

Contribución al esclarecimiento de los fundamentos de legitimidad de la protección penal de bienes jurídicos colectivos por el Estado social y democrático de Derecho(*)

Prof. Dr., Dr. h.c., Dr. h.c. Luis Gracia Martín(**)

1. Que el poder penal en cualquiera de sus manifestaciones está sujeto hoy a límites específicos muy estrictos y que su inobservancia tiene que hacer ilegítimo el ejercicio de semejante poder, son afirmaciones que actualmente tienen la fuerza de lo asertórico, es decir, una validez que no precisa de demostración alguna y que condiciona asimismo la validez de todo objeto y de todo enunciado de criminalidad. Aquellos límites derivan específicamente al ámbito político-criminal, de la limitación del poder estatal por la “idea del Estado de Derecho” que, prescindiendo de los antecedentes, se debe al pensamiento ilustrado de la segunda mitad del siglo XVIII y de principios del XIX, y se desarrolló posteriormente por los iusadministrativistas alemanes[1]. A diferencia del poder absoluto del soberano en el Estado absolutista, que le facultaba para determinar –e intervenir en– la vida de sus “súbditos” de modo arbitrario y discrecional (*non ratio, sed voluntas facit legem*), el ejercicio de todo poder y actividad del Estado de Derecho se encuentran sujetos al Derecho y limitados por éste (*non voluntas, sed ratio facit legem*)[2]. Estos límites fijados por el Derecho operan como garantías para las esferas de libertad de los ciudadanos frente al poder estatal.

2. Uno de los límites del poder punitivo más importantes, lo representa el concepto material de delito, desarrollado a partir de la invención política ilustrada del “objeto” del delito[3], y hoy reconocido como garantía fundamental del ciudadano en el Estado de Derecho[4]. Este concepto determina las condiciones (materiales) que han de darse necesariamente para que un hecho pueda ser sometido legítimamente a una pena estatal y, de este modo, traza el límite a partir del cual ya no debe ser posible ningún ejercicio legítimo del poder penal[5]. El concepto material de delito vincula principalmente y sobre todo –aunque no sólo– al legislador, pues si la definición legislativa de un tipo de hechos como punible es la primera –y por exigencias del principio de legalidad, necesaria– secuencia del sometimiento legítimo de los mismos a la pena estatal, entonces aquel concepto tiene que operar por fuerza como baremo crítico de enjuiciamiento de la legitimidad de la definición formal de hechos punibles por el legislador[6]. Pese a la relativa inseguridad crónica de que adolece desde el principio la determinación del contenido del concepto material de delito, no parece que haya ningún motivo relevante que fuerce a prescindir de los principios liberales ilustrados que limitaron el ejercicio legítimo del poder penal por la exigencia de su orientación a la exclusiva protección de bienes jurídicos y esto, además, de modo subsidiario y fragmentario, es decir, sólo frente a lesiones y peligros especialmente graves para aquéllos y como *ultima ratio*. De este modo, delitos en sentido material pueden ser sólo conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos de un modo grave y frente a las que ya no hay disponible ninguna otra reacción legítima que no sea la pena estatal.

3. El debate político criminal del presente se desarrolla precisamente en torno a un concepto material de delito como el descrito, el cual, en principio y no obstante, parece ser compartido en lo esencial tanto por el discurso favorable como por el resistente al reconocimiento de la legitimidad de la protección penal de los nuevos bienes jurídicos colectivos[7]. Estos discursos, sin embargo, se distancian en lo que concierne a la determinación de la clase de objetos susceptibles de ser reconocidos como bienes jurídicos protegibles por el Derecho penal. Para algunos representantes del discurso de resistencia,

muchos de los objetos protegidos por los tipos penales modernos, que son en su mayor parte substratos de carácter colectivo, carecerían de la condición de bienes jurídicos porque no estarían constituidos por ninguna realidad empírica perceptible y susceptible de ser referida a intereses concretos de las personas[8], sino que serían meras funciones, instituciones, modelos u objetivos de organización política, social o económica[9], o bien contextos, entornos o condiciones previas del disfrute de los bienes jurídicos individuales[10]; en fin, sólo objetos ficticios de tutela[11] que sirven de pretexto para una ampliación de la incriminación[12]. El discurso de resistencia deduce de su concepción personal del bien jurídico que incluso en el presente sólo debe ser conforme con el Estado de Derecho un Derecho penal “nuclear” constituido por tipos orientados a la protección de un sistema de bienes jurídicos individuales, y aunque algunos de sus representantes consideran admisible una protección penal de ciertos substratos colectivos, la limitan, sin embargo, a aquellos ataques a éstos que al mismo tiempo pongan al menos en peligro a los bienes jurídicos individuales a los que aquéllos prestan su función[13]. Por otro lado, según el discurso de resistencia, el Derecho penal moderno habría sustituido el modelo de la lesión y del peligro concreto de bienes jurídicos individuales por otro en que predominaría el peligro abstracto, e incluso el presunto[14]. Con esto se desviaría de los principios de lesividad, de subsidiariedad y de ultima ratio, y daría lugar además a la lesión de otras garantías dependientes de ellos, como las que derivan de los principios de culpabilidad y de proporcionalidad[15]. Además, el Derecho penal moderno tendría sólo un carácter simbólico[16], pues los únicos fines del legislador con los nuevos tipos penales son producir en la sociedad y en los individuos el efecto meramente aparente –simbólico– de que con la criminalización de comportamientos conectados a los nuevos riesgos da la solución eficaz demandada, o el efecto pedagógico o educativo –exclusivamente simbólico– de que la población adquiera conciencia de la necesidad de respetar determinados valores, el estándar o el buen orden de determinados sectores de actividad, etc[17]. En fin, estas supuestas amenazas para las garantías del Estado de Derecho[18], llevan a proponer un desplazamiento de todos los ilícitos modernos a otros sectores jurídicos. En Alemania, Hassemer postula reconducirlos a un Derecho de intervención con elementos de Derecho civil y de Derecho administrativo[19], y en España Silva Sánchez ha propuesto la formación de un Derecho penal de segunda velocidad[20] que operaría con garantías más flexibles que el Derecho penal tradicional (de la primera velocidad), pero en el cual, a cambio, no tendrían cabida las penas privativas de libertad[21].

4. El discurso de resistencia propugna así una “retirada” al modelo político-criminal del siglo XIX[22]. Si la sociedad y el Estado de Derecho actuales aún fueran los liberales de aquella época, entonces el modelo penal reivindicado por el discurso de resistencia sería uno plenamente válido en el presente. Pero hoy aquello ya no es más así[23]. Los nuevos fenómenos y conflictos provocados por la evolución social no pueden ser afrontados ni resueltos por el Estado liberal, y por otra parte esa evolución ha propiciado además el brote de condiciones con un cierto potencial para una realización efectiva de la libertad, de la igualdad y de la justicia substanciales que sólo un nuevo Estado de carácter social y democrático está en condiciones de poder llevar a cabo[24]. Estas nuevas condiciones no sólo tienen que invalidar ya, al menos, a ciertos enunciados liberales perversos enquistados en el discurso de criminalidad, sino también permitir integrar en éste a otros que apuntan a la realización efectiva de aquéllos valores, pues éste es el fin del nuevo Estado, cuyo carácter social y democrático lo hace sin la menor duda más Estado de Derecho que el liberal porque, a diferencia de éste, lo es en sentido material y no sólo formal[25]. Y puesto que el Derecho penal tiene que seguir el camino trazado por la evolución de la sociedad y del Estado[26], el discurso de resistencia ya no puede pretender hoy validez alguna porque,

como ha dicho García-Pablos, su cobertura ideológica “no se aviene a los postulados del Estado social de Derecho” y lo hace “perverso y regresivo”[27].

5. Contra lo que afirma el discurso de resistencia, el de modernización sólo plantea una adecuación del Derecho penal a las nuevas realidades sociales y al Estado social, pero con esta adecuación no se desvía para nada ni flexibiliza lo más mínimo los principios y garantías del Estado de Derecho[28], sino que más bien y como precisa Bustos, los profundiza para realizarlos en toda su plenitud[29]. El Derecho penal moderno es, además, un claro exponente de realización plena de los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de subsidiariedad y de ultima ratio[30]. Y es que, contra lo que pretende el discurso de resistencia, como ha afirmado Bustos, con el reconocimiento de bienes jurídicos colectivos no sólo no se abandona el concepto de bien jurídico sino que, por el contrario, se sobrepasan sus límites formales y se llega a una concepción material de él, y puesto que aquéllos bienes son condiciones de posibilidad de la realización de la libertad y de la igualdad substanciales, su protección penal es una exigencia indeclinable para un Estado que tiene que garantizar aquella realización[31]. La modernización se considera entre sus defensores una exigencia ética y política del presente precisamente como condición de posibilidad de la realización efectiva de las garantías del Estado de Derecho (social y democrático)[32]. Por ello, el discurso de resistencia es contrario al Estado de Derecho, y no el de modernización, que es conforme con él en todo, tal y como se tiene que poder demostrar con la elaboración de un concepto material de delito que, conforme a las exigencias ético-políticas y de justicia material del Estado social, alcance a la dañosidad social de ciertas agresiones y lesiones de bienes colectivos que tienen que percibirse hoy como elementales, y algunos incluso como de rango superior a otros individuales, como tendría que parecer obvio respecto del ambiente y los recursos naturales en comparación con la propiedad privada. Por ello, una tarea fundamental del discurso de modernización es la de profundizar el principio de protección de bienes jurídicos y desarrollar de ese modo los argumentos que permitan legitimar la protección de los nuevos bienes jurídicos colectivos bajo determinadas condiciones.

