

y control. El Derecho penal, por su parte, reforzaba esa actividad de gestión de riesgos. Sin embargo, la opción por un control centralizado choca frontalmente con la tendencia a una disminución de la intervención directa del Estado en las actividades económicas, que es otro de los signos de nuestro tiempo. A este “adelgazamiento del Estado” se alude cuando se habla de la transición de un Estado prestacional a un Estado de garantía de prestaciones llevadas a cabo por terceros del sector privado. Al modelo de Estado de garantía le corresponde la descentralización del control de riesgos – tanto en cuanto a la producción normativa como en lo relativo a la persecución – y la configuración de una red de agentes privados que actúan como colaboradores de las Administraciones públicas. El fenómeno de máxima extensión de la red descentralizada

de policía, al tiempo que de máxima densidad de ésta, viene dado por la conversión de toda persona jurídica en un gestor de prevención de los delitos que se puedan cometer en su seno. En la práctica, parece que se condiciona la pervivencia de toda persona jurídica como agente económico a la asunción por su parte de esa nueva función de agente de control de riesgos o incluso de agente de fomento (o de promoción) del respeto al Derecho. Esta función se manifiesta en la implantación eficaz de los modelos de organización y gestión de riesgos delictivos que se conocen como *compliance programs*.

Jesús-María Silva Sánchez  
Catedrático de Derecho Penal.  
Universidad Pompeu Fabra, Barcelona.

# La teoría del bien jurídico ante el moderno Derecho penal económico

Luis Gracia Martín

## 1 La polémica en torno al concepto de bien jurídico en el Derecho penal económico

1. La criminalidad económica no es un fenómeno nuevo ni propio de sociedades con un determinado modelo económico. Todas las legislaciones históricas han incluido en sus catálogos de figuras de delito a determinadas conductas lesivas de objetos de sus sistemas económicos, pero la consolidación de un Derecho penal económico como un sector específico con una problemática propia, no ha tenido lugar hasta el presente. La precisión de sus contenidos es cuestión aún pendiente de aclaración, pero parece haber amplio acuerdo en que aquél es un sector de la Parte Especial que agrupa, al menos, a los tipos penales relativos a la lesión o puesta en peligro (desvalor del resultado) de objetos, instrumentos e instituciones del orden y del ambiente, los cuales remiten a sustratos materiales de carácter *colectivo*, como, por ejemplo, las reglas de la competencia leal, las condiciones mínimas de la contratación laboral, la calidad del consumo, o el ambiente, entre otros; y quienes tienen una concepción amplia del Derecho penal económico, como es mi caso, incluyen en él también a los tipos penales de lesión y peligro de bienes individuales a consecuencia de conductas realizadas en el curso de una *actividad económica* (desvalor de la acción), dentro de los cuales destacan los tipos de peligro potencialmente masivo para tales bienes jurídicos individuales por actividades económicas de las empresas, como por ejemplo el transporte de mercancías peligrosas, la explotación de energía nuclear o la producción y distribución de bienes y servicios para el consumo de multitud de individuos.

2. El Derecho penal económico ha generado en la Ciencia penal dos discursos ideológicos y político-criminales claramente opuestos, a los cuales yo he denominado, respectivamente,

“de modernización” y “de resistencia a la modernización” del Derecho penal.

a) La tesis global del discurso de resistencia, liderado en Alemania por la llamada Escuela de Frankfurt, y que siguen algunos penalistas de otros países, es que el Derecho penal económico en general sería ilegítimo porque daría lugar a una *masiva violación* de los principios y garantías jurídico penales inherentes al Estado de Derecho. Entre estos principios y garantías supuestamente violados se pone especial énfasis en los de exclusiva protección de bienes jurídicos y sus anexos de lesividad, subsidiariedad y *ultima ratio*. Según el discurso de resistencia, los sustratos *colectivos* que se presentan generalmente como objetos protegidos por los tipos penales económicos no tendrían calidad suficiente para ser reconocidos como bienes jurídicos, porque – se dice – objetos como, por ejemplo, el ambiente o las funciones de los tributos y de las subvenciones públicas, no estarían constituidos por ninguna realidad empírica perceptible y susceptible de ser referida directa e inmediatamente a intereses concretos de las personas; sólo serían meras funciones, instituciones, modelos u objetivos de organización política, social o económica, y además, sólo se podrían definir y formular de un modo vago e impreciso.

