, es la utilización cada vez más frecuente de los delitos de peligro abstracto, perdiéndose toda referencia individual. De esta manera, los delitos solo tienen una víctima lejana o incluso carecen de ellas.

6. De todo lo expuesto y teniendo presente que, para que bien jurídico sea además “bien jurídico-penal”, deben considerarse los presupuestos ya indicados, es posible extraer algunas consideraciones, que servirán para adentrarnos en el apartado siguiente. Como punto de partida, para estimar si un determinado objeto debe ser protegido por el ordenamiento jurídico –no solo penal–, es preciso que su afectación sea *socialmente dañosa*. La ausencia de este presupuesto hará innecesaria la verificación de otros –así, la afectación individual–. Ahora bien, la cuestión cobra especial interés si lo que falta, o no se aprecia una relevancia suficiente, es precisamente este último requisito, a saber, una repercusión sobre el individuo. En estos casos, aplicando principios garantísticos como el de lesividad u ofensividad, debería vedarse recurrir al Derecho penal, pudiendo emplearse otras vías sancionatorias como el Derecho administrativo, en el que no se requiere o solo de manera tangencial, la afectación individual. Sin embargo, lo que puede parecer evidente no lo es y la cuestión presenta dificultades, debido a la presencia de bienes jurídicos colectivos, en los que a veces resulta difícil apreciar incidencias lesivas sobre el individuo –delitos de víctima difusa–. Lo anterior se ve agravado por el empleo –para la tutela de estos– de la discutible técnica de los delitos de peligro abstracto³⁴.

²⁹ Al respecto, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción...*, p. 73: “La Política criminal es un actuar práctico. Su concepción de la conducta criminal no puede, por tanto, satisfacerse solamente con los presupuestos de Justicia y debe tener también un sentido práctico, es decir, útil. La Justicia es una condición necesaria, pero insuficiente para determinar correctamente el merecimiento de pena; tiene que ser, por tanto, complementada por la comprobación crítica de si, hasta qué punto y con qué consecuencias secundarias, puede la Administración de Justicia penal aceptar y ejecutar en la práctica las decisiones político-criminales sobre merecimiento de pena”. Téngase presente que estos autores incluyen los criterios de utilidad dentro de la noción de merecimiento de pena. Cfr. asimismo, MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social...*, p. 166; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 289.

³⁰ En este sentido, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción...*, p. 77.

³¹ ARROYO ZAPATERO, “Derecho penal económico...”, p. 6, señala que este principio se dirige al legislador, al formular la descripción típica, y al juez, quien invocándolo puede estimar atípicas un género de conductas que lesionan de forma insignificante un bien jurídico.

³² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, pp. 290-291.

³³ Cfr. HASSEMER, “Rasgos y crisis...”, pp. 235 y ss., p. 242; el mismo, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos” (trad. E. Larrauri), *Pena y Estado*, N° 1, 1991, p. 35.

³⁴ Para MOCCIA, “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales” (trad. R. Ragués Vallès), en: SILVA SÁNCHEZ (ed), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, p. 136, esta técnica es incompatible con un sistema penal garantista, pues al existir una total ausencia de lesividad en la conducta, hace difícilmente aprehensible el desvalor del acto,

III. PROPOSICIONES DE ORDEN DOGMATICO PARA PROTEGER LOS BIENES JURIDICOS COLECTIVOS³⁵

1. Veamos, pues, la cuestión relativa a la naturaleza del bien jurídico. Sin entrar a un análisis exhaustivo acerca del alcance de los intereses supraindividuales, conviene destacar la importante discusión dogmática que esta clase de bienes ha generado, sobre todo considerando, para su protección, el cada vez más explícito –y cuestionable– empleo de los tipos de peligro abstracto.

En este sentido, Hassemer y Muñoz Conde³⁶, no sin razón, apuntan que una de las características del Derecho penal moderno –esto es, un Derecho penal al que se recurre ya como *prima ratio*³⁷–, propio de las llamadas “modernas sociedades de riesgo”³⁸, es la utilización como instrumentos de expansión, tanto de los bienes jurídicos colectivos como de los delitos de peligro abstracto. Así, el recurso a esta clase de bienes supone un cada vez más acentuado alejamiento de la conducta individual –propio del Derecho penal clásico– y los tipos de peligro abstracto, conllevan serios cuestionamientos a nivel de causación, al dispensar la prueba de un daño³⁹. En definitiva, se observa un uso creciente del Derecho penal en ámbitos en los que no se aprecia una víctima o esta es lejana, asumiendo más bien, un papel simbólico⁴⁰.

tanto para el conjunto de la ciudadanía como para el propio reo. No podrán “percibir” dónde está la gravedad de la conducta; cfr. MERA FIGUEROA, *Derechos humanos en el Derecho penal chileno*, Santiago, 1998, pp. 117 y ss., quien estima que para conciliar tales delitos con la Constitución Política de 1980 deben reinterpretarse, en cuanto a otorgarles el carácter de delitos de peligro concreto.

³⁵ También se puede hablar de bienes *supraindividuales*, pues esta expresión refleja que se está ante objetos pertenecientes a más de un individuo –por empleo del prefijo *supra*, más arriba– y que, por tanto, está en oposición a los bienes *individuales*, es decir, de dimensión personal. Al respecto, cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, Valencia, 1998, p. 94.

³⁶ Cfr. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, 1995, pp. 28-30; HASSEMER, “Lineamientos...”, p. 279, señala que la legislación penal moderna se caracteriza porque el lema ya no es la protección de intereses humanos concretos, sino la tutela de instituciones sociales o “unidades funcionales de valor”. El problema que se presenta es que el bien jurídico ya no goza de la calidad conceptual suficiente que permita criticar un tipo penal por su excesiva amplitud.

³⁷ SILVA SÁNCHEZ, “Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo”, *Actualidad Penal*, 1996-1, pp. 247 y ss, pone de manifiesto que hoy se observa en la “praxis” político-criminal del Estado un creciente intervencionismo penal, a través de la agravación de las penas, ampliación del tenor de los tipos, inclusión de nuevos delitos. Tal evolución, que comienza en los años ochenta, se ha traducido, tanto en el ocaso de las garantías formales –el principio de legalidad– por la proliferación de tipos porosos y vagos, como por el ocaso de las garantías materiales –así, la proporcionalidad, culpabilidad–. En definitiva, se observa una tendencia de “huida al Derecho penal”. Sin embargo, en los Tribunales se aprecia el proceso inverso, esto es, en sus resoluciones se busca sintonizar con los planteamientos expuestos por la teoría, de fuerte contenido garantista y de fines preventivos; SGUBBI, *El delito como riesgo social* (trad. J. Virgolini), Buenos Aires, 1998, pp. 55-56, también se hace eco de esta tendencia que conduce a una hipertrofia del Derecho penal, a través del cual el Estado pretende regular y disciplinar una, perdiendo así su carácter fragmentario. Ahora la libertad es la fragmentaria.

³⁸ HERZOG, “Límites al control penal de los riesgos sociales. (Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro)”, trad. E. Larrauri Pijoan, F. Pérez Álvarez, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, pp. 317 y ss. (*Poder Judicial*, N° 32, 1993, pp. 79 y ss.), se muestra crítico ante esta tendencia del Derecho penal moderno a la amplia utilización de los delitos de peligro, que puede entenderse como respuesta a la complejidad que presentan las situaciones de peligro en la vida moderna.

³⁹ En este sentido, TIEDEMANN, *Poder económico y delito* (trad. A. Mantilla Villegas), Barcelona, 1985, p. 36, para quien esta clase de delitos brinda facilidades en la prueba, pues no es relevante que el daño se haya efectivamente producido.