6. En sentido formal, bien jurídico es “todo bien, situación o relación deseados y protegidos por el Derecho”[33]. En sentido material, sin embargo, no parece posible aprehenderlo en la forma de un “concepto” clasificatorio[34], sino sólo como un “tipo” o directriz normativa[35]. Alcácer Guirao advierte con razón que “más importante que el mero concepto de bien jurídico es el programa ético-político del que deban emanar los fundamentos, y los argumentos, de lo que se considera valioso”[36]. El bien jurídico no es ni un objeto de la realidad en cuanto tal[37] ni un valor ideal[38], sino una “composición” o síntesis entre un substrato de la realidad (objeto de valoración) y una determinada valoración de éste (valoración del objeto)[39]. El substrato es siempre una realidad con consistencia física o incorporal[40], la valoración tiene que derivarse de las “directrices axiológicas” del programa ético-político fijado[41], y la relación entre el uno y la otra es de interdependencia, pues un substrato real sólo puede obtener el valor de bien jurídico en virtud de su potencial de realización de los fines y objetivos del programa ético-político. Los substratos de los bienes jurídicos son así instrumentos que proporcionan “posibilidades de acción” para el logro de fines y de metas legítimos mediante su “potencial de realización” de éstos[42]. Por esto, los bienes jurídicos tienen que comprenderse y explicarse como instrumentos dinámicos y funcionales[43], pues si como advirtió Welzel, “toda vida social consiste en el uso y consumo de bienes jurídicos”, entonces su existencia sólo puede comprenderse como un “estar en función”[44]. La necesidad de reconocer bienes jurídicos es consecuencia de la escasez de los substratos con potencial de realización, y de que éstos

son susceptibles de usos sólo alternativos y, en la mayor parte de los casos, excluyentes[45]. Si fueran abundantes y susceptibles de uso y consumo ilimitados para cualquiera, entonces no sería necesaria ninguna distribución normativa de ellos conforme a fines ni, por eso, su reconocimiento como objetos dignos y necesitados de protección por el Derecho. Y puesto que la dinámica de los usos y consumos funcionales de bienes jurídicos produce siempre en el contexto social determinados efectos que generalmente tienen que ser soportados por los mismos bienes jurídicos utilizados o por otros distintos[46], de aquí tiene que resultar que, una vez que ya se ha reconocido a determinados substratos reales como bienes jurídicos, tenga que resolverse otra cuestión ulterior cuyo objeto es la decisión política acerca de qué usos y consumos de aquéllos tienen que permitirse y cuáles prohibirse. La necesidad de esta decisión resulta de la escasez de los substratos de los bienes jurídicos, que fuerza a no poder reconocer una libertad ilimitada de uso y consumo de ellos que imposibilitaría toda realización de los fines y objetivos del programa ético-político porque de ese modo se retornaría a un estado de naturaleza con un “derecho” absoluto de todos a todo y, con ello, de guerra de todos contra todos[47]. Por esto, aquella libertad tiene que encontrar un límite infranqueable allí donde el uso y consumo de bienes jurídicos por el individuo tiene como efecto una privación o restricción relevante de las posibilidades de uso y consumo legítimos de ellos por terceros. Puesto que la idea del bien jurídico remite en última instancia a su instrumentalidad para el legítimo autodesarrollo y autorrealización personales y para la satisfacción de necesidades e intereses legítimos[48], de aquí tiene que resultar como algo obvio que, ante todo, las propiedades existenciales y vitales del individuo con potencial de realización de aquéllo tienen que ser reconocidas como bienes jurídicos[49], pero también que la libertad de uso y consumo de estos bienes individuales tiene que encontrar su límite en la salvaguarda de unas mismas posibilidades de uso y consumo legítimos para terceros. Por esto, ya la protección de bienes jurídicos individuales impone una restricción normativa conforme a fines de las posibilidades de acción que proporcionan sus substratos. Ahora bien, de esta dinámica del actuar en la vida social mediante usos y consumos de bienes jurídicos que producen efectos que en la realidad social fáctica recaen también en bienes jurídicos que tienen que soportarlos, de ahí tiene que resultar ahora que el conjunto de éstos reconocido y disponible en una sociedad y época determinadas no pueda comprenderse como una masa atomizada, sino como la “suma” configuradora del “orden social” de la época[50] que forma con todos ellos un “sistema” en que ninguno de ellos debe ser contemplado aisladamente, sino sólo en sus conexiones e interacciones funcionales con los demás y con la totalidad del sistema[51]. Esto se explica en razón de que en los diferentes contextos de la vida social se establecen entre los diferentes bienes jurídicos relaciones de intercambio y de prestación de utilidades de unos a otros para hacer posible la realización de los fines y objetivos del programa ético-político[52] y que influyen en la jerarquización, al menos, abstracta de los bienes[53].

7. La teoría del bien jurídico que acabo de exponer en sus rasgos generales, permite fundamentar y explicar prácticamente como “evidencias” tanto el carácter de bienes jurídicos de las propiedades existenciales y vitales esenciales del individuo[54], como la prohibición y amenaza bajo pena de algunos usos y consumos de ellas dirigidos voluntaria o, en su caso, imprudentemente a la lesión de esos mismos bienes jurídicos[55], pero también debe poder permitir sin necesidad de la mínima modificación[56] la fundamentación y explicación como bienes jurídicos de los substratos colectivos protegidos por los tipos penales modernos, pues si así no fuera, entonces habría que dar la razón en todo al discurso de resistencia a la modernización del Derecho penal. Lo que la teoría del bien jurídico no puede hacer es mostrar como una “evidencia” el carácter de bien jurídico de los substratos colectivos, pero esto no significa que no pueda fundamentarlo y explicarlo, sino sólo que

para esto es necesario un desarrollo argumentativo más amplio y complejo que la teoría personal del bien jurídico no parece dispuesta a hacer porque parece no tener en cuenta que de la evidencia de que todo bien jurídico tenga que estar referido en última instancia a la persona[57], no resulta sin embargo “ningún principio del que se pueda deducir more geométrico cuándo un tipo penal o cuándo un bien jurídico que sirve de base a éste es o no es legítimo”[58]. Además, como sostiene Bustos Ramírez, el concepto de bien jurídico ni viene dado por la naturaleza de las cosas, ni es una revelación metafísica al legislador no susceptible de discusión[59]. Por el contrario, todo bien jurídico surge en la dinámica del funcionamiento de un sistema social determinado con respecto a la conflictividad de intereses y necesidades contrapuestos y, por ello, son producto de decisiones políticas dentro del sistema cuyo contenido “dependerá del grado de democratización de la instancia política de poder y de sus fallos estructurales”[60]. Conforme a la concepción crítica de Bustos[61], el significado y la legitimidad de lo que se protege no surge del bien jurídico mismo, sino más bien de los presupuestos de éste, es decir, de los substratos de la realidad social en torno a los que se configuran “relaciones sociales determinadas” –históricamente condicionadas y, por ello mismo, cambiantes– “en que los individuos se encuentran en determinadas posiciones, intermedian con objetos y entes, e interaccionan socialmente produciendo consecuencias entre ellos y respecto del conjunto de relaciones sociales, es decir, de la totalidad del orden social”, y por ello, los bienes jurídicos son síntesis normativas determinadas de las correspondientes relaciones sociales concretas y dialécticas subyacentes[62]. Por esto, ninguna época puede tomar al sistema de bienes jurídicos válido en la anterior como uno cerrado y válido también para ella, sino como uno abierto a la reconfiguración y a la reordenación que demanden la realidad social y el horizonte del programa ético-político de su tiempo[63]. Ahora bien, si esto es así, entonces el desarrollo cultural y tecnológico, las transformaciones materiales de las relaciones sociales en la sociedad moderna como consecuencia de su dialéctica histórica, y los fines sociales y de democratización materiales atribuidos al Estado social –que en absoluto podría realizar el liberal[64]– tienen que proporcionar argumentos suficientemente válidos para el reconocimiento de la cualidad de bienes jurídicos a determinados substratos colectivos de la realidad social del presente[65].

8. Puesto que lo que se pretende ante todo con el Derecho penal moderno es “añadir” al sistema de tipos penales para bienes jurídicos individuales un “nuevo” sistema orientado a la protección de objetos de distinta naturaleza, el discurso de modernización tiene que desplazar la teoría del bien jurídico a un “campo de la experiencia” distinto del acotado por los enunciados relativos a los bienes individuales, pues de lo que se trata es de encontrar y definir a “otros” substratos distintos que puedan ser también objetos de los enunciados de la teoría del bien jurídico[66]. Por consiguiente, hay que salir del campo de las indiscutidas limitaciones de la libertad de acción para salvaguarda inmediata de bienes jurídicos individuales concretos en situaciones concretas (homicidio, lesiones, estafa, etc. dolosos o, en su caso, imprudentes), y entrar en otro distinto en que lo que se contempla son acciones de uso y consumo de tales bienes –especialmente de la libertad y de la propiedad privada– que no están dirigidas a lesionar ningún otro de la misma clase y que, por eso, parecen tener que estar permitidas. Sin embargo, el que tales usos y consumos no estén en principio prohibidos, no elimina el fenómeno real de que con ellos se habrá producido el efecto pretendido en primera instancia y probablemente también algunos otros que habrán afectado en mayor o menor medida a algún o a algunos otros bienes individuales de terceros. La cuestión, pues, que ahora se plantea es una relativa al significado de estos efectos en la realidad social, y más concretamente a si materialmente son “socialmente dañosos” a pesar de la permisión de las acciones que los han producido y, por consiguiente,

a si éstas deberían prohibirse. Una respuesta válida a esta pregunta sólo puede darla la aplicación de la teoría del bien jurídico a la realidad social concreta que suscita la pregunta y demanda la respuesta, la cual sólo puede comprenderse como una en que de hecho solamente ciertos grupos de individuos gozan de un modo abundante de los potenciales de realización que ofrecen los bienes jurídicos individuales, mientras que la gran mayoría sólo puede disponer de ellos de modo escaso. Esto explica que más allá de los límites trazados a la libertad de acción para salvaguarda de bienes jurídicos individuales de terceros frente a ataques directos, la libertad de unos es una de hecho ilimitada y la de los otros una escasa o prácticamente nula[67]. Ahora bien, si el programa ético-político aspira a garantizar posibilidades de autorrealización a todos por “igual”[68], pero esto sólo se puede lograr si todos disponen de hecho de unas mismas posibilidades de uso y consumo de los bienes jurídicos individuales, de aquí tiene que resultar eo ipso que la realidad social concreta se encuentra en un estado de “daño social permanente”, y también que aquella libertad de acción prácticamente ilimitada de quienes de hecho gozan abundantemente de aquellos bienes tiene que ser limitada aún más allá de lo que exige la mera salvaguarda de bienes individuales frente a lesiones directas y peligros concretos, pues la causa de aquel daño social no pueden ser nada más que ciertas acciones típicas de aquella libertad de hecho superabundante e ilimitada. Ahora bien, como el Estado de Derecho puede limitar la libertad de acción sólo para la protección de bienes jurídicos, y por ningún otro motivo, una prohibición de tales acciones —y, en su caso, bajo amenaza de pena— sólo podrá ser legítima bajo la condición de que aquel daño social que es consecuencia de ellas sea uno concretado en la lesión o, al menos, en el peligro de bienes jurídicos. Con un ejemplo: ciertos usos y modos de adquisición de la propiedad conllevan un despilfarro con tendencia al agotamiento de los recursos naturales y a la catástrofe ecológica, y para que la prohibición y, en su caso, amenaza bajo pena estatal de aquéllos sea legítima, los substratos del ambiente y los recursos naturales tienen que tener la condición de bienes jurídicos[69]. Los ejemplos podrían multiplicarse.