b) Por el contrario, el discurso de modernización, del cual participo sin reservas, defiende que el Derecho penal económico no supone *per se* ninguna violación del principio del bien jurídico y, por lo tanto, que es admisible y legítimo. 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 del mismo, y puesto que aquéllos son condiciones de posibilidad de la realización de la libertad y de la

igualdad substanciales, un Estado que tiene que garantizarlas no puede prescindir de reacciones punitivas frente a determinadas lesiones y peligros para dichos bienes colectivos (así **Bustos Ramírez**, entre otros).

c) En lo que sigue, expondré sucintamente algunos de los argumentos que, a mi juicio, fundamentan el reconocimiento de determinados objetos reales de carácter colectivo (sean corpóreos o incorpóreos) como bienes jurídicos, y que legitiman al Derecho penal económico. Para ello comenzaré con unas reflexiones acerca del concepto de bien jurídico y del sistema de bienes jurídicos.

## 2 El concepto de bien jurídico como “directriz normativa” conforme al horizonte ético-político de la sociedad estatal

1. En sentido *formal*, bien jurídico es “*todo bien, situación o relación deseados y protegidos por el Derecho*” (**Welzel**). En sentido *material*, sin embargo, no es posible aprehenderlo como un “concepto” clasificatorio, sino sólo como una *directriz normativa* (**Schünemann**). Alcácer Guirao ha advertido 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*”. Un bien jurídico no es ni un objeto de la realidad en cuanto tal ni un valor ideal, sino una síntesis entre un *substrato de la realidad* (objeto de valoración) y una determinada valoración *jurídica* de éste (valoración del objeto). El *substrato* es siempre una realidad con consistencia física o incorporal, la *valoración* tiene que derivarse de las “directrices axiológicas” del programa ético-político de la sociedad, que tiene que realizar el Estado, 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.

2. Los substratos de los bienes jurídicos son instrumentos que, gracias a su “potencial de realización”, proporcionan “posibilidades de acción” para el logro de fines y metas legítimos por los individuos y los grupos de individuos (**Hefendehl, Amelung**). Por esto, los bienes jurídicos tienen que comprenderse y explicarse como instrumentos *dinámicos* y *funcionales*, pues si “*toda vida social consiste en el uso y consumo de bienes jurídicos*”, entonces su existencia sólo puede comprenderse como un “*estar en función*” (así **Welzel**). 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* (así **Gracia Martín, Terradillos** y **Jakobs**). Si fueran abundantes y susceptibles de uso y consumo ilimitados por todos, entonces no sería necesaria ninguna distribución *normativa* de ellos *conforme a fines* ni, por esto, su reconocimiento como objetos dignos y necesitados de protección por el Derecho. Y puesto que los usos y consumos funcionales de bienes jurídicos producen siempre determinados *efectos* para bienes jurídicos de terceros en el contexto social en que se los utiliza (así **Welzel**), de esto tiene que resultar que tenga que resolverse mediante una decisión *política* la cuestión de qué usos y consumos de los bienes jurídicos tienen que

permitirse y cuáles, por el contrario, prohibirse. La necesidad de esta decisión resulta de la *escasez* de los substratos de los bienes jurídicos, que fuerza a no poder reconocer una libertad *ilimitada* de uso y consumo de ellos que imposibilitaría toda realización de los fines y objetivos del programa ético-político, porque con aquélla se retornaría a un estado de naturaleza con un “derecho” absoluto de todos a todo y, con ello, de guerra de todos contra todos (**Hobbes, Becharia**). Por esto, la libertad de acción tiene que encontrar un límite infranqueable allí donde las acciones de uno tengan como efecto una privación o restricción relevante (socialmente inadecuada) de las posibilidades de uso y consumo legítimos de bienes jurídicos por terceros.