⁴⁰ Al respecto, HASSEMER, “Derecho penal simbólico...”, pp. 29-30, resalta que una manifestación del Derecho penal moderno es su carácter “simbólico”, en que se presenta un predominio de las funciones latentes sobre las manifiestas; es decir, se procura, por sobre lo que es, objetivamente, la protección del bien jurídico previsto en la norma, satisfacer la necesidad de actuar, y con ello *tranquilizar* a la población de que el Estado ha demostrado su fortaleza. En definitiva, este “engaño” busca dar la *apariencia* de que la reacción estatal es efectiva, aunque en realidad poco se espera con su aplicación; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, pp. 305, hace presente que lo problemático no es el elemento simbólico en sí, que por lo demás se manifiesta de manera importante en la legislación penal, sino elevarlo a la categoría de “función exclusiva”; para ARROYO ZAPATERO, “Derecho penal económico...”, pp. 4-5, si bien algunos delitos como los fiscales o de medio ambiente cumplen, en una primera

2. A fin de poder determinar cuál es el alcance de estos bienes supraindividuales, previamente es preciso repasar las distintas teorías que explican la posición que han de asumir estos respecto de los bienes individuales. Hay que partir de la base que entre la doctrina existe consenso de que los bienes colectivos tendrán relevancia penal, en la medida en que su protección constituya una *condición indispensable* para salvaguardar intereses individuales, no obstante, las discrepancias surgen a la hora de definir cómo se estructura esta relación⁴¹. Así, pues, hay quienes sostienen que los bienes supraindividuales gozan de propia autonomía —son un nuevo bien jurídico—, por tanto, la protección de los bienes individuales es mera *ratio legis* respecto de aquellos, es decir, no se exige comprobar su afectación para la aplicación del tipo⁴². Los inconvenientes que esta tesis presenta se refieren, fundamentalmente, a las dificultades para determinar qué criterios mínimos deben adoptarse para precisar cuándo un riesgo para un bien colectivo puede estimarse jurídico-penalmente relevante. Señalar que cuando existe un peligro para el bien supraindividual se entienden lesionados intereses individuales, se corre el serio riesgo de perder como punto de referencia —para la determinación de un bien jurídico-penal— el que haya una afectación directa o indirecta del individuo y que, en definitiva, se estime suficiente para incriminar el que solo haya una víctima *difusa*. Además, esta concepción teórica de alguna manera, “autoriza” el empleo de los llamados delitos de acumulación (*Kumulationsdelikte*)⁴³.

La otra construcción dogmática parte del supuesto de que los bienes individuales *están en la base* de los bienes supraindividuales. Esto es, existe una relación de dependencia de estos respecto de aquellos, los bienes jurídicos colectivos en la medida que son medios para el desarrollo de los individuos, podrán alcanzar el status de objetos jurídicos penalmente tutelables⁴⁴. Por

etapa, una función simbólica, con posterioridad desempeñan un eficaz papel preventivo; HORMAZÁBAL MALARÉE, “Delito ecológico y función simbólica del Derecho penal”, en: TERRADILLOS BASOCO, *El delito ecológico*, Madrid, 1992, pp. 52-53, señala que en la protección del medio ambiente se observa una falta de certeza y la ausencia de instrumentos policiales y judiciales que hagan posible la aplicación de la norma sancionadora, por lo que esta no tiene vigencia real. Existe solo como manifestación *simbólica* del *ius puniendi*. Ello genera una situación de engaño al ciudadano, pues se le hace creer que hay una preocupación política; MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Nápoles, 1995, pp. 27 y ss, pone de manifiesto el carácter simbólico que caracteriza a la legislación antimafia italiana. En posición crítica sobre la naturaleza simbólica del Derecho penal moderno, KUHLEN, “Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto” (trad. C. Bolea Bardon, revisada por S. Mir Puig), en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (Coor), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996, pp. 234-236.

⁴¹ Esta discusión ha tenido especial importancia respecto del bien jurídico en los delitos medioambientales. Cfr. al respecto, SILVA SÁNCHEZ, “¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325”, *La Ley*, 1997-3, p. 1715.

⁴² Esta es la línea seguida por CORCOY BIDASOLO, “Responsabilidad penal derivada del producto. En particular la regulación legal en el Código penal español: delitos de peligro”, en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (Coor), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996, p. 250: “En los bienes jurídicos colectivos existe, por su propia naturaleza, una imposibilidad de lesión material del objeto jurídico, sin embargo, si entendemos que el bien jurídico colectivo tiene una autonomía propia hemos de entender que cuando se pone en peligro la salud pública, por ejemplo, *ya se ha lesionado* la seguridad de los ciudadanos que, como veremos, es la *ratio legis* del precepto” (la cursiva es mía); en Chile, siguen un argumentación similar respecto al medio ambiente, FIGUEROA HERNÁNDEZ/RETAMAL HERRERA, “Notas para la criminalización de algunas ofensas ambientales en Chile”, *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Coquimbo*, año 5, 1998, pp. 111 y ss.

⁴³ Para SILVA SÁNCHEZ, “¿Protección penal...”, pp. 1715-1716, los delitos contra la Hacienda pública solo pueden entenderse como *Kumulationsdelikte*.

⁴⁴ En este sentido, MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social...*, p. 165: “(...) la valoración de la importancia de un determinado interés colectivo exigirá la comprobación del daño que cause a cada individuo su vulneración. El problema que se plantea en este punto es el de si la extensión del interés a amplias capas de la población ha de conducir a afirmar la suficiente importancia de dicho interés para que pueda convertirse en objeto de Derecho penal. Puede suceder que un interés muy difundido en la sociedad no afecte a cada individuo más que en forma leve. El Estado social no puede desconocer la significación que por sí misma implica la extensión social de un determinado interés, pero tampoco ha de prescindir de exigir como mínimo una determinada gravedad en la repercusión del interés colectivo en cada individuo. Creo que esta es una vía de razonamiento que debe atenderse si se quiere evitar la peligrosa tendencia que posee todo Estado social a hipertrofiar el Derecho penal a través de una *administrativización* de su contenido de tutela, que se produce cuando se prima en exceso el punto de vista del *orden colectivo*” (la cursiva en el original).

tanto, si la vulneración de un bien supraindividual se *muestra lejana*, y no supone una afectación para los individuos, es que ha habido un inadecuado adelantamiento de la barrera protectora, por lo que, la protección que han de recibir tales bienes no debe provenir de la esfera penal⁴⁵.

3. Lo expuesto tiene importancia para concretar el alcance que ha de tener la protección jurídico-penal de los bienes jurídicos supraindividuales, fundamentalmente mediante la técnica de los tipos de peligro abstracto⁴⁶. Considerando las serias dificultades que se presentan para poder determinar cuándo un acto individual lesiona o pone en peligro un bien supraindividual –acción individual carente del necesario grado de lesividad–, se ha estimado, por parte de la doctrina⁴⁷, que este perjuicio solo puede tener lugar, y autorizar así la intervención penal, a través de la repetición de actos aislados –incluso inocuos– que en su conjunto sí pueden afectar al bien, en la medida en que esta *generalización de actos supongan un serio riesgo de alteración del funcionamiento del sistema*⁴⁸. Es bajo estos presupuestos como se construyen los llamados delitos de acumulación⁴⁹.

⁴⁵ Esta la posición adoptada por la Escuela de Frankfurt, conforme a la “teoría monista-personalista del bien jurídico”. De acuerdo a ella, se deben funcionalizar los intereses generales desde la perspectiva de la persona, deduciendo los bienes sociales de los del individuo. Los bienes jurídicos de la comunidad *solo se pueden reconocer* en la medida en que –mediatamente– sean también intereses de la persona. Así, respecto a los daños al medio ambiente, se admitirá su castigo solo cuando se pongan en peligro bienes jurídicos personales. Al respecto, cfr. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción...*, pp. 108-113; HASSEMER, “Lineamientos...”, p. 281: “los bienes jurídicos universales tienen fundamento solo en la medida en que se corresponden con los intereses –conciliados– del individuo”. Una de las críticas que le dirige SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas...*, p. 21, es que la concepción del bien jurídico personal defendida por esta Escuela es demasiado estrecha, pues en los delitos medioambientales no debe tenerse en cuenta solo a los individuos que viven en un momento histórico determinado, lo que interesa considerar es la supervivencia de la especie humana, como valor supremo. A través de la protección del medio ambiente, dice este autor, se busca preservar las condiciones de vida no solo de la presente generación sino también de las futuras. Con respecto a esta idea expresada por Schünemann acerca de “supervivencia de la especie humana”, SILVA SÁNCHEZ, “¿Protección penal...”, p. 1715, se muestra cauteloso, pues, si bien constituye un valor supremo, este debe servir de orientación al conjunto de la actuación política, social y jurídica, pero solo de forma muy subordinada al Derecho penal.