9. En mi opinión, el fundamento y la legitimidad de todo bien jurídico remiten al contrato social y al fin del Estado[70], pero el contrato social no puede ser entendido en el sentido retrospectivo y conservador que le dio el discurso iusnaturalista ilustrado[71], sino como uno de tipo cooperativo entre partes iguales y pro futuro para la realización de fines más allá de la mera conservación de lo ya existente en la posición original[72]. La finalidad primordial del contrato, de superar el bellum omnia contra omnes[73], tiene que imponer un primer compromiso de respeto de las condiciones de la existencia de todos en libertad[74], incluyendo por fuerza al ambiente y a los recursos naturales en la medida en que son las condiciones de posibilidad de la subsistencia de la especie en cada momento y en el futuro[75]. Un contrato social cooperativo y pro futuro tiene que incluir un segundo compromiso cuyo objeto tiene que ser la solidaridad de los asociados, pero también un tercero cuyo objeto debe ser el desarrollo y el progreso de todos y cada uno y de la especie, y que obliga a producir y fomentar condiciones de posibilidad de uso y desarrollo legítimos de los bienes individuales para todos y cada uno de los asociados por “igual”. Para la realización y ejecución del contrato, la sociedad tiene que fundar un Estado que vigile y garantice su vigencia y cumplimiento con las revisiones y transformaciones que exija cada momento histórico. Este acuerdo impone al Estado obligaciones de no hacer nada contrario al contrato, pero también de hacer legítimamente lo necesario para su ejecución y para la realización efectiva de sus fines[76], y para ello le provee de poderes de realización, entre los cuales se encuentra el de penar, que por la gravedad de sus consecuencias, sólo deberá poder utilizar legítimamente en caso de estricta necesidad y como ultima ratio. De una concepción así del contrato social se deriva, pues, que tienen que reconocerse como bienes

jurídicos no sólo substratos individuales, sino también colectivos compartidos solidariamente y pro indiviso por todos los asociados[77], como la solidaridad, el ambiente y los recursos naturales, y todos los objetos del tercer compromiso contractual[78]. Cuestión distinta, aún pendiente de resolver[79], es la relativa a una determinación de los bienes jurídicos colectivos[80] que evite presentar como tales a bienes jurídicos sólo aparentes[81].

10. La legitimidad de los bienes jurídicos colectivos[82] deriva de la potencialidad de sus substratos para maximizar las posibilidades de uso y consumo de los bienes individuales para la satisfacción de necesidades e intereses legítimos y para la autorrealización personal a todos por igual[83]. Este potencial de los substratos colectivos los hace ciertamente “funcionales” para los bienes jurídicos individuales en la realidad social, en la medida en que prestan a éstos utilidades[84] con virtualidad de posibilitar el libre desarrollo personal y la satisfacción de necesidades e intereses legítimos[85], y por esto tienen que ser pensados como antepuestos a los individuales, en el sentido de que los circundan y complementan[86]. Por esto, no adquieren la condición de bienes por sí mismos, es decir, por su valor intrínseco, sino sólo en razón de esa funcionalidad específica. Aristóteles distinguió entre bienes en sí y los que lo son en razón de las prestaciones y utilidades que proporcionan a aquéllos. Bienes en sí son las cosas a las que se aspira por sí mismas, pero también son bienes aquéllas otras “cosas que producen bienes (en sí), que contribuyen a conservarlos de cualquier manera que sea, o que previenen lo que les es contrario y los destruye”[87]. De acuerdo con esta referencia, los substratos individuales o personales tendrían la cualidad de bienes (jurídicos) en sí, mientras que ciertos substratos de naturaleza colectiva adquieren la cualidad de bienes jurídicos en virtud de sus potenciales de prestación a los bienes jurídicos individuales en el sentido aristotélico descrito. Según esto, los bienes jurídicos colectivos tienen que desempeñar una doble función para los bienes jurídicos individuales[88]. Una negativa —ligada al principio *neminem laedere*— de prestación de seguridad y, con ello, de garantía de conservación, en la medida en que la estabilidad y el equilibrio de los substratos colectivos contienen y neutralizan riesgos para los bienes jurídicos individuales. Y otra positiva —ligada a la procura existencial— de promoción y, con ello, de garantía de desarrollo, expansión y aprovechamiento de sus potenciales de realización, en la medida en que la estabilidad y el equilibrio de los substratos colectivos tiene que proporcionar a todos por igual las máximas posibilidades de uso y consumo legítimos de los bienes jurídicos individuales complementados por aquéllos[89]. En todo caso, la función esencial de los bienes jurídicos colectivos es la positiva, pues ésta es la fuente de legitimidad de su posible protección penal autónoma. Y como los substratos colectivos son los objetos preferentes de agresión del sistema de acción social de las clases poderosas, su reconocimiento como bienes protegidos por el Derecho supone una limitación de este sistema de acción y, con esto, una traba al monopolio de las clases sociales poderosas sobre las posibilidades de acción y el potencial de realización de los bienes individuales[90].

11. El reconocimiento y la protección de bienes jurídicos colectivos es una exigencia ético-social y ético-política[91] que deriva de —e imponen— los referentes axiológicos del contrato social y de los fines del Estado social y democrático[92]. El reconocimiento general de bienes colectivos, y el mandato de su protección por el Estado, son garantías constitucionales del Estado de Derecho, pues como advirtió pronto Terradillos, el artículo 9.2 CE dispone que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la

participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”[93]. De este modo, las condiciones de posibilidad de la efectividad real de la libertad, igualdad y participación de todos los ciudadanos por igual en la vida política, económica, cultural y social, como exigencia de la lucha legítima por la dignidad humana y por el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) definen, a mi juicio, el común denominador de los substratos materiales que tienen que ser elevados a la categoría de bienes jurídicos colectivos con base y fundamento en las directrices axiológicas del programa ético-político específico que, por exigencia de la sociedad actual y por imperativo constitucional, tiene que cumplir hoy el Estado social y democrático de Derecho[94].

12. Pero un reconocimiento de substratos colectivos como bienes jurídicos, no es suficiente para legitimar su protección penal[95], pues para esto se tiene que comprobar aún, sobre todo que sean susceptibles de alteración substancial con significado de “daño social” (lesión o peligro), y a continuación los requisitos que hacen fragmentario al Derecho penal, es decir, la necesidad de una reacción coactiva legítima a consecuencia de este daño y que el ordenamiento jurídico no disponga de ninguna otra menos grave que la pena (proporcionalidad, subsidiariedad, ultima ratio)[96]. La “dañosidad social” de las afecciones de bienes jurídicos colectivos, sólo puede comprenderse si antes se despeja el craso error en que incurre la opinión según la cual aquéllos carecerían de contenido material y, por ello, no serían susceptibles de lesión ni de puesta en peligro. Este error parece tener una primera fuente en el hecho de que para la determinación de lo que pueda ser un bien jurídico se parte del modelo de los que lo son “evidentemente”, es decir, de los individuales, y en la falsa deducción de que el carácter “corporal” que generalmente tienen los substratos de éstos tiene que ser requisito constitutivo de todo bien jurídico[97], y una segunda fuente, que aún agudiza más el error, en la confusión de lo material y lo corpóreo. La “corporalidad” no es característica constitutiva del bien jurídico, sino sólo la realidad material de su substrato. Los bienes jurídicos colectivos deben tener siempre un substrato “material”[98] que generalmente –aunque no siempre: por ej. ambiente– será de carácter “incorporal”, y por lo tanto también son susceptibles de lesión y de puesta en peligro[99]. Ciertamente, esta incorporalidad de la mayor parte de los substratos colectivos fuerza a una determinación de ellos más laboriosa. Sin embargo, como directriz especialmente provechosa para esto, se podría entender generalmente que tales substratos se identifican con modos de orden objetivo de conjuntos determinados de circunstancias dadas o del desarrollo de procesos y procedimientos determinados en los diferentes ámbitos de la interacción social y cuya finalidad última es favorecer o incrementar las posibilidades legítimas de acción por igual para todo posible participante en el ámbito social de que se trate[100]. Puesto que la mayor parte de estas ordenaciones de situaciones y procesos “macrosociales”[101], resultan ya de regulaciones jurídicas primarias materialmente fundadas[102] –por ej. del procedimiento de contratación bursátil, del mercado de inversión de capitales o de funcionamiento de las sociedades mercantiles, pero también el límite tolerado de impureza de las aguas o del aire y el periodo de caza vedada, etc.–, los substratos colectivos deben poder identificarse a partir de ellas con un alto grado de determinación[103]. La lesión –y en referencia a ella el peligro– de los bienes jurídicos colectivos consistirá, pues, en la desestabilización de las circunstancias o en la desviación de los procedimientos reales con respecto al modelo de ordenación establecido en la regulación jurídica primaria, y para comprobarla deberá bastar con la comparación correspondiente (así, por ejemplo, del grado de impureza de hecho de las aguas o del aire, de la inveracidad del folleto de emisión en el mercado de capitales, de la utilización de información privilegiada en la contratación bursátil, etc.).