3. Puesto que la idea del bien jurídico remite en última instancia al carácter instrumental y funcional de su uso para el legítimo autodesarrollo y autorrealización personales y para la satisfacción de necesidades e intereses legítimos (**Terradillos**), entonces parece obvio que las propiedades existenciales y vitales del individuo con potencial de realización de aquellos fines tienen que ser reconocidas como bienes jurídicos, 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 en otros bienes jurídicos, tiene que resultar que el conjunto de bienes jurídicos reconocidos y disponibles en una sociedad y época determinadas no pueda comprenderse como una masa atomizada de ellos, sino como la “suma” *configuradora* del “orden social” de la época 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 (**Würtenberger, Welzel, Bustos Ramírez, Gracia Martín**). Esto se explica en razón – entre otras – de que en los diferentes contextos de la vida social se establecen entre los diferentes bienes jurídicos singulares relaciones de intercambio y de prestación de utilidades de unos a otros para hacer posible la realización de los fines y objetivos del programa ético-político, las cuales hacen a unos funcionales para otros y dan lugar a la jerarquización, al menos, abstracta de los bienes.

## 3 Bienes jurídicos colectivos y Derecho penal económico

1. La teoría del bien jurídico que acabo de exponer, permite fundamentar y explicar como una “evidencia” tanto el carácter de bienes jurídicos de las propiedades existenciales y vitales esenciales del individuo, como la prohibición y amenaza bajo pena de algunos usos y consumos de ellos dirigidos voluntaria o, en su caso, imprudentemente a la lesión de bienes jurídicos de terceros, pero también permite sin necesidad de la mínima modificación la fundamentación y explicación como bienes jurídicos de los substratos colectivos cuya lesión o puesta en peligro por determinadas acciones realizadas en el curso de una actividad económica, es contenido de lo injusto de los tipos

penales modernos del Derecho penal económico. Lo que la teoría del bien jurídico no puede hacer es mostrar el carácter de bien jurídico de los substratos colectivos como una “evidencia”, pero esto solo significa que para fundamentarlos y explicarlos es necesario un desarrollo argumentativo más amplio y complejo. De la evidencia de que todo bien jurídico tenga que estar referido en última instancia a la persona, no deriva “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” (Hefendehl), pues 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 (Bustos Ramírez). 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 realidad social y al horizonte del programa ético-político de cada tiempo (Würtenberger).

2. Puesto que el moderno Derecho penal económico “añade” al sistema de tipos penales para bienes jurídicos individuales otro orientado a objetos de distinta naturaleza, para esto hay que desplazar la teoría del bien jurídico a un “campo de la experiencia” distinto del acotado por los enunciados relativos a aquellos bienes individuales. Por consiguiente, hay que salir del campo de las indiscutidas limitaciones de la libertad de acción para salvaguarda inmediata de bienes jurídicos individuales concretos en situaciones concretas (homicidio, lesiones, estafa, etc. dolosos o, en su caso, imprudentes), y situarse en el de las acciones de uso y consumo de tales bienes – especialmente de la libertad y de la propiedad privada – que no están directamente dirigidas a lesionar ningún otro de la misma clase y que, por eso, parece que tienen que estar permitidas. Pues que tales usos y consumos no hayan estado prohibidos, no elimina el fenómeno real de que con ellos se producen, además del efecto pretendido en primera instancia, otros que afectan en mayor o menor medida a algún o a algunos otros bienes individuales de terceros, y por esto no solo puede sino que debe plantearse la cuestión de si estos efectos son “socialmente lesivos”.