⁴⁶ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, pp. 299 y ss., distingue las clases de delito de peligro abstracto en función de la clase de bien jurídico protegido. Así, es posible diferenciar entre los delitos orientados a la protección de bienes individuales o suficientemente individualizables, y aquellos que protegen intereses supraindividuales o bienes jurídicos colectivos no reconducibles a bienes individuales. En el primer grupo se castigan las conductas potencialmente lesivas a la vida o salud de las personas u otro bien individualizado. Respecto del segundo grupo, se hace referencia a los delitos de peligro abstracto que protegen bienes supraindividuales, institucionalizados o espiritualizados, o “intereses difusos” no reconducibles a bienes individuales, sino referidos a estructuras o instituciones básicas en el funcionamiento del Estado o del sistema social. Precisamente, a través de estos delitos *con bien jurídico intermedio espiritualizado* (cfr. ROXIN, *Derecho penal...*, pp. 410-411) se protegen aquellos bienes en los que la lesión o puesta en peligro es difícil de imaginar, pues el perjuicio se produce más que por un acto individual por la reiteración generalizada de conductas que no respetan las reglas básicas del sistema. Dada las dificultades para precisar el grado de lesividad exigible a la conducta individual se recurre a los delitos de peligro abstracto, pues aquí se trata de una anticipación a la tutela de bienes esenciales para la protección de otros bienes, cuya especial naturaleza justifica el empleo de esta técnica. Se trata de bienes que gozan de suficiente entidad como para ser merecedores de tutela penal.

⁴⁷ Cfr. lo expuesto por este sector en SILVA SÁNCHEZ, “¿Política criminal ‘moderna’? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español”, *Actualidad Penal*, 1998, Nº 1, pp. 445-446; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, pp. 300-301; MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos...*, pp. 35-38.

⁴⁸ KINDHÄUSER, “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico” (trad. F. Molina Fernández), en: VVAA, *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 446, apunta que estas construcciones olvidan que los perjuicios en los sistemas de ordenación no pueden equipararse a la intromisión lesiva en las condiciones concretas de libertad institucionalizada, debe demostrarse que el autor se ha entrometido en la esfera de libertad jurídicamente garantizada de un tercero. Así, no está claro como una estafa crediticia puede dañar un subsistema completo de la economía de crédito. Es contrario al principio de culpabilidad fundamentar la lesividad partiendo de que una masiva realización de estafas de crédito impediría funcionar todo el sistema. Se estaría imputando al autor hechos de otro como base del injusto.

⁴⁹ Al respecto, cfr. KUHLEN, “Unweltstrafrecht -auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (105) 1993, pp. 697 y ss. Crítico, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, pp. 108 y ss.

4. Precisamente, a fin de evitar estas dificultades referidas a la exigencia de lesividad, algunos han estimado como una técnica adecuada el emplear los delitos de peligro abstracto para tipificar la afectación de un bien jurídico intermedio con función representativa⁵⁰. Es decir, para poder proteger aquellos bienes jurídicos supraindividuales inmateriales, que jamás podrán ser vulnerados por una acción típica individual, sino solo por una multiplicidad de estos, es que el tipo se elabora sobre la base de un bien jurídico intermedio “representante” o con función representativa, que será el *inmediatamente* afectado por el acto lesivo individual. Para su configuración no se requiere probar la lesividad respecto del bien inmaterial, que en su caso es el “mediatamente” afectado, y en cuanto al tipo subjetivo, basta que este cubra los elementos correspondientes al bien jurídico inmediato o “representante”. A los efectos, tanto del tipo objetivo como subjetivo la afectación del bien jurídico mediato resulta irrelevante. En definitiva, la protección de un bien jurídico supraindividual espiritualizado o inmaterial se lleva a cabo a través de bienes jurídicos intermedios con función representativa, cuya generalizada lesión constituye la “abstracta peligrosidad” de la conducta típica. Un ejemplo puede aclarar lo expuesto en los delitos contra la Hacienda pública⁵¹, lo que se protege *mediatamente* son las estructuras básicas de la vida económica –bien inmaterial– por medio de bienes intermedios “representantes” –así, la recaudación tributaria–. Pues bien, el dejar de pagar los impuestos supone lesionar el bien inmediato, mas no el mediato, que solo se vería “abstractamente” en peligro por una repetición generalizada de actos defraudatorios. Basta acreditar que la acción ilícita ha afectado el Erario público, no siendo relevante, para el intérprete, si se han alterado las estructuras de la economía⁵².

5. A mi modo de ver, los planteamientos expuestos no resuelven la cuestión de fondo, es decir, no brindan criterios adecuados que permitan sostener que la conducta lesiva para el bien jurídico –en este caso, inmediato– suponga efectivamente un riesgo jurídicamente relevante para este. En efecto, no me parece posible afirmar, como en el ejemplo, que un solo acto defraudatorio pueda *lesionar* la Hacienda estatal. Conforme a los baremos expuestos precedentemente, para determinar cuándo se está en presencia de un bien jurídico *tutelable penalmente*, se señaló que estos deben servir de medios que permitan la autorrealización social del individuo, por tanto, es preciso que exista el suficiente grado de afectación individual para que se autorice la intervención jurídico-penal. Pues bien, en la teoría expuesta, tratándose de los bienes intermedios inmediatos, no solo se aprecia una víctima difuminada –más que claro respecto de los espiritualizados–, sino que, además, estos no se distinguen intrínsecamente de los bienes inmateriales, en la medida en que ambos expresan *objetivos de organización*. Así, pues, un solo acto de defraudación no tiene el suficiente grado de lesividad concreta como para poner en peligro el bien jurídico. El que se castigue responde, en definitiva, a los mismos argumentos que se han tenido en cuenta para proteger los bienes jurídicos inmateriales, a saber, el peligro que supone el efecto sumativo⁵³, esto es, el riesgo que puede significar para el funcionamiento del sistema económico que esta clase de conductas se reiteren y generalicen.

⁵⁰ Así, RODRIGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, pp. 301-304.

⁵¹ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal...*, pp. 99-100.

⁵² Al respecto, ARROYO ZAPATERO, “Derecho penal económico...”, p. 8, señala que tratándose de los bienes jurídicos colectivos no reconducibles a un bien individual, es difícilmente posible la tipificación expresa de una lesión o puesta en peligro, pues lo normal es que la lesión solo se produzca por una reiteración generalizada de comportamientos que infringen la normativa básica del sistema. Por tanto, la única técnica posible para proteger estos bienes son los delitos de peligro abstracto.

⁵³ En estos términos, SILVA SÁNCHEZ, “¿Política criminal...”, p. 444: “Una sola defraudación tributaria, aunque sea de más de 15 millones de pesetas (caso español) –que es lo que se juzga en el ámbito penal– no pone en peligro el bien jurídico representado por el procedimiento de redistribución de la renta, etc. *Lo peligroso sería el efecto sumativo. Luego entonces no es la conducta individual la lesiva, sino su acumulación y globalización*” (la cursiva es mía); CADOPPI, “Il ruolo delle *Kulturnormen...*”, pp. 304 y ss., pone de manifiesto la tensión que se produce entre los delitos colectivos, coincidentes con la realización de determinadas “funciones”, y la teoría de las “normas de cultura”.

De forma acertada, Silva Sánchez afirma que la mayoría de los delitos económicos –en especial el delito contra la Hacienda pública– responden al modelo propio de los delitos de acumulación, es decir, lo decisivo no está dado por el sentido lesivo de la conducta, sino por las consecuencias que se podrían producir ante la reiteración de estas. En consecuencia, el fundamento de la imputación se halla no en el peligro de la propia conducta, sino que esta surge *si todos hicieran lo mismo*⁵⁴. Müller-Tuckfeld⁵⁵, que se muestra bastante crítico respecto de este tipo de construcciones, señala, a mi juicio de manera certera, que en el Derecho penal del medio ambiente, así como en otros sectores “modernos” del Derecho penal, no se sancionan acciones lesivas concretas, sino que se construyen relaciones de peligro entre acciones peligrosas “abstractas” y fuentes de peligro de la sociedad. Precisamente, los delitos de acumulación (*Kumulationsdelikte*), se presentan en todos aquellos ámbitos en los que se pretende proteger, de forma más o menos explícita, la eficiencia social de determinadas funciones. Tales delitos se caracterizan porque un comportamiento concreto, en sí mismo insignificante y abstractamente no peligroso, tendrá relevancia jurídico-penal, en la medida en que la concurrencia de otras acciones similares sí pueden llegar a lesionar un bien jurídico. Para Sgubbi este incremento en el empleo del Derecho penal es una manifestación del propósito dirigista del Estado, por el que se crean “artificialmente” bienes jurídicos que coinciden con los intereses del Estado. Bienes carentes de sustento social y cultural, y que solo reflejan una intención organizativa de los medios y modos de alcanzar los fines estatales. En definitiva, se ha ido de las normas de conducta a normas de organización⁵⁶.

