

El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista*

José Luis DIEZ RIPOLLES

1. EL ORDEN SOCIAL

Tras las modernas aportaciones de Rawls y Habermas se ha producido una profunda revitalización de la idea contractualista como criterio legitimador del orden social. Con ellos, sin embargo, este tradicional y fecundo criterio fundamentador de las sociedades modernas ha terminado asumiendo en un grado hasta ahora desconocido el carácter contingente de sus contenidos, alejándose en alguna medida de los planteamientos kantianos que a partir de cierto momento consolidaron la teoría clásica del contrato social.

Aunque desde un análisis sociológico pudiera parecer sorprendente ese afán relativizador de los contenidos del contrato social en una época de profunda integración de culturas diversas en sociedades cada vez más homogéneas, el énfasis colocado en la pluralidad de alternativas morales y políticas pretendidamente existente en nuestras sociedades, o en su escasa toma en consideración, ha permitido situar en primer plano el análisis del procedimiento a través del cual se puede llegar a obtener un legítimo consenso sobre las cuestiones políticas y sociales centrales¹.

Ahora bien, los avances registrados en la identificación y superación de las barreras comunicacionales que obstaculizan la obtención de ese consenso básico², han sentado simultáneamente las bases para una extensión del consenso social a ámbitos sociales hasta hace poco sustraídos en buena parte a la discusión pública intercívica y que, sin constituir el núcleo primario del orden político, se ocupan de aspectos fundamentales de la convivencia social. Este sería el caso de la Política criminal.

2. EL ORDEN SOCIAL CONSTITUCIONAL

En cualquier caso, no debe olvidarse que en una sociedad que se ha dotado democráticamente de una Constitución es esa norma legal la que recoge el contenido básico del acuerdo social, condicionado históricamente y desde luego susceptible de

modificación, al que se ha llegado para el ejercicio del poder.

En las más recientes constituciones se tiende a especificar no sólo, como venía siendo habitual, los procedimientos formales de ejercicio del poder, esto es, la estructura política del correspondiente Estado, sino igualmente los objetivos que deben perseguirse con ella. Esto ha dotado a las citadas normas fundamentales de un pequeño grupo de principios o valores superiores que deben inspirar en todo momento la actuación de los poderes públicos; por lo demás, ellos suelen ir referidos a un extenso catálogo de derechos fundamentales, libertades públicas o garantías individuales, que supera con creces la tradicionalmente breve enumeración existente en constituciones precedentes³.

La profunda imbricación entre Poder y Derecho a que da lugar ese acertado condicionamiento, constitucionalmente prescrito, del ejercicio de los poderes públicos a la consecución de determinados objetivos, origina un notable enriquecimiento de los contenidos del contrato social, ya no limitado sustancialmente a describir el *procedimiento* acordado que va a legitimar el ejercicio de la fuerza, sino interesado en asegurar que ésta persiga determinados fines, que sin duda trascienden holgadamente al mero mantenimiento del orden o la paz públicos.

De este modo se logra introducir dentro del sistema político-jurídico unas pautas valorativas, cuyo rango normativo les otorga una capacidad limitadora o promotora de actuaciones de los poderes públicos de tal naturaleza que les convierte en referencias imprescindibles de toda crítica a la vigente realidad social y de todo afán de modificación social⁴.

En conclusión, si las nuevas elaboraciones filosóficas contractualistas están possibilitando, aun quizás sin pretenderlo, una extensión de la discusión y los acuerdos sociales a ámbitos hasta ahora no siempre insertos suficientemente en el contrato social, las nuevas constituciones están forzando órdenes de convivencia social en los que el monopolio de la fuerza está más condicionado que nunca a la persecución de unos objetivos cuya legitimidad deriva en último término del consenso social que los soporta.

* Este trabajo ha sido realizado con motivo de una ponencia presentada al Congreso internacional en conmemoración del 75 aniversario del código penal argentino, celebrado en Buenos Aires en agosto de 1997.

¹ Cfr. Vallespín Ona, "Nuevas teorías del contrato social: Rawls, Nozick, Buchanan". Alianza universidad. 1985. Págs. 15-29, 33-39, 50-134; del mismo, "Diálogo entre gigantes. Rawls y Habermas". En "Claves de razón práctica", nº 55, 1995.