13. Ahora bien, si los substratos colectivos sólo adquieren el carácter de bienes jurídicos en razón de su “funcionalidad” en la realidad social para los bienes jurídicos individuales[104], cabe preguntar por si puede bastar con una simple lesión de ellos para legitimar una reacción punitiva, o si para esto debe de requerirse además la producción de algún efecto adicional para los bienes individuales a los que prestan su función. Los defensores del concepto personal del bien jurídico, consideran que la protección penal de bienes colectivos sólo debe ser legítima bajo la condición de que la acción produzca, a la vez o posteriormente, una lesión o un peligro para bienes jurídicos individuales[105]. Sin embargo, ésta deducción es errónea porque con ella se pasa por alto que aquella funcionalidad se da sólo en la realidad social y no tiene por qué ser vinculante para la valoración jurídica ni, por ello, para la decisión sobre el alcance del tipo. La “funcionalidad” real de los substratos colectivos no fuerza a ninguna “funcionalización” de su protección penal, que sería posible, pero a costa de una completa renuncia a la protección penal de los bienes jurídicos colectivos, porque de ese modo los tipos resultantes no podrían tener ninguna otra naturaleza que la de tipos de lesión o de peligro de bienes individuales[106]. Toda protección penal de bienes jurídicos colectivos, pues, debe de ser autónoma, en el sentido de no condicionada a la producción de ninguna lesión o peligro para ningún bien jurídico individual[107]. Estos posibles resultados no deben formar parte de la estructura de los correspondientes tipos, sino acaso sólo de su ratio legis[108]. Esto no ofrece ningún motivo para deducir, como cree una opinión tan extendida como errónea, que así “todos” los tipos que protegen bienes jurídicos colectivos son de “peligro abstracto”. Esta calificación sólo sería correcta si el tipo se pusiera en relación con los bienes jurídicos individuales que están detrás del colectivo protegido, pero esto carece de sentido porque, como se ha dicho, la protección de ellos no tiene cabida en una estructura típica que resulta sólo del bien colectivo mismo[109]. Pese a todo, la mera lesión del bien jurídico colectivo no debe poder explicar por sí misma la “dañosidad social” del hecho, pues ésta, a mi juicio, no puede fundamentarse al margen de todo menoscabo, aunque sea mínimo, de bienes jurídicos individuales. Pero la lesión de bienes jurídicos colectivos, sí conlleva eo ipso este menoscabo, como se deduce de las funciones que desempeñan aquéllos con respecto a estos. Este menoscabo no consiste, desde luego, en una lesión en el sentido de una “destrucción” del substrato, pero sí en una “devaluación” de éstos[110]. Esto resulta ya de la función positiva de promoción e incremento de las posibilidades de uso y consumo de bienes individuales que prestan los bienes jurídicos colectivos a estos últimos, pues la lesión de un bien colectivo se traduce siempre en una disminución de las posibilidades de acción que proporcionan los bienes individuales y que es determinante eo ipso de una pérdida de valor de éstos, lo que además, por añadidura, alcanza a —y tiene que ser soportado por— una pluralidad de individuos cuyo número puede llegar a ser gigantesco. Así, la contaminación del lago priva de toda posibilidad de practicar actividades deportivas acuáticas a una masa indeterminada de potenciales usuarios que podrían haber querido hacerlo en el ejercicio legítimo de su libertad y para su autorrealización personal. He aquí un último fundamento de legitimidad para la posible protección penal de bienes colectivos que, como quiere el discurso de resistencia, remite inmediatamente a los posibles intereses legítimos de las personas y a nada más.

14. Por lo demás, la protección penal de bienes jurídicos colectivos frente a determinadas formas de agresión no tiene por qué entrar en conflicto con las garantías de proporcionalidad, de subsidiariedad y de ultima ratio. Desde la perspectiva del Estado social no puede haber la mínima duda sobre la importancia de los bienes colectivos —según Bustos son esenciales[111]— ni sobre el valor y jerarquía muy superiores de alguno de ellos con respecto a algunos otros individuales tradicionalmente protegidos por el Derecho penal,

como por ejemplo el ambiente en comparación con la propiedad privada[112], con lo que la protección penal de ésta tendría que hacer derivar ya prácticamente de la naturaleza de las cosas la proporcionalidad y la legitimidad de esa misma protección del ambiente y de los recursos naturales. En todo caso, si se dan los requisitos de subsidiariedad y ultima ratio, la proporcionalidad de la protección penal de los bienes colectivos será ya una cuestión de fijación del marco penal, y no una de criminalización de la conducta. La protección de bienes jurídicos colectivos tampoco tiene que ser contraria en general a los principios de subsidiariedad y de última ratio[113]. Un ejemplo para ilustrarlo: en el Derecho español, el bien jurídico “funciones de tributo” no se protege penalmente frente a cualquier lesión, sino sólo frente a derivadas de comportamientos “defraudatorios”, y aún así sólo si la cuota tributaria defraudada excede de 120.000 euros (art. 305 CP). Prescindiendo de la incertidumbre que se cierne sobre la concreción de estos principios y de que, además, en ellos no cabe ver mandatos de forzoso cumplimiento sino sólo directivas político-criminales[114], la decisión de criminalización subsidiaria puede orientarse en muy diversos factores indiciarios que aquí no pueden ser desarrollados, como por ejemplo el de la pérdida del dominio por el autor, el carácter reparable o no, o, en su caso, el tiempo y los costes de la reparación de la lesión del substrato colectivo, el grado de pérdida de confianza en el funcionamiento de la institución, etc.

15. No es posible tratar en este lugar con detalle la cuestión de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, pero un rechazo global de los mismos carece, a mi juicio, de todo fundamento. La necesidad de los tipos de peligro abstracto para la protección de los bienes jurídicos individuales de mayor valor en los ámbitos específicos de riesgo característicos de la sociedad moderna tendría que estar fuera de toda duda. Cuando las relaciones sociales tenían lugar entre sujetos claramente identificados e individualizados que se comunicaban directa y personalmente, y por ello gozaban así de amplias posibilidades de autoprotección frente a posibles peligros en la relación[115], la intervención penal podía retardarse hasta el momento de la lesión o, como mucho, del peligro concreto. Sin embargo, estos modos de relación social han sido sustituidos en la sociedad actual por otros de carácter masificado y anónimo en cuyos ámbitos (por ejemplo en los procesos de producción y distribución de alimentos), se desarrollan y confluyen multitud de cursos causales de diversa procedencia, y cuyos peligros ya no tienen como destinatario a un individuo o a un grupo reducido de éstos, sino a una masa anónima de individuos que pueden entrar eventualmente en contacto con el peligro ignorando su existencia, con escasas posibilidades de detectarlo y, por esto, con unas posibilidades de autoprotección prácticamente nulas[116]. Que en estas circunstancias es necesario anticipar la protección penal al momento en que se exterioriza el peligro inherente a la actividad es algo que “deriva prácticamente de la naturaleza de las cosas”[117]. Por otro lado, que estos peligros tengan como potenciales destinatarios a una multitud de individuos, es un dato que debe otorgar al desvalor de la acción abstractamente peligrosa una gravedad que no sólo compensa, sino que a mi juicio supera el déficit de un resultado concreto, y que hace a la intervención penal conforme con los principios de proporcionalidad y de subsidiariedad y ultima ratio[118].

15. La producción de efectos simbólicos es consubstancial a la pena[119] y expresión de la función pedagógica ético-social que, a mi juicio, tiene que cumplir[120]. Si se dan las condiciones aquí esbozadas, carece de fundamento la tacha de los tipos penales modernos como meramente “simbólicos”, pues ninguna ley penal orientada a la protección de la convivencia pacífica puede verse como puramente simbólica[121]. Cualquier ley que careciera de este fin, debería de ser tachada de ilegítima en relación con la totalidad del ordenamiento jurídico. En otro caso, se aceptaría que fuera del Derecho penal[122] pudiera

haber regulaciones cuya finalidad se agotaría en la simple motivación de los ciudadanos a la obediencia. Sin embargo, superada ya la doctrina del Derecho penal administrativo, en el presente se postula con razón que también la protección de bienes jurídicos debe ser un baremo de legitimidad para el Derecho administrativo sancionador[123]. El legislador concreta en el Derecho positivo mandatos y prohibiciones y, en su caso, amenaza infracciones con sanciones sólo para crear un estado o situación valiosos o para impedir la producción de un daño[124]. Por ello, toda concreción legal de una prohibición o de un mandato que se desviara de los objetivos de protección de bienes jurídicos sería arbitraria[125], pues su fin se agotaría en el mero ejercicio de los ciudadanos en la obediencia[126], y por esto debería ser expulsada del ordenamiento jurídico[127]. Por lo demás, en el Derecho administrativo sancionador deberían regir las mismas garantías que en el Derecho penal y con la misma rigidez e inflexibilidad que en éste[128]. Si, como he tratado de demostrar, los tipos penales modernos protegen bienes jurídicos, entonces no pueden rechazarse por simbólicos, formales o de pura desobediencia[129], y si fueran ilegítimos la razón sería otra diferente[130]. Con esto no se niega la posibilidad de tipos penales modernos puramente simbólicos, pero aquélla se da en “cualquier Derecho penal” y no sólo en el Derecho penal moderno[131].

(*) Artículo elaborado en el marco del Proyecto de Investigación DER2009-13111 sobre “Globalización y Derecho penal, del Plan Nacional de I+D+i de la Secretaria General de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación, del que el autor es Investigador Principal.

(**) Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Zaragoza

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

[2] Sobre la inversión de la fórmula decisionista del Estado absoluto, García Pelayo, *Las transformaciones del Estado* (n. 1), p. 52.

[3] Sobre ello Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum Verlag, Frankfurt, 1972, pp. 20 s.

[4] Sobre el concepto material de delito como baremo de legitimidad de las leyes penales que debe ser controlable por el Tribunal Constitucional, Schönemann, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers, *Die Rechtsguttheorie*, Nomos, Baden-Baden, 2003, pp. 141 y 142 ss. = en Hefendehl (ed.) *La teoría del bien jurídico*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 207 s. y 209 ss.

[5] Véase sólo Roxin AT I, 4ª ed., 2006, p. 13 nm. 1.

[6] Véase por ejemplo sólo Roxin AT I, 4ª ed., 2006, p. 13 nm. 1.

[7] Así Schönemann, para quien la solución del Derecho penal moderno “puede ser desarrollada a partir de la idea jurídico penal fundamental, y no alterada desde la ilustración, de que el Derecho penal sólo puede y tiene que ser empleado como ultima ratio para la prevención de daños sociales”; véase Schönemann, en Kühne/Miyazawa *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, p. 34 = *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, p. 68; además, el mismo, en von Hirsch/Seelmann/Wohlers (eds.), *Mediating Principles*, Nomos, Baden-Baden, 2006, pp.

18 ss.

[8] Así Hassemer, en Philipps/Scholler, *Jenseits des Funktionalismus*. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, Decker&Müller, Heidelberg, 1989, p. 89; Blanca Mendoza, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 73.

[9] Véase Hassemer, en Philipps/Scholler (n. 8), p. 89; Blanca Mendoza, *El Derecho penal* (n. 8), pp. 72, 73.

[10] Véase Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 121 ss.

[11] Véase, en este sentido, Moccia, en Silva Sánchez (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997 p. 116: "creación artificiosa de bienes jurídicos".

[12] Véase Hassemer, en *Dei delitti e delle pene*, 1984, pp. 112 s.; el mismo, *NStZ*, 1989, pp. 353 ss.