Conforme a estas premisas, se infringiría abiertamente el principio de culpabilidad, ya que el autor no responde de su propio injusto. Para poder imputarlo deben comprenderse contribuciones ajenas al hecho. En este sentido, debe considerarse que estos delitos, que conforman el llamado Derecho penal “moderno”, presentan serias dificultades para acreditar la relación entre la conducta y su peligrosidad, lo que supone una seria erosión de los criterios de imputación, traspasándose así los límites que impone un Derecho penal garantista⁵⁷.

6. Es necesario, pues, tener en cuenta en los procesos de determinación acerca de la relevancia penal de los bienes jurídicos supraindividuales, las reglas expuestas sobre merecimiento y necesidad de pena, pero, sobre todo, que estos deban concebirse para la *realización* del individuo como ser social y, por tanto, deben sancionarse solo aquellas conductas que puedan significar lesionar o poner en peligro grave a los individuos. Por otro lado, no debe olvidarse que la intervención jurídico-penal *solo está justificada en la medida en que se funde en un modelo de imputación que atribuya responsabilidad por la creación personal de riesgos penalmente relevantes*⁵⁸. En este sentido, las tesis expuestas supondrían un distanciamiento de estos presupuestos, puesto que no se aprecia claramente una conducta lesiva o peligrosa para un bien jurídico, sino más bien lo que ponen de manifiesto es un problema

⁵⁴ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “¿Protección penal...”, p. 1717.

⁵⁵ Cfr. MÜLLER-TUCKFELD, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, en: INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN FRANKFURT A. M. (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt a. M., 1995, p. 464, pp. 466-468.

⁵⁶ Cfr. SGUBBI, *El delito...*, pp. 67-68. Agrega además, en pp. 102 y ss, las consecuencias que supone tal fenómeno, como la crisis del principio de legalidad, con el empleo cada vez más continuo de las normas en blanco. Por otro lado, decae la taxatividad al concebirse el delito como “ilícito de mera trasgresión”, pues, entre otros aspectos, está creado más para organizar que para proteger.

⁵⁷ En este sentido, KINDHÄUSER, “Acerca de la legitimidad...”, p. 442, apunta que el concepto de culpabilidad que se debe manejar en la esfera del Derecho penal económico debe tener el mismo alcance que en el Derecho penal. Asimismo, el injusto del hecho penal económico debe ser injusto conforme al Derecho penal. Para este autor, la intervención del Derecho penal en la esfera económica solo es legítima si se reprocha un fracaso personal.

⁵⁸ Precisamente, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad...*, pp. 34-35, ponen de manifiesto los problemas que representa la imputación individual para el ámbito del Derecho penal económico. Por esta razón, se observa una tendencia a reducir algunos presupuestos que la fundamentan.

sistémico. Es decir, la peligrosidad que puede generar un “cúmulo” de conductas de similar naturaleza, que podrían ocasionar una *afectación* en el funcionamiento de un determinado sistema⁵⁹. Lo anterior supone un riesgo cierto, y es que se empleen los instrumentos penales en esferas, más bien propias de otros sectores como, por ejemplo, el Derecho administrativo sancionador⁶⁰, lo que desnaturalizaría su cometido⁶¹. Es preciso que se busquen propuestas coherentes que permitan *conciliar* las tesis sobre el bien jurídico defendidas en la parte general con aquellas que se emplean para analizar la parte especial⁶². Sin desconocer la importancia social que estos intereses puedan representar, y la necesidad que existe de procurar su protección mediante instrumentos jurídicos eficientes⁶³, es ineludible considerar al respecto los límites propios del Derecho penal que se desprenden del principio de intervención mínima –así como la exigencia de lesividad y ofensividad–.

En general, hay que prevenir la asunción de *funciones promocionales*. Es decir, emplear el Derecho penal para favorecer aquellos intereses, que más que conformar bienes jurídicos propiamente tales, representan la consecución de ciertos objetivos de organización social⁶⁴.

7. Las dificultades que en este orden se presentan, en cuanto a buscar las soluciones *desde* el Derecho penal, ha llevado a algunos autores como Hassemer a proponer que estos problemas que presenta “la dialéctica de lo moderno”⁶⁵ se reconduzcan a lo que denomina un “Derecho de intervención” (*Interventionsrecht*)⁶⁶. Esto es, un sistema de imputación que esté ubicado entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, entre el Derecho civil y el Derecho público, en el que su nivel de garantías –materiales y procesales– no alcanza la *precisión* propias del Derecho penal, pero tampoco sus consecuencias jurídicas

⁵⁹ Así, MOCCIA, “De la tutela de bienes...”, p. 115: “Es evidente que, entendiendo legítima la incriminación de conductas considerablemente alejadas de la agresión, decae del todo la función de delimitación del bien jurídico, desde el momento en que la incriminación de cualquier conducta, incluso la más inocua desde el punto de la dañinidad social, puede siempre reconducirse a la tutela de fundamentales, aunque remotos, bienes jurídicos. El ordenamiento acaba así por configurar una disciplina meramente dirigista, que se expresa en una detallada reglamentación al servicio de la cual se dispone la sanción penal, renunciando a la represión de las conductas que inmediatamente se orientan al ataque del bien. Se castiga, por tanto, la inobservancia de normas organizativas y no la realización de hechos socialmente dañinos”; el mismo, *La perenne emergencia...*, p. 10.

⁶⁰ Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, “¿Política criminal...”, p. 443, señala: “...el Derecho administrativo sancionador es el Derecho del *daño acumulativo*, que exige de una valoración del hecho específico, requiriendo solo una valoración acerca de cuál sería la trascendencia global de un género de conductas, si es que este se estimara lícito”; el mismo, *La expansión...*, pp. 100 y ss.

⁶¹ Como pone de manifiesto MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social...*, p. 165, debe evitarse la tendencia hacia la *administrativización* en el Derecho penal, que se produce cuando se privilegia el punto de vista del orden colectivo; en este mismo sentido, NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo sancionador*, 2ª ed., Madrid, 1994, p. 187; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, pp. 100 y ss.

⁶² Asimismo, SILVA SÁNCHEZ, “¿Protección penal...”, p. 1716; HASSEMER, “Rasgos y crisis...”, p. 236, hace presente que el Derecho penal “moderno” se ha realizado, sobre todo, en la parte especial de los Códigos penales.

⁶³ Al respecto, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad...*, p. 42, hacen presente que el Derecho penal no puede renunciar a la protección de los bienes jurídicos universales. Considerando el cada vez más complejo desarrollo de las sociedades modernas, estas se organizan a través de instituciones, y siendo su existencia importante para los individuos, deben ser protegidas. Sin embargo, ello no justifica que los bienes jurídicos institucionales se los equipare valorativamente a los individuales, o incluso se funcionalicen estos respecto de los intereses generales; HASSEMER, “Lineamientos...”, p. 282. Cfr. además, ARROYO ZAPATERO, “Derecho penal económico...”, p. 2.

⁶⁴ Crítico a esta función, MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social...*, pp. 154-156, indicando que no es posible recurrir al Derecho penal para disuadir la infracción de normas que no tienen arraigo en la conciencia social. La función de prevención general positiva solo autoriza la amenaza penal para la *confirmación y afirmación de una convicción social*; cfr. además, CADOPPI, “Il ruolo delle *Kulturnormen*...”, pp. 291-292, para quien el Derecho penal solo puede desarrollar tareas de control social y no de “dirección social”, solo protege bienes jurídicos no “promueve” nuevos valores. La convicción social está representada por la *Kulturnormen*. En contra, PORTILLA CONTRERAS, “Principio de intervención mínima...”, p. 741.