3. La respuesta válida a la cuestión planteada sólo puede darla la aplicación de la teoría del bien jurídico a la realidad social concreta que suscita la pregunta y demanda dicha respuesta. Y si esta respuesta parece negativa desde un punto de vista liberal, por el contrario desde el punto de vista del Estado de Derecho social y democrático, tiene que ser una de sentido opuesto. Una realidad social como la resultante del Estado liberal, en que solamente ciertas clases de individuos gozan de un modo superabundante de los potenciales de realización que ofrecen los bienes jurídicos individuales, mientras que la gran mayoría sólo puede disponer de ellos de modo escaso, es incompatible con el horizonte valorativo ético-político de un Estado social (García Pelayo). Si el programa ético-político de este tiene que garantizar posibilidades de autorrealización a todos por “igual”, y si 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 amparada y fomentada por el Estado liberal es una que se encuentra en

un estado de “daño social permanente” y, por esto mismo, que aquella libertad de acción prácticamente ilimitada de quienes de hecho gozan de un modo superabundante 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 producidas dolosa o imprudentemente, pues la causa de aquel daño social no se encuentra nada más que en la realización de ciertas acciones típicas del ejercicio de aquella libertad superabundante y de hecho prácticamente ilimitada por las clases de individuos que detentan el poder económico (Gracia Martín). Ahora bien, como el Estado de Derecho puede limitar la libertad de acción sólo para evitar lesiones y peligros 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 el daño social que es consecuencia de ellas sea uno concretado en la lesión o, al menos, en el peligro de bienes jurídicos. Con un ejemplo: puesto que determinados usos y modos de adquisición de la propiedad conllevan un despilfarro con tendencia al agotamiento de los recursos naturales y también a la catástrofe ecológica (Schünemann), para que la prohibición y, en su caso, amenaza bajo pena estatal de aquéllos usos sea legítima, los substratos del ambiente y los recursos naturales tienen que tener la condición de bienes jurídicos. Los ejemplos podrían multiplicarse.

4. En mi opinión, el fundamento y la legitimidad de todo bien jurídico remiten al contrato social y al fin del Estado. Ahora bien, el contrato social no puede ser entendido en el sentido retrospectivo y conservador del discurso iusnaturalista ilustrado victorioso de Locke, 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 (en el sentido de Rawls). La finalidad primordial del contrato, de superar el *bellum omnia contra omnes*, tiene que imponer un primer compromiso contractual de respeto de las condiciones de la existencia y supervivencia de todos en libertad, incluyendo entre ellas por fuerza al ambiente y a los recursos naturales en la medida en que son las condiciones de posibilidad de dichas existencia y supervivencia de la especie en cada momento y en el futuro. Un contrato social cooperativo y pro futuro tiene que incluir un segundo compromiso cuyo objeto tiene que ser la solidaridad de los asociados, y un tercero cuyo objeto sea la procura del desarrollo y el progreso de todos y cada uno y de la especie, y que obligue a producir y fomentar condiciones de posibilidad del mayor uso y aprovechamiento legítimos de los bienes individuales para alcanzar aquel desarrollo y progreso por todos y cada uno de los asociados por “igual”. 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 (así Hefendehl, Schünemann, Gracia Martín, entre otros), como la solidaridad, el ambiente y los recursos naturales, y todos los objetos del tercer compromiso contractual.

5. La legitimidad de los bienes jurídicos colectivos deriva de la potencialidad de sus substratos para maximizar las posibilidad

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* (Bustos Ramírez). Este potencial de los substratos colectivos los hace “funcionales” para los bienes jurídicos individuales *en la realidad social*, en la medida en que prestan a éstos utilidades con virtualidad de posibilitar el libre desarrollo personal y la satisfacción de necesidades e intereses legítimos, y por esto tienen que ser pensados como *antepuestos* a los individuales, en el sentido de que los circundan y *complementan* (Hefendehl, Bustos Ramírez). Por esto, es cierto que no adquieren la condición de bienes por sí mismos, es decir, por su valor intrínseco, pero esto no puede impedir que la adquieran 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*”. Según esto, los bienes jurídicos colectivos tienen que desempeñar una doble función (Gracia Martín). Una *negativa* – ligada al principio *neminem laedere* – de prestación de *seguridad* y, con ello, de garantía de *conservación* para los bienes jurídicos individuales, en la medida en que la estabilidad y el equilibrio de los substratos colectivos contienen y neutralizan riesgos para ellos; y otra *positiva* – ligada a la procura existencial – de *promoción* y, con ello, de garantía de *desarrollo* y expansión de sus potenciales, en la medida en que la estabilidad y el equilibrio de los substratos colectivos proporciona *a todos por igual* las mayores posibilidades de uso y consumo legítimos de los bienes jurídicos individuales complementados. En todo caso, la función *esencial* de los bienes jurídicos colectivos es la