[13] Así, por ejemplo, Hassemer, en Philipps/Scholler (n. 8), pp. 90 ss.; el mismo, *AKStGB I*, 1990, previo al 1, nm. 274 ss.; el mismo, *ZRP* 1992, p. 383 = *ADPCP* 1992, p. 248; el mismo, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 4), p. 57 = *La teoría del bien jurídico*, p. 96; y extensamente Stenberg-Lieben, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 4), pp. 67 ss. = *La teoría del bien jurídico*, pp. 109 ss.

[14] Véase, Hassemer, en Philipps/Scholler (n. 8), p. 89; el mismo, *NStZ*, 1989, p. 558 = *Pena y Estado*, nº 1, 1991, pp. 34 s.; el mismo, *ZRP*, 1992, p. 381 = *ADPCP*, 1992, p. 242; Silva Sánchez, *La expansión* (n. 10), p. 121.

[15] Cfr. implícitamente, Kindhäuser, en Schünemann/Suárez (eds.), *Madrid-Symposium f. Klaus Tiedemann*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin/Bonn/München, 1994, p. 134, y antes en Lüderssen/Nestler-Tremel/E. Weigend (eds.), *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, Peter Lang, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris, 1990, pp. 29 ss.; para los delitos de acumulación, Silva Sánchez, *La expansión* (n. 10), pp. 132 s.; también Blanca Mendoza, *El Derecho penal* (n. 8), p. 80.

[16] Véase Hassemer, *NStZ*, 1989, pp. 553, 556 ss. = *Pena y Estado*, nº 1, 1991, pp. 23 ss., 30 ss.; el mismo, *ZRP*, 1992, p. = *ADPCP*, 1992, p. 244; el mismo, *StV*, 1995, p. 486; Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, R. v. Decker, Heidelberg, 1991, pp. 59 ss., 68 ss.; Prittwitz, *Strafrecht und Risiko*, Frankfurt a. M. 1993, pp. 255 ss., 365; Sánchez García, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, 1999, pp. 96 ss.; Blanca Mendoza, *El Derecho penal* (n. 8), pp. 53 ss., 157 s., 160 s.; Silva Sánchez, *La expansión* (n. 10), pp. 50, 51 s.

[17] Véase, por ejemplo, sólo Hassemer, *NStZ*, 1989, pp. 556, 558 s. (= *Pena y Estado*, nº 1, 1991), pp. 30, 34 ss.; Hassemer, *ZRP*, 1992, p. (= *ADPCP*, 1992, p. 240) y Hassemer/Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 25.

[18] Véase como significativo Prittwitz, *Strafrecht und Risiko* (n. 16), pp. 248 ss., donde diagnóstica "el potencial destructivo del Derecho penal (del control global) para el Derecho penal (relativo al Estado de Derecho liberal)".

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

[20] Véase Silva Sánchez, *La expansión* (n. 10), pp. 159 ss.; en esta segunda edición de su libro, incorpora Silva el Derecho penal del enemigo como un Derecho de medidas de seguridad para delincuentes imputables peligrosos, y para referirse al mismo utiliza la metáfora de la "tercera velocidad del Derecho penal"; véase Silva Sánchez, *lug. cit.*, pp. 163

ss.

[21] Véase Silva Sánchez, La expansión (n. 10), pp. 159 ss.

[22] Véase Schünemann, GA, 1995, p. 217 (= ADPCP, 1996, p. 205); crítico Silva Sánchez, La expansión (n. 10), p. 149, para quien “la verdadera imagen del Derecho penal del siglo XIX no es, pues, la que por algunos pretende dibujarse en nuestros días”

[23] En este sentido Bustos Ramírez, Control social y sistema penal, PPU, Barcelona, 1987, pp. 186 s.: “un Estado liberal democrático sería incapaz de ofrecer una base ... para ir más allá de los condicionamientos a la democracia que impone el sistema actual”. No obstante, en la actual sociedad moderna permanecen de facto las condiciones de posibilidad de funcionamiento del discurso y del Derecho penal liberales en sentido estricto, como prueba el actual despliegue de todas sus fuerzas devastadoras en el proceso de la actual globalización económica neoliberal a escala planetaria; al respecto véase sólo Gracia Martín, en Romeo Casabona (ed.), Biotecnología, desarrollo y justicia, Granada, 2008, pp. 28 ss.

[24] Véase sólo García Pelayo, Las transformaciones del Estado (n. 1), pp. 19 s. y sobre todo pp. 26 s., quien destaca como condiciones históricas que han hecho posible la atribución de un fin social al Estado “de un lado, un reto histórico, una necesidad de resolver problemas agobiantes irresolubles dentro de la estructura del Estado liberal y de la sociedad del Hochkapitalismus y, de otro, las posibilidades ofrecidas por el desarrollo cultural y tecnológico de la época industrial” (p. 19).

[25] En este sentido véase, por ejemplo, Böckenförde, en FS-Arndt, Frankfurt a. M., 1969, pp. 66 ss., 72; Hesse, en Forsthoff (ed.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Wissenschaftliches Buchgesellschaft, Darmstadt, 1968, pp. 560 ss. 562; Merkl, en FS-Kelsen, Deuticke, Wien, 1971, p. 126; Hartwich, Sozialstaatspostulat und gesellschaftliche status quo, Westdeutsche Verlag, Opladen, Köln, 1970, pp. 344 ss.; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, t. 1, 2ª ed., 1984, p. 781; Benda, en Manual, 2ª ed. (n. 126), p. 490 nm. 7, y p. 526 nm. 91 s.; Lucas Verdu, Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho, Acta Salmanticensia, Salamanca, 1955, p. 70; Elías Díaz, Estado de Derecho (n. 126), pp. 33, 83 ss.; y García Pelayo, Las transformaciones del Estado (n. 1), pp. 16 s., 51 ss.

[26] Véase Cerezo Mir, PG I, 6ª ed., 2004, pp. 17 ss., donde explica con gran detalle y numerosos ejemplos cómo la determinación y selección de bienes jurídicos y del alcance de su protección penal, dependen históricamente de las concepciones ético-sociales, jurídicas y políticas dominantes en la sociedad en cada época. Véase también la amplia exposición de Würtenberger, Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, 2ª ed., Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1959, pp. 67 ss., y ya antes el mismo, Das System der Rechtsgüterordnung in der deutschen Strafgesetzgebung seit 1532, reimpresión de la edición de Breslau (1933) de Scientia Verlag, Aalen, 1973, pp. 1 ss., y asimismo Oehler, Wurzel, Wandel und Wert der strafrechtlichen Legalordnung, Walter de Gruyter, Berlin, 1950, passim.

[27] Véase García-Pablos, Introducción al Derecho penal, 4ª ed., Ed. Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 224 y 225, y en sentido parecido Bustos Ramírez, Control social (n. 23), p. 186.

[28] Véase Gracia Martín, LH-Cerezo, 2002, p. 393; el mismo, Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 190 y 208 ; el mismo, Modernización del Derecho penal y Derecho penal del enemigo, Ed. Idemsa, Lima, 2007, pp. 124 s.; el mismo, LH-Vives Antón, 2009, p. 896 ss.; en el mismo sentido que en el texto, véase García-Pablos, Introducción al Derecho penal (n. 27), p. 225. Schünemann, en Kühne/Miyazawa (n. 7), pp. 16 ss., 19 ss. = Temas actuales, pp. 50 ss., 19 ss.; Terradillos, RFDUCM, nº 63, 1981, pp. 140 s.

[29] Véase Bustos Ramírez, Control social (n. 23), pp. 18 s., donde advierte que de lo que se trata es “de elaborar el máximo de garantías posibles” y de “la construcción de un Derecho penal materialmente garantista”.

[30] véase Schünemann, en Kühne/Miyazawa (n. 7), pp. 34 s. = Temas actuales, p. 68, el mismo, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 4), pp. 141 s. y 142 s = La teoría del bien jurídico, pp. 207 s. y 209 s.; el mismo, en von Hirsch/Seelmann/Wohlers (n. 7), pp. 21 ss.; y en el mismo sentido Gracia Martín, LH-Vives Antón, 2009, pp. 896 ss.

[31] Véase Bustos Ramírez, Control social (n. 23), p. 190; y en el mismo sentido, Gracia Martín, LH-Vives Antón, 2009, pp. 905 ss.; Portilla Contreras, CPC n° 39, 1989, pp. 740 y 745 ss; Terradillos Basoco, RFDUCM n° 63, 1981, pp. 125 ss.; Corcoy Bidasolo, Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 193 s.; Soto Navarro, La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna, Ed. Comares, Granada, 2003, pp. 233 y 244; García-Pablos, Introducción (n. 27), pp. 224 s.; en la doctrina alemana, Schünemann, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 4), pp. 137 s. y 141 = La teoría del bien jurídico, pp. 203 y 208 y Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin/Bonn/München, 2002, pp. 76 ss. y 116 ss..

[32] Así ya Bustos Ramírez, Control social (n. 23), pp. 186 ss. y 196 ss. (en relación con la fundamentación de los bienes jurídicos colectivos); Gracia Martín, LH-Cerezo, 2002, p. 393; el mismo, Prolegómenos (n. 28), pp. 189 ss., 199 s., 208 ss.; el mismo, LH-Vives Anton, 2009, pp. 896 ss.; Martínez-Buján, LH-Cerezo, 2002, pp. 430 s.; García-Pablos, Introducción (n. 27), p. 225; y en la doctrina alemana claramente Schünemann, en Kühne/Miyazawa (n. 7), p. 21 = Temas actuales, p. 55, donde aclara que con la modernización no se trata de retroceder a Proudhon y Karl Marx”, sino más bien de satisfacer las exigencias de “la igualdad y, con ello, de la justicia”.

[33] Así Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., 1969, pp. 4 s.; Cerezo Mir PG I, 6ª ed., 2004, p. 14, quien no obstante atribuye carácter “material” a tal descripción (nota 6 de p. 14) y Gracia Martín, Fundamentos de Dogmática penal, Ed. Atelier, Barcelona, 2006, p. 215.

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

[35] Como recientemente ha puesto de relieve Schünemann, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 4), p. 137 = La teoría del bien jurídico, pp. 202 s., con amplias referencias al método en nota 20. En sentido similar Roxin AT I, 4ª ed., 2006, § 2 nm. 12, p. 18 y Alcacer Guirao, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? (n. 34), pp. 77 s. También Ferrajoli, Derecho y razón, 5ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 2001, p. 471.