⁶⁵ Cfr. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad...*, p. 22.

⁶⁶ Al respecto, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad...*, pp. 43-47.

logran el mismo grado de *intensidad*, dada la estrecha correlación que debe existir entre la gravedad de las sanciones a imponer y las garantías a exigir. Sin entrar a valorar en profundidad estos planteamientos, sí estimo que deben ser atendidos, sobre todo considerando –como ya se ha puesto de relieve más arriba– las tensiones que se generan a la hora de pretender emplear los instrumentos jurídico-penales para la protección de determinados intereses colectivos⁶⁷. Por consiguiente, si el propósito es, *configurar un sistema de imputación en el que se deben tener en cuenta las consecuencias jurídicas, así como su configuración y teleología*, nada impide que aquel sistema cuyas sanciones solo sean pecuniarias o privativas de derechos, y que generalmente recaen sobre personas jurídicas, no *goce* de la “prolijidad” garantística propia del Derecho penal criminal. Precisamente, esta puede ser una vía para resolver los obstáculos que conlleva la protección de aquellos intereses que, sobre todo, constituyen sistemas de ordenación sectorial.

8. Una línea similar propone Silva Sánchez⁶⁸, pero admitiendo *dentro* del Derecho penal un modelo de menor intensidad garantística, siempre y cuando las sanciones previstas para tales ilícitos no fueran privativas de libertad. Que la opción sea el Derecho penal –y no un Derecho administrativo–, supone una importante ventaja, a saber, su dimensión comunicativa. Lo anterior, debido a su mayor neutralidad respecto a la política, como, asimismo, la imparcialidad que ofrece en el plano jurisdiccional. Este autor plantea que un Derecho penal más alejado del núcleo de lo criminal y más próximo de las sanciones administrativas permitiría flexibilizar los criterios de imputación y las garantías político-criminales. Es decir, manteniendo la judicialización y el carácter “penal” del injusto y de la sanción, no podrían imponerse penas privativas de libertad. Para este efecto, propone un Derecho penal con dos bloques de ilícitos –o Derecho penal de dos velocidades–. Por un lado, para el núcleo duro de delitos, un modelo clásico de imputación con las máximas garantías, asignándole las penas privativas de libertad, y por otro, en el que cabría el Derecho penal económico, un modelo con reglas de imputación y de garantías más flexibles, pero con otra clase de sanciones.

IV. DISTINCION ENTRE EL INJUSTO PENAL Y EL INJUSTO ADMINISTRATIVO

1. Lo expuesto precedentemente nos obliga, para su cabal comprensión, a precisar cuándo estamos frente a una u otra clase de injusto. Solo así puede precisarse qué clase de reacción puede esperarse del ordenamiento jurídico. Sin entrar en mayores disquisiciones⁶⁹, es necesario conocer cuáles son los baremos que se han de considerar y que permitirían trazar una línea

⁶⁷ Próximo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal...*, p. 29.

⁶⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, pp. 120-121, pp. 124-127.

⁶⁹ Cfr. entre otros, TORÍO LÓPEZ, “Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)”, en: *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T. III, Madrid, 1991, pp. 2529 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, “¿Política criminal...?”, pp. 441 y ss.; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, I, 5ª ed. Madrid, 1996, pp. 43 y ss.; QUINTERO OLIVARES, “La autotutela, los límites del poder sancionador de la Administración pública y los principios sancionadores del Derecho penal”, *Revista de Administración Pública*, N° 126, 1991, pp. 253 y ss.; SUAY RINCÓN, *Sanciones administrativas*, Zaragoza, 1989, pp. 73 y ss.; PARADA VÁSQUEZ, “El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal”, *Revista de Administración Pública*, N° 67, 1972, pp. 41 y ss.; POLAINO NAVARRETE, “Delimitaciones jurídicas del sistema punitivo: Derecho penal criminal y Derecho administrativo sancionador”, en: *Criminalidad actual y Derecho penal*, Colección: Estudios Criminológicos, Córdoba, 1988, pp. 47 y ss.; DOLCINI, “Sui rapporti fra tecnica sanzinatoria penale e amministrativa”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1987, pp. 777 y ss.; DOLCINI/PALIERO, “L’illecito amministrativo nell’ordinamento della Repubblica Federale di Germania: disciplina, sfera di applicazione, linee di politica legislativa”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1980, pp. 1134 y ss.; DELMAS-MARTY, “I problemi giuridici e pratici posti dalla distinzione tra Diritto penale e Diritto amministrativo penale”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1987, 731 y ss. Para un estudio sobre la evolución histórica y el Derecho comparado, MATTES, *Problemas de Derecho penal administrativo*, (trad. J. M. Rodríguez Devesa), Jaén, 1979; PALIERO, “Il “Diritto penale-amministrativo”: profili comparatistici”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1980, pp. 1254 y ss.

divisoria más o menos clara entre uno y otro injusto. Si bien esta materia ha sido fuente de importantes discusiones doctrinarias, las diferencias no habría que buscarlas en las teorías clásicas de fundamentación ética ni en las de orden cuantitativo⁷⁰, pues lo esencial no va a estar dado solo en la configuración del injusto, sino también deben considerarse los criterios con que han de contemplarse ambos injustos, tanto de imputación como garantísticos. Precisamente, son estas garantías que rodean la infracción penal, y que reafirman su "carácter", las que permite introducir una *perspectiva de diferenciación cualitativa*, y que deben manifestarse en la manera de cómo debe entenderse la *lesividad* de uno u otro injusto. Lo determinante será, pues, el empleo de un *criterio teleológico*, que permita distinguir los *finés*, tanto del Derecho penal como los del Derecho administrativo sancionador⁷¹. En efecto, como ha puesto de relieve Torío López⁷², la diferencia entre ambos sería de carácter valorativo, esto es, la distinción entre ambas formas de injusto, supone que previamente se haga una apreciación estimativa, a fin de determinar si el injusto determinado es merecedor de una sanción penal o solo de una sanción administrativa⁷³.

Para Torío López el que se recurra al procedimiento valorativo presupone "un conocimiento cuidadoso de la materia que venga en consideración (por ej. infracciones tributarias, infracciones de tráfico, infracciones sociales, urbanísticas, ecológicas, etc.). La descripción rigurosa, el conocimiento de las propiedades materiales del comportamiento, de su dirección de ataque, de su contradicción con la conciencia ético-social, etc., son presupuestos indispensables de la ulterior valoración jurídica. Las propiedades y naturaleza de las cosas no son indiferentes axiológicamente. La naturaleza del interés atacado puede ser determinante de la decisión político jurídica"⁷⁴.

2. Si bien, la delimitación puede resultar algo difusa, conforme al método valorativo, es posible señalar que existen ámbitos o zonas que nunca pueden ser consideradas como infracciones administrativas. A mi modo de ver, la distinción entre ambas clases de injustos sería más difícil de efectuar desde las tesis cuantitativas, desde el momento en que se parte de la premisa de que entre ambos injustos no hay diferencias materiales y que solo es una cuestión de grados⁷⁵. De acuerdo a estos planteamientos, el legislador realiza un *un juicio de valor* a

⁷⁰ La primera funda la distinción en el carácter éticamente reprochable del ilícito penal por la lesión al bien jurídico, en cambio el ilícito administrativo es un acto de valoración neutra. La tesis cuantitativa marca la diferencia en el mayor contenido de injusto del ilícito penal. Al respecto, cfr. CEREZO MIR, *Curso...*, I, pp. 45-52; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, PG, 4ª ed., Valencia, 1996, pp. 48-52.

⁷¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, pp. 102 y ss.; el mismo, "¿Política criminal...", p. 442.

⁷² Cfr. TORÍO LÓPEZ, "Injusto penal...", p. 2539; En contra, JESCHECK, *Tratado de Derecho penal* (trad. F. Muñoz Conde/S. Mir Puig), Vol. I, Barcelona, 1981, p. 81; CEREZO MIR, *Curso...*, I, p. 52, para quienes las diferencias serían solo de orden cuantitativo.