*positiva*; esta por sí misma justifica ya el reconocimiento de sus substratos materiales como bienes del Derecho y su protección jurídica autónoma, es decir, con total independencia de los efectos lesivos que puedan tener las lesiones de los mismos para los bienes jurídicos individuales complementados por ellos. La lesión de bienes jurídicos colectivos da lugar por sí misma a un menoscabo de las posibilidades de uso y disfrute de sus bienes jurídicos individuales para masas de individuos, y con esto a una *devaluación* de estos (Kindhäuser), que si bien no supone una lesión ni un peligro concreto en sentido estricto de los mismos, sí constituye un estado de lesividad social. Los tipos penales contra bienes jurídicos de la economía, no son tipo de peligro abstracto o presunto para bienes jurídicos individuales, sino tipos de lesión o peligro para bienes jurídicos colectivos.

6. El moderno Derecho penal económico, de ningún modo puede ser tachado de ilegítimo porque sus tipos delictivos no tengan como contenido lesiones y peligros para *bienes jurídicos*, como supone y afirma equivocadamente el discurso de resistencia. Cuestiones diferentes de esta son las relativas a si lo subyacente en algunos tipos penales económicos son solo bienes jurídicos colectivos *aparentes* (Schünemann), y a si aunque sean auténticos bienes jurídicos colectivos, la reacción con una pena criminal ante su lesión o peligro es conforme con los principios de subsidiariedad y *ultima ratio*. Pero de estas cuestiones, que son idénticas a las que se plantean en los sectores del Derecho penal tradicional, no puedo ocuparme en este espacio reducido ni siquiera de modo sucinto.

Luis Gracia Martín  
Catedrático de Derecho Penal.  
Universidad de Zaragoza.

## De volta ao Direito Penal do autor nacional-socialista?<sup>(1)</sup>

Kai Ambos

A bancada do Partido Alternativo para a Alemanha (AfD) no Parlamento alemão apresentou um “Projeto de Lei para o Aumento da Punição no caso de Reincidência” (Drs. 19/6371). O Projeto de Lei pretende combater o problema da reincidência através do aumento da punição, para aqueles casos em que o autor, após o cometimento de “pelo menos” dois delitos, para os quais é cominada pena privativa de liberdade de no mínimo três meses, cometer um novo delito, porque, desse modo, ele terá demonstrado que “*as condenações anteriores não lhe serviram de advertência*” (§ 48, al. 1 do Projeto). De fato, recorrendo-se à regra “*Three strikes and you are out*”, realiza-se um aumento expressivo das penas mínimas (conforme o § 48, al. 3, até o máximo de 10 anos!), e sem que isso seja fundamentado de forma plausível, como se desse modo pudesse ser alcançado o

fim esperado – a redução da reincidência.

Na verdade, o Projeto não aplica bem a estatística relativa à taxa de reincidência, quando afirma na página 2 que: “*Com o... agravamento das sanções não se reduz a taxa de reincidência, senão a aumenta drasticamente*”. Isso está correto inclusive quando se faz uma comparação entre as espécies de sanções: penas privativas de liberdade sem livramento condicional possuem a mais alta cota dentro da taxa de reincidência. Entretanto, quando se observa a *duração* das sanções, esse quadro resulta diferente, porque as taxas de reincidência nos casos de penas privativas de liberdade que ultrapassam mais de dois anos e, sobretudo, mais de cinco anos, são claramente mais baixas do que as das penas privativas de liberdade mais curtas.<sup>(2)</sup>