[36] Véase Alcacer Guirao, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? (n. 34), p. 71, con cita de Papageorgiu; también Paredes Castañón, RDPC n° 11, 2003, pp. 95 ss. y especialmente pp. 107 ss., y Terradillos Basoco, RFDUCM, n° 63, 1981, p. 136

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

[38] Véase, por ejemplo, Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter (n. 31), pp. 28 ss. con numerosas referencias; Amelung, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 4), pp. 173 s.; ahora también Roxin AT I, 4ª ed., 2006, § 2 nm. 66 y 67, p. 34; Terradillos Basoco, RFDUCM, n° 63, 1981, pp. 126 y 132 s.; Soto Navarro, La protección penal (n. 31), pp. 284 ss.

[39] Así Amelung, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 4), pp. 155 ss., 164 ss.; Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter (n. 31), pp. 31 ss.; Mir Puig, PG, 8ª ed., 2008, pp. 162 s.; Díez Ripollés, en su Política criminal y Derecho penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p.

35; Alcacer Guirao, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? (n. 34), pp. 72 s.; Soto Navarro, La protección penal (n. 31), pp. 290 ss.

[40] Este componente material es lo que permite comprobar empíricamente la existencia de un daño o de un peligro; véase Alcacer Guirao, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? (n. 34), pp. 72 s. y en sentido similar Díez Ripollés, JD, nº 30, noviembre de 1997, pp. 17 s. Sobre la relación entre bien jurídico y substrato, véase Schulenburg, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 4), pp. 247 ss., 250 ss. Sobre el substrato de los bienes jurídicos, véase Cerezo (PG I, 6ª ed., 2004, p. 14).

[41] Véase Alcacer Guirao, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? (n. 34), pp. 71 s. Como dice Amelung (en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 4), p. 155 = La teoría del bien jurídico, p. 228), en el juicio de valor se analiza la relación del bien jurídico con la política, y en el objeto de la valoración, lo que se denomina “objeto” de la protección jurídico-penal; véase también en esta línea Bustos Ramirez, Control social (n. 23), p. 28 y Terradillos Basoco, RFDUCM, nº 63, 1981, pp. 136 ss., 141 ss.

[42] Sobre los bienes jurídicos como “potenciales de realización”, Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter (n. 31), pp. 80 ss., y sobre los bienes jurídicos como instrumentos que proporcionan “posibilidades de acción”, Amelung, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 4), pp. 166 ss. = La teoría del bien jurídico, pp. 242 ss.

[43] Véase especialmente Rudolphi, FS-Honig, 1970, pp. 162 ss.; Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter (n. 31), pp. 80 s., con referencias; Terradillos Basoco, RFDUCM, nº 63, 1981, p. 139; Mayo Calderón, La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta, Ed. Comares, Granada, 2005, p.77. Véanse definiciones expresamente funcionales de bien jurídico (unidades socialmente funcionales, objetos que posibilitan la autorrealización personal, el desarrollo del individuo en el sistema social o la participación en los sistemas sociales, etc.) en Stratenwerth, FS-Lenckner, 1998, p. 378.

[44] Welzel, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, de Gruyter, Berlin/New York, 1975, p. 140 y Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., 1969, p. 5; Cerezo Mir PG I, 6ª ed., p. 15; Gracia Martín. Fundamentos de Dogmática penal (n. 33), pp. 215 ss.

[45] Esta comprensión de los bienes jurídicos la expuse por primera vez en mi “Proyecto docente y de investigación en Derecho penal”, escrito inédito de 1990, ahora publicado como Fundamentos de Dogmática penal (n. 33), pp. 216 ss. También han relacionado a los bienes jurídicos con la escasez Terradillos Basoco, RFDUCM, nº 63, 1981, p. 131, y Jakobs, Sociedad. Norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, p. 45.

[46] En este sentido Welzel, Abhandlungen (44), p. 140: están en función para “producir y soportar efectos en su contexto social”.

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

[48] Véase sólo Terradillos, RFDUCM, nº 63, 1981, pp. 136 ss.

[49] A estos bienes individuales Birnbaum (AdC-Neue Folge, 1834, p. 174) los denominó “innatos”, y son tan elementales que—así Würtenberger (Die geistige Situation (n. 26) p. 69)—constituyen un “núcleo casi inalterado” de todo orden legal de bienes jurídicos.

[50] Así Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., 1969, pp. 4 s.; Hellmuth Mayer AT, 1967, p. 52; Würtenberger, Das System der Rechtsgüterordnung (n. 26), pp. 1 ss., y más

ampliamente el mismo, *Die geistige Situation* (n. 85), pp. 67 ss.; Cerezo Mir PG I, 6ª ed., 2004, p. 14; Gracia Martín. *Fundamentos de Dogmática penal* (n. 33), pp. 215 ss.

[51] Véase Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, pp. 4 s.; Bustos Ramírez, *Control social* (n. 23), pp. 166 ss. Würtenberger, *Die geistige Situation* (n. 26), pp. 67-87 *passim*, hace de la autonomía de la persona, entendida desde el prisma de la teoría del Derecho natural existencial y teniendo en cuenta las aportaciones de la Antropología filosófica, el criterio rector del reconocimiento de bienes jurídicos y de su ordenación (p. 71), e inspira la teoría personal del bien jurídico que constituye el eje del discurso de resistencia de la Escuela de Frankfurt; sobre esto Schünemann (GA 1995, pp. 205 y 208 = ADPCP 1996, pp. 192 y 194 s.). A partir de la concepción dinámica y funcional de Welzel, formulé bases para la economía de un “sistema” de los bienes jurídicos en mi “Proyecto docente y de investigación en Derecho penal”, escrito inédito de 1990 y ahora publicado como *Fundamentos de Dogmática penal* (n. 33), pp. 215 ss. 224 ss. y 227 s., que luego han desarrollado y enriquecido mis discípulas Mª Angeles Rueda, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, pp. 247 ss. y Belén Mayo, *La tutela* (n. 40), pp. 76 ss., ésta última precisamente en el ámbito de las relaciones sistemáticas funcionales entre bienes jurídicos colectivos e individuales.

[52] Sobre las interrelaciones funcionales entre los diferentes bienes jurídicos del sistema, como referentes para la determinación de ámbitos de “adecuación social”, véase Gracia Martín, *El horizonte del finalismo y el Derecho penal del enemigo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 77 ss.; el mismo, FS-Tiedemann, 2008, pp. 216 ss., y ya antes en mi “Proyecto docente” de 1990, ahora *Fundamentos de Dogmática penal* (n. 33), pp. 222 ss.

[53] En este sentido, con respecto a los substratos de los bienes jurídicos económicos, Paredes Castañón, RDPC nº 11, 2003, pp. 113 ss., y también Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter* (n. 31), pp. 120 s. y 220 s. y el mismo, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlens (n. 4), p. 125 = en *La teoría del bien jurídico*, pp. 187 s., quien apela a la “ley de la fuerza de los valores” de Nikolai Hartmann (*Ethik*, 4ª ed., 1962, p. 602). Sobre la jerarquización de los bienes jurídicos en general véase Würtenberger, *Die geistige Situation* (n. 26), pp. 68 ss.

[54] Sobre ello ha llamado la atención implícitamente Hirsch, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, p. 381; véase también Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro* (n. 31), pp. 219 ss. y Soto Navarro, *La protección penal* (n. 31), p. 277.

[55] Como muestra, véase Roxin AT I, 4ª ed., 2006, § 2 nm. 9, p. 17: “El homicidio y las lesiones corporales, el hurto y la estafa tienen que ser penados, porque una convivencia humana pacífica sería imposible si tales hechos no fueran prohibidos como criminales”.

[56] Por este motivo, me parece inapropiada la contraposición que se hace por una amplia doctrina entre una concepción del bien jurídico “monista” (sólo son protegibles penalmente los bienes jurídicos individuales) y otra “dualista” (son protegibles bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos), pues esta última podría inducir al equívoco de que serían distintos los elementos y los criterios de legitimación de una y de otra clase de bienes jurídicos, lo cual, a mi juicio y como expondré en el texto, tiene que ser rechazado de plano; sobre aquella contraposición, véase, por ejemplo, ampliamente Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter* (n. 31), pp. 61-83.

[57] Véase Arthur Kaufmann, en *Rechtstheorie*, 1986, pp. 268 ss., 275; le sigue Hassemer, en Philipps/Scholler (n. 8), p. 86.

[58] Así Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter* (n. 31), p. 65. Además, como dice con razón Hefendehl (*loc. cit.*, p. 80), la construcción de los bienes jurídicos colectivos requiere de una mayor complejidad que no puede ajustarse al canon de los individuales.

[59] Véase Bustos Ramírez, *Control social* (n. 23), p. 27, donde rechaza “dar por sentada la inmutabilidad y eternidad de los objetos de protección del Derecho penal” (p. 28).

[60] Así Bustos Ramírez, Control social (n. 23), p. 28.

[61] A la doctrina crítica de Bustos, y a su descripción del bien jurídico, me adherí expresamente ya en mi inédito “Proyecto docente y de investigación en Derecho penal”, escrito inédito de 1990, y publicado como Fundamentos de Dogmática penal (n. 33), pp. 224 ss., y posteriormente la ha asumido también mi discípula Belén Mayo Calderón, La tutela (n. 43), pp. 72 ss.

[62] Sobre esto, Bustos Ramírez, Control social (n. 23), pp. 166 ss.; el mismo, PG, 3ª ed., pp. 54 s.; y extensamente, con profundo desarrollo de los detalles, Hormazábal Malarée, Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho, PPU, Barcelona, 1991, pp. 142 ss. Véase también Bustos/Hormazábal, Lecciones de Derecho penal. Parte General, Ed. Trotta, Madrid, 2006, pp. 72 ss., con importantes aclaraciones respecto de la formulación original del bien jurídico como “síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica”.

[63] Así lo reconoce expresamente Würtenberger, Die geistige Situation (n. 26), pp. 68 s., remitiendo a su estudio sobre las transformaciones históricas del sistema alemán de bienes jurídicos; véase Würtenberger, Das System der Rechtsgüterordnung (n. 26), pp. 1 ss. Hirsch advierte frente a Hassemer que precisamente el catálogo de bienes jurídicos colectivos tiene que ser uno abierto; véase Hirsch, en Modernas tendencias (n. 54), p. 375 con más referencias.

[64] Véase en este sentido García Pelayo, Las transformaciones del Estado (n. 63), p. 19.

[65] Además, como dice Hefendehl (en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 4), p. 121 = La teoría del bien jurídico, p. 182), la tesis de que todos los bienes jurídicos colectivos serían ilegítimos no precisa de un análisis detenido, pues ni siquiera se sostiene coherentemente.

[66] Matizo y aclaro así lo expresado por mí al respecto en Gracia Martín, Prolegómenos (n. 28), pp. 164 ss.