⁷³ Cfr. AMELUNG, "Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin" (trad. J-M Silva Sánchez), en: SCHÜNEMANN (Comp.) *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, pp. 98-99, quien construye grupos de casos para determinar cuando recurrir a medios jurídico-penales en vez de reacciones propias del Derecho administrativo. Para PALIERO, "La sanción administrativa como medida moderna en la lucha contra la criminalidad económica" (trad. C. Suárez González), en: VVAA, *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 475 (= RTDPE, 1993, pp. 1021 y ss.), el único elemento seguro de diferenciación entre sanción criminal y sanción administrativa es que, respecto de esta última, falta la estigmatización, es decir, la degradación del condenado bajo el aspecto ético-social; asimismo, PALIERO/TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988, p. 22; CADOPPI, "Il ruolo delle *Kulturnormen*...", pp. 298-299, propone que en lo fundamental, la distinción entre el ilícito penal y el administrativo, no está en cuanto a estimar aquella como única conducta que debe ser estimada como "éticamente reprochable", sino que es la única conducta que debe ser considerada "criminal" para la *Kulturnormen*. Es decir, se reputa criminal aquella conducta que la *conciencia social* cree digna de ser sancionada con una pena privativa. De este modo se protege el principio de subsidiariedad, pues solo sobre el ilícito penal recaerá el estigma, en el ámbito de la *Kulturnormen*, de comportamiento de carácter criminal.

⁷⁴ TORÍO LÓPEZ, "Injusto penal...", p. 2541.

⁷⁵ Así, JESCHECK, *Tratado...*, I, p. 81; GARRIDO MONTT, *Derecho penal*, PG, T. I, Santiago, 1997, pp. 85-86; CURY URZÚA, *Derecho penal*, PG, T. I, 2ª ed., Santiago, 1992, p. 76.

fin de redistribuir las materias, que es *a posteriori*, es decir, dando ya por sentado el presupuesto anterior. En cambio, las perspectivas valorativas parte de consideraciones *a priori*, esto es, conforme a un proceso lógico previo se obtienen los datos necesarios para fundamentar una valoración jurídica, que permita a su vez distinguir entre ambos injustos⁷⁶. Para ello es preciso tener en cuenta los fines que se proponen. Así, mientras el Derecho penal lo que pretende es proteger bienes jurídicos concretos respecto de hechos determinados, conforme a criterios de lesividad concreta y de imputación individual, en el Derecho administrativo sancionador solo se dirige a mantener el orden en determinados sectores, procurando el buen funcionamiento del sistema; en consecuencia, no se rige por criterios de lesividad concreta, sino de afectación general, estructural.

Para Jakobs⁷⁷ la infracción de las normas que conforman el ámbito central o nuclear solo pueden ser calificadas como infracción penal. Esto es, cuando se ataca a bienes estimados centrales o capitales, solo pueden ser considerados como delitos o en su caso, atípicos, pero jamás infracciones administrativas, pues de ser así, existe el grave riesgo de desplazar, inadecuadamente, partes que son estimadas imprescindibles para la identidad de la sociedad⁷⁸.

3. Precisamente, aquellos ámbitos o zonas respecto de los cuales solo cabe la protección penal, deben tener como referencia la persona humana. En este sentido, no pueden incriminarse modalidades de ataque a bienes que no redunden en peligro grave para los individuos. Es necesario evitar la creciente tendencia de incriminar los llamados "delitos de víctima difusa" en los que más bien se expresan objetivos de organización política, económica y social, y en los que lejanamente se afecta al individuo⁷⁹. Ciertamente, en estos casos en los que no se persiguen criterios de lesividad concreta ni de imputación individual, sino de afectación general; es decir, cuando lo que se busca es precisamente regular *ámbitos sectoriales*, como el tráfico vial o la competencia, en donde no se percibe una referencia a la persona como ser individual, debe recurrirse a las infracciones administrativas. Teniendo presente, pues, que esta vía lo que pretende es *disciplinar, organizar actividades sectoriales*, nada impide entonces que se adelante la barrera protectora, de forma tal, que se castiguen conductas que solo puedan poner en peligro el buen funcionamiento de estas actividades. Sería bastante discutible, desde luego, que para esto último se recurriera a mecanismos jurídicopenales⁸⁰. En efecto, siendo el interés primordial del ámbito administrativo sancionador el castigar aquellas conductas perturbadoras de modelos sectoriales de gestión —o del buen orden del sector determinado—, no es preciso atender a un riesgo concreto imputable personalmente. Por tanto, para estos efectos, no será relevante que la conducta sea perturba-

⁷⁶ Como certeramente apunta TORÍO LÓPEZ, "Injusto penal...", p. 2544, si no hay diferencias materiales, cómo fundamentar entonces la responsabilidad de las personas jurídicas, si en Derecho penal rige el principio *societas delinquere non potest*. Estas no podrían infringir el Derecho y por tanto, tampoco ser sancionadas, ni siquiera administrativamente.

⁷⁷ Cfr. JAKOBS, *Derecho...*, p. 68.

⁷⁸ JAKOBS, *Derecho...*, pp. 68-69, pone como ejemplo la tentativa de homicidio en caso menos grave. Si bien puede estimarse como un caso de bagatela, debe relacionarse este en el contexto normativo en que se mueve, y es en el de las normas pertenecientes al ámbito central. Por tanto, si esta conducta se castiga, solo lo será como delito, pero jamás como infracción administrativa, pues de ser así —estimándola en el mismo nivel de la emisión de ruidos molestos— desprendería el firme anclaje de la prohibición de matar en el ámbito central.

⁷⁹ Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 291, quien agrega que aquello no significa evitar la protección penal de los llamados bienes universales, como la Administración pública o de Justicia, las instituciones económicas, etc., pero es necesario para ello concebir dichos bienes en un sentido *instrumental* respecto de la persona humana.

⁸⁰ Pues como señala SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, p. 107, el Derecho penal no solo asumiría el modo de razonar propio del Derecho administrativo sancionador, sino que también se convertiría en un Derecho de gestión ordinaria de problemas sociales. Esta es una de las características que se aprecia en el Derecho penal de las sociedades postindustriales.

dora de un bien jurídico ni será preciso un análisis de lesividad concreta, pues la acción observada aisladamente, no configura un riesgo ni siquiera abstracto. Sí, en cambio, deben tomarse en cuenta cuando aquellas conductas representan, en términos estadísticos, globales, un peligro para el modelo sectorial de gestión.

V. ¿PROFUNDIZACION DE UN DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR?

1. Teniendo en cuenta las premisas que se han expuesto y desarrollado a lo largo de este trabajo, y ante la necesidad de buscar los mecanismos que den solución al conflicto que plantea la protección de ciertos intereses colectivos, me hacen pensar que el *iter* a seguir es el de profundizar un Derecho administrativo sancionador. Desestimar este camino y seguir insistiendo por la intervención penal, se corre el riesgo de generar una disociación entre el régimen jurídico de imputación que se quiere imponer y las *necesidades que exige* un determinado sistema organizativo. En efecto, si consideramos que, por un lado, lo fundamental en determinadas esferas es la ordenación de actividades sectoriales, esto es, procurar el adecuado funcionamiento de operaciones globales, y, por otro, la falta de concreción de bienes jurídico-penales y de conductas que supongan un riesgo jurídico-penalmente relevante, la aplicación de sanciones penales constituirá una afectación al principio de proporcionalidad, al no existir una relación entre las consecuencias jurídicas de un determinado sistema y la configuración teleológica de una organización⁸¹.