[67] Pues como observa García Pelayo (Las transformaciones del Estado (n. 1), pp. 40 ss.): “se hablaba, en verdad, de la comunidad nacional, pero lo cierto era que si bien las clases bajas participaban en los aspectos más extensos y penosos de las cargas de la defensa militar y de la producción económica, en cambio, no participaban en los beneficios más que en una parte despreciable y –hablando en términos típico-ideales– tan sólo en la medida necesaria para mantenerse y reproducirse, ... el cuarto estado parece estar de hecho fuera de la nación” (p. 41).

[68] Beccaria, De los delitos y de las penas, Introducción: “La felicidad mayor dividida entre el mayor número debiera ser el punto a cuyo centro se dirigiesen las acciones de la muchedumbre”. Con este término, Beccaria no quiere distinguir a una parte de la sociedad, sino que se refiere a la totalidad de los ciudadanos –a quienes a veces denomina “súbditos”– en oposición al Estado (“soberano”).

[69] Véase Schünemann, GA 1995, p. 208 = ADPCP 1996, p. 195, donde ve al despilfarro de recursos naturales como una clara expresión del concepto primigenio de delito, es decir, como hecho socialmente dañoso, y en Kühne/Miyazawa (n. 7), p. 21. = Temas actuales, p. 55, donde reivindica un control jurídico-penal de la dañosidad social de ciertas formas de uso y adquisición de la propiedad.

[70] Así Schünemann, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 4), pp. 137 s., 141 = La teoría del bien jurídico, pp. 203, 208; Kindhäuser, GA 1989, p. 496; Alcacer Guirao, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? (n. 34), pp. 94 ss.; el mismo, ADPCP, 1998, pp. 473 ss.; Gracia Martín, Fundamentos de Dogmática penal (n. 33), pp. 216 ss.; Mayo Calderón, La tutela (n. 43), pp. 70 ss., 79 ss.

[71] Es decir, no puede entenderse en el sentido de Locke que, a mi juicio, lo hace uno de dominación y de sumisión respectivamente de quienes habían y no habían adquirido propiedad en el estado de naturaleza.

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

[73] Por ejemplo Welzel, *Abhandlungen* (44), pp. 289 s.

[74] En este sentido véase Amelung, *Rechtsgüterschutz* (n. 3), p. 19 y Zaffaroni, *Tratado I*, pp. 49 s.

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

[76] Véase García Pelayo, *Las transformaciones del Estado* (n. 1), p. 56.

[77] Así también Schünemann, en *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (n. 4), pp. 141 s. = *La teoría del bien jurídico*, p. 208. También deriva a los bienes jurídicos colectivos del contrato social Mayo Calderón, *La tutela* (n. 43), pp. 69 ss.; de modo similar, Alcacer Guirao, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* (n. 34), pp. 96 s., y Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter* (n. 31), pp. 113 ss., 116 ss.

[78] Evidentemente, son también bienes jurídicos colectivos los instrumentos dados por la sociedad al Estado para el cumplimiento de sus fines —Administración pública, Administración de Justicia, Hacienda pública, etc.—; véase, Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter* (n. 31), pp. 119 ss. y Soto Navarro, *La protección penal* (n. 31), pp. 244 ss. Y también obtienen la cualidad de bienes jurídicos colectivos, en este caso de carácter “internacional”, determinados substratos pertenecientes pro indiviso al género humano que se reconocen en los Tratados internacionales, véase Alicia Gil Gil, *Derecho penal internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pp. 28 ss.

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

[80] Así con razón Bustos Ramírez, *Control social* (n. 23), pp. 195 s.; Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro* (n. 31), pp. 212 s.; Soto Navarro, *La protección penal* (n. 31), p. 192; Paredes Castañón, *RDPC* n° 11, 2003, p. 131; Mayo Calderón, *La tutela* (n. 43), pp. 37 s., 44 y Portilla Contreras, *CPC* n° 39, 1989, p. 740 y nota 41, advirtiendo con razón que, de todos modos, una falta de concreción y de determinación se encuentra también respecto de algunos bienes tradicionales sobre los que no se discute su condición de bienes jurídicos.

[81] Sobre ello, véase por todos Schünemann, en *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (n. 4), pp. 149 ss. = *La teoría del bien jurídico*, pp. 218 ss.; Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter* (n. 31), pp. 37 ss.; Mayo Calderón, *La tutela* (n. 43), p. 38.

[82] Sobre sus caracteres descriptivos (titularidad compartida, indisponibilidad, indivisibilidad, no-rivalidad en el consumo, no-exclusión en su uso, no desgaste, etc.), véase Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter* (n. 31), pp. 111 ss. y Soto Navarro, *La protección penal* (n. 31), pp. 194 ss.

[83] En este sentido Bustos Ramírez, *Control social* (n. 23), p. 190 y sobre todo p. 196.

[84] Así Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter* (n. 31), p. 60; asimismo Roxin *AT*, 4 ed., 2006, § 2 nm. 11, pp. 17 s.; Bustos Ramírez, *Control social* (n. 23), pp. 199 ss., 201 s.; el mismo, en *Pena y Estado*, n° 1, 1991, pp. 102 s.; Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro* (n. 31), pp. 184 y 208; Soto Navarro, *La protección penal* (n. 31), p. 174; Mayo Calderón, *La tutela* (n. 43), pp. 66 s.; Alcacer Guirao, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* (n. 34), pp. 96 s. Portilla Contreras (*CPC* n° 39, 1989, p. 740), considera con razón que los bienes jurídicos colectivos son los que “posibilitan el desarrollo de las demás garantías”.

[85] En este sentido Paredes Castañón, RDPC n° 11, 2003, p. 136; Alicia Gil Gil, Derecho penal internacional (n. 300), pp. 164 ss.; Soto Navarro, La protección penal (n. 31), p. 233, con más referencias de doctrina española en nota 11.

[86] Así Bustos, Control social (n. 23) p. 198. Como describe Hefendehl (Kollektive Rechtsgüter (n. 31), pp. 116 s.), ciertos bienes jurídicos colectivos “flanquean de modo presente (o latente) y permanente la vida de los miembros de la sociedad”.

[87] Véase Aristóteles, Moral, a Nicómaco, Edición de Espasa, con Introducción de L. Castro Nogueira, 11ª ed., Madrid, 1999, p. 71; una concepción parecida en Franz Brentano, El origen del conocimiento moral (n. 71), p. 25 n° 24: “lo bueno se distingue en bueno primario y bueno secundario ... lo bueno primario es bueno en sí mismo y lo bueno secundario es bueno para otra cosa”. Esta concepción la manejé ya en lo fundamental en Gracia Martín, La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho penal, Ed. Trivium, Madrid, 1990, pp. 270 ss. y en AP, n° 18, 1994, pp. 355 s.

[88] Estas funciones las apunté ya en Gracia Martín, AP n° 10, 1994, pp. 210 s., y las acepta Mayo Calderón, La tutela (n. 43), pp. 77 s.

[89] Véase Díez Ripollés, JD, n° 30, noviembre de 1997, p. 18, quien advierte con razón que el daño del substrato del bien jurídico, da lugar “por lo general a la privación de la posibilidad de realizar determinados comportamientos sociales”.

[90] Como advierte con razón Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter (n. 31), p. 78, “garantizan una justicia distributiva, por sobre la monopolización de determinados bienes y rendimientos, que no se daría con un libre juego de las fuerzas”.

[91] Sobre la necesaria justificación moral y política de los bienes jurídicos, Paredes Castañón, RDPC n° 11, 2003, pp. 107 ss., y sobre las condiciones de la realidad, sobre todo económica, que pueden justificar el reconocimiento de bienes jurídicos colectivos y, en su caso, la necesidad de su protección penal, ibidem, pp. 100 ss., y además pp. 130 s.

[92] Como ya se viene indicando aquí y advierte atinadamente y con claridad Soto Navarro, La protección penal (n. 31), p. 243.

[93] Véase Terradillos, RFDUCM, n° 63, 1981, pp. 125 ss. En esta línea Soto Navarro, La protección penal (n. 31), p. 244.

[94] De manera similar Portilla Contreras, CPC n° 39, 1989, pp. 745 s.; vease además Paredes Castañón, RDPC n° 11, 2003, p. 136 y Corcoy Bidasolo, Delitos de peligro (n. 31), pp. 193 s., observando con razón que la protección de bienes colectivos es, en definitiva, protección de la libertad. Para la doctrina alemana véase Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter (n. 31), pp. 116 ss., (bienes jurídicos que crean espacios de libertad para el individuo, que distingue de los que protegen “condiciones marco de la actividad estatal” (pp. 119 ss.).

[95] La Constitución española, no obstante, impone la protección penal de algunos, como por ejemplo del ambiente (art. 45.3 CE). Sobre la problemática de los mandatos constitucionales de criminalización, véase Hassemmer, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 4), pp. 62 ss. = en La teoría del bien jurídico, pp. 101 s., y para la doctrina española, Muñoz Llorente, RdPP n° 6, 2001, pp. 103 ss. passim.

[96] Sobre todos estos principios limitativos relacionados entre sí y que hacen que la protección penal de bienes jurídicos sea solo fragmentaria, véase ahora sólo Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., pp. 6 y 278; Roxin, AT I, 4ª ed., 2006, § 2 nm. 97 ss., pp. 45 ss. y en relación especialmente con el Derecho penal moderno, Schünemann, en Kühne/Miyazawa (n. 7), pp. 34 s. = Temas actuales, p. 68; el mismo, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 4), pp. 141 s. y 142 s. = La teoría del bien jurídico, pp. 207 s., 209 s.; y el mismo, en von Hirsch/Seelmann/Wohlers (n. 7), pp. 21 ss.

[97] Así lo ve en parte Hirsch, en Modernas tendencias (n. 54), p. 381: “esto” —dice— “funciona correctamente en el caso de los bienes jurídicos de naturaleza física, como la integridad corporal y la vida. Es por ello que en la enseñanza del derecho la mayor parte de

la teoría general del Derecho penal se expone de la mano de los delitos que afectan a esos bienes jurídicos, pues ellos están claramente a la vista y se identifican con el objeto del hecho. La lesión y la causalidad son fáciles de demostrar”. Véase también Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro* (n. 31), pp. 219 ss. y Soto Navarro, *La protección penal* (n. 31), p. 277.

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

[99] En este sentido también, con razón, Soto Navarro, *La protección penal* (n. 31), pp. 278, 282 ss., 306 ss. (sobre la materialidad), y pp. 316 ss. (sobre el concepto de lesión); véase además Graul, *Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991, p. 57, y Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter* (n. 31), p. 80, quien si bien parece identificar la “corporalidad” y el “carácter material”, deriva la legitimidad de un bien jurídico de su “realidad”, la cual no presupone “corporalidad” como explica en pp. 28 ss.

[100] Similar, Bustos Ramírez, *Control social* (n. 23), pp. 191, 196 y 200: “están en referencia a la satisfacción de necesidades de carácter social y económico, están en relación a la participación de todos en el proceso económico-social” (p. 200).

[101] Véase Bustos Ramírez, *Control social* (n. 23), pp. 199: “se trata aquí de relaciones macrosociales”.

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

[103] Véase en este sentido Soto Navarro, *La protección penal* (n. 31), p. 316.

[104] Así lo observa atinadamente Soto Navarro, *La protección penal* (n. 31), pp. 236 s.

[105] Véase en ese sentido Hassemmer, *AK-StGB, vor § 1, nm. 289*; el mismo, en *Philipps/Scholler* (n. 8), pp. 90 ss.; el mismo, *ZRP*, 1992, p. (= *ADPCP*, 1992, p. 248); Cerezo Mir, *RDPC* n° 10, 2002, pp. 56 ss., si bien acepta el mero peligro abstracto para el bien jurídico individual (p. 58). Una concepción personal del bien jurídico se basa en la siguiente derivación: “una norma que tiene por objeto a un bien jurídico colectivo, es legítima sólo si la conducta penalizada es apropiada para lesionar o poner en peligro concreto a un bien jurídico individual”.

[106] Así Gracia Martín, *LH-Cerezo*, p. 391 nota 270; Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter* (n. 31), pp. 62 s. (a los delitos ambientales habría que verlos casos especiales de delitos clásicos como por ejemplo las lesiones corporales); Méndez Rodríguez, *Los delitos de peligro abstracto y sus técnicas de tipificación*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1993, pp. 32 ss., 160 ss. Soto Navarro, *La protección penal* (n. 31), pp. 179 y 237; Mayo Calderón, *La tutela* (n. 43), pp. 53 ss., así como la crítica de Paredes Castañón (*RDPC* n° 11, 2003, p. 136 nota 109) a la tesis de la funcionalización de la protección penal del bien colectivo. Sobre el carácter determinante de la naturaleza del bien jurídico para la “estructura del delito” (típica), véase Wohlers, *Deliktstypen des Prävention-strafrechts*, 2000, pp. 281 ss. y el mismo, *GA* 2002, pp. 17 ss. y la atinada observación de Corcoy Bidasolo (*Delitos de peligro* (n. 31), p. 183), de que es la reticencia ante la legitimidad de la protección de bienes jurídicos colectivos la que lleva a ver a los tipos correspondientes como de peligro abstracto para bienes individuales.

[107] Sobre la protección penal autónoma de los bienes jurídicos colectivos, véase, por

ejemplo, Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1969, pp. 66 ss. y especialmente pp. 117 ss.; el mismo, JuS, 1989, pp. 689, 691; AE-Straftaten gegen die Wirtschaft, p. 19; Schünemann, en Kühne/Miyazawa (n. 7), pp. 24 ss.; Hefendehl, GA, 2002, pp. 25 ss.; y en la doctrina española Bustos Ramírez, Control social (n. 23), pp. 195 ss.; Gracia Martín, La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho penal, Ed. Trivium, Madrid, 1990, pp. 270 s. y nota 105; Soto Navarro, La protección penal (n. 31), pp. 236 s.; Portilla Contreras, CPC nº 39, 1989, p. 741; Paredes Castañón, RDPC nº 11, 2003, p. 136; Mayo Calderón, La tutela (n. 43), p. 78. [108] En este sentido, véase Soto Navarro, La protección penal (n. 31), pp. 179 s. y Mayo Calderón, La tutela (n. 43), p. 78.

[109] Véase en este sentido Tiedemann, Poder económico (n. 19), p. 36; Bustos, Control social (n. 23), p. 198; Gracia Martín, La infracción (n. 205), pp. 266 s.

[110] En sentido similar Kindhäuser, Madrid Symposium für Klaus Tiedemann (n. 15), pp. 130 y 131, aunque a diferencia de lo sostenido por mí, sólo en relación con la que más atrás denominé como función negativa o garantía de seguridad de los bienes colectivos; según Kindhäuser “el daño que puede sufrir una persona no sólo reside en el substancial menoscabo de un bien, sino también en la privación de la posibilidad de disponer de forma segura del mismo” (p. 130), y “la genuina lesividad del peligro abstracto reside ñeque un bien sobre el que no puede disponerse de forma despreocupada no es racionalmente aprovechable en su totalidad”.

[111] Véase Bustos Ramírez, en Pena y Estado, nº 1, 1991, pp. 102 s.

[112] Así Schünemann, GA, 1995, p. 206 = ADPCP, 1996, p. 193, para quien, con razón, el ambiente es el segundo bien jurídico más importante después de la existencia y de la preservación de la especie del homo sapiens.

[113] Precisamente Schünemann, en Kühne/Miyazawa (n. 7), pp. 34 s. insiste en que la solución del Derecho penal moderno “puede ser desarrollada a partir de la idea jurídico penal fundamental, y no alterada desde la Ilustración, de que el Derecho penal sólo puede y tiene que ser empleado como ultima ratio para la prevención de daños sociales”

[114] En este sentido Roxin, AT I, 4ª ed., 2006, § 2 nm. 101, p. 47, y también Paredes Castañón, RDPC nº 11, 2003, p. 143 nota 138, y ya antes, en El riesgo permitido, Madrid, 1995, p. 115 nota 79 y en ADPCP, 1996, p. 933 nota 70.

[115] Sobre ello, con ejemplos concretos, Corcoy Bidasolo, Delitos de peligro (n. 31), p. 194.

[116] Véase Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter (n. 31), pp. 164 ss., 167 ss.; el mismo, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 4), p. 130 = en La teoría del bien jurídico, pp. 193 s. Como ha advertido Mayo Calderón (La tutela (n. 43), p. 76), en estos contextos la indefensión de quienes entran en contacto con el peligro resulta también de que la actividad peligrosa es una que normalmente se lleva a cabo en el ejercicio de una función permitida. Sobre la relevancia de las posibilidades de autoprotección de la víctima para la ponderación base de la decisión de incriminación penal, véase Paredes Castañón, RDPC, nº 11, 2003, pp. 126 ss.; y sobre este principio victimodogmático, véase sobre todo Schünemann, ZStW 90 (1978), pp. 54 ss.; el mismo, FS-Bockelmann, 1979, pp. 130 s.; el mismo, FS-Faller, 1981, pp. 361 ss.; el mismo, en Schneider (ed.), Das Verbrechenopfer in der Strafrechtspflege, 1982, pp. 407 ss.; el mismo, en Schünemann (ed.), Strafrechtssystem und Betrug, Centaurus Verlag, Herbolzheim, 2002, pp. 61 ss. y el mismo, en von Hirsch/Seelmann/Wohlers (n. 7), pp. 31 ss.

[117] Así Schünemann, GA, 1995, p. 212 (= ADPCP, 1996, p. 199).

[118] Así Schünemann, en Kühne/Miyazawa (n. 7), pp. 34 ss.; Kuhlen, ZStW 105 (1993), pp. 711 ss., 720 ss.

[119] Así Roxin AT I, 4ª ed., 2006, § 2 nm. 38, p. 25 y § 3 nm. 26 ss., pp. 80 s.

- [120] Que refuerza la función instrumental de protección de bienes jurídicos y es inseparable de ésta, véase Welzel, *Abhandlungen* (n. 44), pp. 263 s. y más amplio en *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed., 1969, pp. 1 ss.; Armin Kaufmann, *Die Aufgabe des Strafrechts*, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Westdeutscher Verlag, 1983, p. 17; Cerezo Mir, PG I, 6ª ed., 2004, pp. 16 y 31 (función de ejemplaridad de la pena); Soto Navarro, *La protección penal* (n. 31), pp. 187 y 298 s.; Gracia Martín, *Fundamentos de Dogmática penal* (n. 33) pp. 158 ss. y 172 ss.; Alicia Gil Gil, LH-Cerezo, 2002, pp. 17 ss.
- [121] Así, con razón, Roxin AT I, 4ª ed., 2006, § 2 nm. 39, p. 25.
- [122] Y en la propuesta de la segunda velocidad de Silva Sánchez, incluso dentro del mismo Derecho penal.
- [123] Véase sólo Roxin AT I, 4ª ed., 2006, § 2 nm. 62, p. 32, y recientemente Gómez Tomillo, *Derecho administrativo sancionador. Parte General*, Thomson-Aranzadi, 2008, pp. 71 ss., con amplias referencias de doctrina española y extranjera en nota 45 de pp. 71 s.
- [124] En este sentido Welzel, JZ, 1956, pp. 238-240 y JZ, 1957, p. 132. Véase también Cerezo Mir, PG I, 6ª ed., 2006 p. 54.
- [125] Como afirma con razón Gómez Tomillo, *Derecho administrativo sancionador* (n. 123), pp. 71 s., “entender que la potestad sancionatoria del Estado puede construirse sin la referencia a los bienes jurídicos puede conducir a la arbitrariedad sancionatoria”.
- [126] Binding advirtió ya que “es indiscutible que ninguna ley razonable exige la obediencia por sí misma”. (*Die Normen und ihre Übertretung*, I, 4ª ed. de Leipzig (1922) de Scientia Verlag, Aalen, 1965, pp. 397 ss.); también, y antes que Binding, Dorado Montero, *Bases* (n. 103), § 21 (p. 25); Amelung, en *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (n. 4), pp. 169, 171 = en *La teoría del bien jurídico*, pp. 246, 248.
- [127] Véase Cerezo Mir, PG I, 6ª ed., 2006 p. 55, con más referencias en el mismo sentido en nota 27, y en el mismo sentido Amelung, en *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (n. 4), pp. 169 s., = en *La teoría del bien jurídico*, pp. 246 s.
- [128] En este sentido, de modo contundente y decidido, también García-Pablos, *Introducción* (n. 27), p. 225.
- [129] En el mismo sentido Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro* (n. 31), pp. 200 y 205.
- [130] Así Hirsch, en *Modernas tendencias* (n. 54), pp. 377 ss., donde observa con razón que, en última instancia, “la legitimación de la pena no proviene de objetos preexistentes, sino que de la legitimación de la pena provienen los objetos por ella protegidos”.
- [131] Como dice con razón Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter* (n. 31), p. 179.