2. Una vez precisado el modelo sancionador que debe aplicarse, la pregunta que cabe formular ahora es: *¿se gana en el plano preventivo empleando sanciones administrativas?* Me parece que sí, pero para ello es preciso atender a ciertas premisas. *Dirigiendo* las sanciones únicamente dentro de la esfera económica –de orden pecuniario–; esto es, que haya una clara relación entre el castigo que se impone y la “pérdida” de los beneficios económicos ilícitamente obtenidos, supone un fuerte “condicionamiento” en la actuación de los agentes, por cuanto su comportamiento está motivado por la consecución de ese fin, como sucede, fundamentalmente, en esta esfera de ilícitos⁸². A lo anterior debe unirse, para que se logre un real efecto preventivo, que haya una *certeza en la aplicación de la sanción*, evitando con ello que los sujetos ejecuten comportamientos que supongan riesgos genéricos. Así, pues, la mayor certeza podrá compensar la imposición de sanciones menos severas, ya que, en definitiva, tales conductas, si bien no constituyen un riesgo ni siquiera abstracto de lesividad, pueden alterar, en cambio, el buen orden de un sistema. Si lo que se pretende, por tanto, es *celeridad* y *certeza* el único camino, a mi modo de ver, es la asunción de estas funciones por órganos es lo que pueda esperarse un interés mayor por mantener la *observancia de la norma*, dotándola así del suficiente contenido de *efectividad*⁸³. En todo caso, para la obtención de estos propósitos es esencial proveer a las instituciones de instrumentos eficaces, tanto para la investigación como para la imposición de las sanciones, a fin de que estas produzcan un efectivo *impacto* entre los distintos agentes dada la *posibilidad cierta* de su aplicación.

⁸¹ MIR PUIG, *Introducción...*, p. 160, destaca lo inoportuno que resulta prescindir de la proporcionalidad, desde un punto de vista preventivo, que requieren las valoraciones ético-sociales.

⁸² En este sentido, PALIERO, “La sanción administrativa...”, p. 475: “Constituye algo notorio y documentado que la homogeneidad, por así decir “funcional”, entre sanción e ilícito representa –en términos de “contraimpulso”– un fuerte elemento de prevención general y especial sobre todo en los ámbitos criminológicos caracterizados por esquemas de actuación racional, por la *racionalidad del fin*: como marcadamente es el comportamiento económico” (la cursiva en el original).

⁸³ Es preciso evitar lo que PALIERO, “La sanción administrativa...”, p. 474, denomina *efecto de impulso pasajero*, es decir, toda *nueva* norma conlleva un importante grado de observación. Sin embargo, transcurrido un tiempo esta disminuye, en la medida en que se relajan los controles y se reducen los “temores” a ser descubierto dado que se ha “valorado” el alcance que puede tener la norma.

3. Ciertamente, la demanda de efectividad que le son reclamadas a estas clases de normas podría encontrar algún reparo en el ámbito de las exigencias garantísticas. Antes que nada, y como es sabido, el ilícito administrativo lejos está ya de los planteamientos rudimentarios propios del derecho de policía, caracterizado más bien por su arbitrariedad. Por el contrario, se ha ido desarrollando un Derecho sancionador, en el que se han incorporado principios garantísticos propios del Derecho penal⁸⁴. Requerimientos que hoy, en Europa, han encontrado un fuerte apoyo, tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). Puede decirse, por tanto, que tales formalidades integran el patrimonio jurídicosancionador europeo, y no cabe su vulneración. Por consiguiente, la discusión no debe centrarse en si concurren o no —está claro que sí—, sino *cuál ha de ser el grado de intensidad que le son exigibles*. Para poder responder a este interrogante, es indispensable tener en consideración las consecuencias jurídicas que se quieren imponer en un determinado sistema sancionador.

Hoy se entiende que la potestad penal *stricto sensu* y la potestad administrativa sancionadora son expresión de un mismo *ius puniendi*⁸⁵. Es decir, conforman lo que se ha dado en llamar un *Derecho penal en sentido amplio*, al compartir una sustancia común. Si bien existen diferencias entre estas ramas, en lo fundamental constituyen una manifestación de la reacción estatal principalmente represiva. Asimismo, ambos sistemas tienen una vocación preventiva y se hallan “formalizadas”, lo que otorga a los destinatarios de las normas el necesario grado de seguridad jurídica⁸⁶. La moderna doctrina administrativista es consciente de la proximidad que existe entre ambas ramas y que, en definitiva, son expresiones de un mismo ordenamiento punitivo del Estado. Así, para Nieto García la discusión no se centra en “si” deben aplicarse los principios de Derecho penal, sino “qué” principios y “hasta qué punto”. Bajo esta perspectiva, este autor señala que deben imponerse los principios punitivos constitucionalizados, que se entienden *communes* a todo el ordenamiento punitivo del Estado, aunque procedan del Derecho penal⁸⁷. Ha sido conforme a la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales europeos⁸⁸ y del TEDH como se ha ido desarrollando un concepto de Derecho penal material más amplio que el formal, y que no abarca solo el Derecho penal criminal, en el sentido de un Derecho penal formalmente regulado en los Códigos penales, cuya aplicación solo le corresponda a los jueces, sino también, el Derecho administrativo sancionador, por cuanto ambos son manifestación de la reacción punitiva del Estado⁸⁹. Por tanto, lo fundamental no estará

⁸⁴ Así, NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo...*, pp. 182-183, quien en pp. 49 y ss., hace un análisis de la evolución histórica de esta disciplina; PALIERO, “La sanción administrativa...”, p. 483.

⁸⁵ Sobre el concepto del *ius puniendi* único del Estado, cfr. NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo...*, pp. 80 y ss.; DE PALMA DEL TESO, *El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador*. Madrid, 1996, pp. 35 y ss.

⁸⁶ Para PALIERO/TRAVI, *La sanzione...*, pp. 89 y ss., p. 105, en la sanción administrativa se observa también una orientación preventiva general y especial propios de la pena criminal; CARRETERO PÉREZ/CARRETERO SÁNCHEZ, *Derecho administrativo sancionador*, 2ª ed., Madrid, 1995, p. 173, señalan que cualquiera de las características propias de la pena pueden aplicarse a las sanciones administrativas: finalidad preventiva general y especial, responsabilidad del autor frente al Estado, protección de bienes jurídicos. Por otro lado, la característica fundamental que distingue las sanciones punitivas de las restitutorias es que en aquellas son instrumentos preventivos orientados hacia la protección de bienes jurídicos, por tanto, la sanción para el autor de la infracción tiene un carácter afflictivo. En cambio, las medidas resarcitorias pretenden la eliminación del daño causado o del provecho obtenido. Sin perjuicio de lo anterior, es preciso recalcar que, entre ambos tipos de sanciones los límites no son tan nítidos, pues en la esfera del Derecho penal se comienza a concebir a la *reparación* como un mecanismo eficaz —con carácter preventivo general y especial— que puede contribuir a la realización de los fines del Derecho penal. Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, “Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de ‘reparación’”, *Poder Judicial*, N° 45, 1997, pp. 183 y ss.

⁸⁷ Cfr. NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo...*, pp. 167-168.

⁸⁸ En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional español, 120/94, de 25 de abril (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional* N° 157, 1994, p. 168 y ss.), que habla de la identidad material entre la infracción administrativa y el delito. Así también se ha pronunciado el Tribunal Supremo español, *Vid.* NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo...*, pp. 85 y ss.; SUAY RINCÓN, *Sanciones...*, pp. 165 y ss.; DE PALMA DEL TESO, *El principio...*, p. 30.

⁸⁹ Así, VOGEL, “Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts”, *Juristenzeitung*, 1995, pp. 336-337; HEITZER, *Punitiva Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht*,

dado por el “etiquetamiento” que pueda efectuar el legislador, sino que –como ya se ha dicho– persigan fines represivos. El TEDH ha elaborado un concepto de “materia penal” amplio, con el objeto de poder interpretar las disposiciones del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH). Así, pues, la calificación de un hecho como “penal” o “administrativo” que pueda hacer el legislador nacional debe ser tenida en cuenta, mas no será decisiva. Para ello es preciso considerar otros factores, a saber, la naturaleza tanto de la infracción como de la sanción, y la gravedad de esta. En la medida en que el precepto no configure un deber particular, sino que se dirija a la colectividad, conforme a un modelo preventivo general, y la sanción tenga un propósito disuasivo y represivo, existe una *afinidad* entre la sanción administrativa y la criminal y, por tanto, son aplicables las garantías del CEDH⁹⁰. Fundamental ha sido, en este sentido, la sentencia *Öztürk*⁹¹, que se pronunció sobre la naturaleza de una sanción, si esta podía o no estimarse incluida dentro de la “materia penal”, con independencia del *nomen iuris*, es decir, de la calificación otorgada por el legislador nacional. El TEDH en su resolución desestimó la designación estatal, pues consideraba que no era posible eximir la aplicación del CEDH –y con ello defraudar su alcance– a sanciones de naturaleza similar a las penales, simplemente a través de un cambio de denominación. De esta manera, al determinarse que *la infracción administrativa era de naturaleza penal, pues la norma se dirigía a toda la ciudadanía y la sanción tenía un doble carácter punitivo-preventivo, debían aplicarse las disposiciones del CEDH y por tanto, las garantías allí establecidas*⁹².

4. En doctrina se ha discutido si corresponde exigir una identidad de garantías para todas las sanciones punitivas o si es posible, en su caso, una menor exigencia garantística tratándose de las sanciones administrativas⁹³. En general, los que plantean las tesis identificadoras⁹⁴ sostienen que no existen diferencias cualitativas entre ambas sanciones y que las sanciones administrativas pueden llegar a ser tanto o más graves que las penales. Además, como en uno y otro caso se ven afectados derechos del individuo, se justifica el recurso a similares garantías. Tales planteamientos pueden refutarse desde una doble perspectiva: por un lado, no es cierto que exista una igual severidad, las penas pueden afectar esferas básicas del individuo –libertad de movilización–. Asimismo, el carácter estigmatizador que es consustancial a las

Heidelberg, 1997, p. 10-13, aborda el desarrollo del Derecho penal en sentido amplio (*Strafrechts im weiteren Sinne*) en Alemania. En p. 17, hace presente que las diferencias puntuales que presenta el Derecho penal *stricto sensu*, son las siguientes: la autoridad que impone la sanción; la posibilidad de establecer penas privativas de libertad y el carácter estigmatizador de sus penas; para SILVA SÁNCHEZ, “¿Política criminal...”, p. 447, las diferencias entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador vienen determinadas de manera no irrelevante por la imposición de penas privativas de libertad, de modo de que si se impone otro tipo de penas, en particular pecuniarias, podría llegarse a sentar una mayor proximidad entre ambos.

⁹⁰ Cfr. PALIERO/TRAVI, *La sanzione...*, pp. 153-155.

⁹¹ Sentencia *Öztürk* de 21 de febrero de 1984 (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional* N° 45, 1985, pp. 80 y ss.).

⁹² Sobre este punto, la sentencia *Öztürk*, en el fundamento 49, señala: “El Convenio no se opone a las tendencias hacia la ‘despenalización’ existentes –bajo formas muy diversas– en los Estados miembros del Consejo de Europa; y el Gobierno, con razón, insiste en este extremo. Sin embargo, si los Estados contratantes pudieran a su gusto, calificando una infracción como ‘administrativa’ en lugar de penal, prescindir de las normas fundamentales de los artículos 6 y 7, la aplicación de estas se subordinaría a su voluntad soberana. Una amplitud así podría llevar a consecuencias incompatibles con el objeto y finalidad del Convenio”. Para un análisis de la sentencia, cfr. PALIERO, “‘Materia penale’ e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: una questione ‘classica’ a una svolta radicale”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1985, pp. 894 y ss.; RUBIO CASAS, “Potestad sancionatoria de la Administración y garantías del administrado: comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984: el caso *Öztürk*”, *Revista de Administración Pública*, N° 104, 1984, pp. 375 y ss. Sobre el concepto “materia penal” elaborado en el TEDH, vid. DELMAS-MARTY/TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger?*, Paris, 1992, pp. 165-169.

⁹³ Para mayor detalle, CID MOLINÉ, “Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)”, *Revista de Administración Pública*, N° 140, 1996, pp. 131 y ss.

⁹⁴ Entre otros, cfr. SUAY RINCÓN, *Sanciones...*, p. 73 y ss.; PRIETO SANCHÍS, “La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 4, 1982, pp. 99 y ss, p. 102.

sanciones penales, comporta un reproche social del que carecen las sanciones administrativas⁹⁵. Por otra parte, y como ya se ha hecho presente, no debe olvidarse las *finalidades* que persigue uno y otro ordenamiento –y que los distingue cualitativamente–. Así, mientras el Derecho penal lo que se propone es la protección de bienes jurídicos concretos respecto de hechos determinados, conforme a criterios de lesividad concreta y de imputación individual, en el Derecho administrativo sancionador solo se busca la mantención del orden en determinados sectores, procurando el buen funcionamiento del sistema; por tanto, no se rige por criterios de lesividad concreta, sino de afectación general, estructural⁹⁶. Pues bien, evidentemente estas consideraciones suponen importantes consecuencias en el plano de las exigencias garantísticas⁹⁷. Me inclino por pensar que una identidad no solo no corresponde, teniendo en cuenta las finalidades que persiguen ambos ordenamientos, sino que, además, puede restar eficacia y “agilidad” al Derecho administrativo sancionador, afectando su cometido⁹⁸. Teniendo presente, pues, que las altas cotas garantísticas del Derecho penal se hallan en estrecha relación a sus consecuencias jurídicas –de mayor severidad– que se derivan por la comisión de un injusto penal –afectación a un bien jurídico-penal–, es posible sostener que para el Derecho administrativo sancionador estas exigencias puedan matizarse, no dotándolo del “detallismo” que es propio del Derecho penal, en la medida que aquí lo que interesa no es una conducta jurídico-penalmente relevante, sino el lograr un adecuado funcionamiento sectorial⁹⁹. Es decir, su atención debe centrarse en aquellas conductas que globalmente afecten el buen orden y para ello, no sería preciso recurrir a las sanciones penales. Por tanto, principios garantísticos como el de lesividad o el de ofensividad no se verían afectados por el adelantamiento de la barrera protectora –castigando conductas que solo de manera “abstracta” ponen en peligro un bien– puesto que lo que interesa evitar son aquellos comportamientos que, de modo general, alteran modelos de gestión.

⁹⁵ Así, CID MOLINÉ, “Garantías y sanciones...”, p. 143, señala que las penas patrimoniales no suponen una alteración grave de los planes de vida del individuo, pues no elimina ninguna esfera de libertad de actuación, solo la restringe. Asimismo, las penas representan una identificación del individuo como desviado, lo que comporta una distancia social, situación que también se presenta con la imposición de multas penales (n. 13); para QUINTERO OLIVARES, “La autotutela...”, p. 259, las penas son consecuencias jurídicas de un delito y, por tanto, instrumentos político-criminales sujetos a ciertos límites y fines: intervención mínima, última ratio, reinserción, etc. Ninguna de estas características se predicen para las infracciones y sanciones administrativas.

⁹⁶ Para NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo...*, p. 185, el Derecho administrativo sancionador es sustancialmente un Derecho de riesgos, por el que se quiere evitar la producción, en general, de resultados lesivos.

⁹⁷ Partidarios de las tesis diferenciadoras, entre otros, CID MOLINÉ, “Garantías y sanciones...”, pp. 141 y ss.; QUINTERO OLIVARES, “La autotutela...”, pp. 254 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, pp. 117-118; el mismo, “¿Política criminal...”, pp. 447-448.

⁹⁸ Para QUINTERO OLIVARES, “La autotutela...”, p. 254, nunca puede ser “lo mismo” el Derecho penal y el Derecho sancionador, por lo que extender a este todo el sistema penal, acarrearía su esclerosis, consecuencia no deseable, pues de su eficacia depende el bienestar colectivo.

⁹⁹ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, “¿Política criminal...”, p. 448: “La disminución de garantías –de ‘detallismo’ dogmático– podría explicarse en el Derecho penal socio-económico en la medida en que en este se generalicen sanciones pecuniarias o privativas de derechos y no privativas de libertad. Ello explicaría que la dogmática en el *Ordnungswidrigkeitenrecht* sea menos fina o que, en todo caso, en el Derecho administrativo sancionador no tengan por qué darse necesariamente los elementos que reivindicamos para el Derecho penal criminal”; Cfr. además, NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo...*, pp. 173-174, aseverando que los principios del Derecho penal que han de aplicarse en el Derecho administrativo sancionador no lo serán de manera mecánica, sino con matices, esto es, adaptados al campo que los importa. Este autor es consciente de las dificultades que significa determinar la intensidad de tales matices; REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Madrid, 1989, pp. 440 y ss.