² Véase sintéticamente Habermas, "Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz". En "Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie". Suhrkamp. 1974. Págs. 101-140; Díez Ripollés, "Los elementos subjetivos del delito". Tirant. 1990. Págs. 198-204.

³ Ese es el caso de la Constitución española de 1978, especialmente en el artículo 1.1 y en el Título I, y de la Constitución argentina de 1994, especialmente en su primera parte a partir del artículo 14 y en diversos lugares del artículo 75.

⁴ Véase Peces Barba, "Los valores superiores". Tecnos. 1986. Págs. 11 y ss.

3. EL CONTROL SOCIAL COMO FACTOR CONFIGURADOR DEL ORDEN SOCIAL

Pero un orden social, cualquiera que éste sea, no se logra a través de un simple acuerdo sobre sus contenidos. Exige una profunda involucración de muy diferentes instituciones sociales, sean de naturaleza primaria como la familia, la escuela, la comunidad local..., sean de naturaleza secundaria como la opinión pública, los tribunales, la policía... . Todas ellas aportan su colaboración para asegurar que los comportamientos de los ciudadanos sean socialmente correctos, esto es, respetuosos con los contenidos del orden social acordados.

Un análisis coherente del funcionamiento de tales instituciones se logra a través de su inserción en el sistema de control social irrenunciable en toda sociedad: este tiene la misión de garantizar el orden social, sea socializando a los ciudadanos por medio del fomento de la interiorización en ellos de los comportamientos sociales adecuados, sea estableciendo las expectativas de conducta tanto de los ciudadanos como de los órganos encargados de incidir sobre la conducta desviada. Elementos fundamentales del sistema de control social en su conjunto, al igual que de los diferentes subsistemas en que aquel se descompone según el ámbito social en el que se actúe, son tres: la norma, la sanción y el procedimiento de verificación de la infracción de la norma, de determinación de la sanción a imponer y de cumplimiento de ésta⁶.

El Derecho penal viene a ser un subsistema más dentro del sistema de control social, que, como todos los restantes, persigue sus mismos fines de aseguramiento del orden social y se sirve de idénticos instrumentos fundamentales, esto es, normas, sanciones y proceso. Ahora nos interesa, sin embargo, destacar una serie de aspectos del subsistema penal de control social:

Ante todo, la virtualidad limitada de sus objetivos, de tal forma que desligado el Derecho penal de los otros subsistemas de control social carece de eficacia para asegurar la vigencia de sus normas. Esta constatación, válida para todos los subsistemas y que pone de manifiesto su necesaria interacción recíproca, impide que el Derecho penal se atribuya tareas irrealistas como agente de transformación social y le fuerza a marcarse ámbitos de protección, prever sanciones y regular procedimientos de un modo sustancialmente coincidente al de los otros subsistemas de control social.

En segundo lugar su reducido campo de actuación, derivado de su consideración, por motivos que ahora no vienen al caso, como último recurso del que dispone el control social, que limita su intervención a los comportamientos que cuestionan los presupuestos inequívocamente imprescindibles para el

⁶ Véanse, dentro de la abundante bibliografía sobre el control social, Pitts-Etzioni, Voz "Control social" en "Enciclopedia internacional de las ciencias sociales". Aguilar. Págs. 160-171; Clark-Gibbs, "Soziale Kontrolle: Eine Neuformulierung" En "Seminar: Abweichendes Verhalten.I. Die selektiven Normen der Gesellschaft". Hrg. Lüderssen-Sack. Suhrkamp. 1974 Págs 153-171; HASSEMER, "Einführung in die Grundlagen des Strafrechts". C.H.Beck. 1981. Págs. 293-294 (Hay traducción española de Muñoz Conde-Arroyo Zapatero en Bosch casa editorial).

mantenimiento del orden social y siempre que la ausencia de una enérgica reacción frente a ellos vaya a dar lugar a una intensa o rápida desorganización social.

Por último, su alto grado de formalización, notablemente superior al de los otros subsistemas, que refleja su estrecha vinculación a postulados propios del liberalismo político, y que en este caso se pueden resumir en el temor de que la intervención del Estado sobre los derechos de los ciudadanos termine siendo arbitraria, algo que se presenta al alcance de la mano de los poderes públicos dados los conflictos especialmente graves a resolver y la consecuente trascendencia de las sanciones a imponer en este ámbito del control social⁷.

4. MODELOS DE INTERVENCIÓN PENAL EN EL MARCO DEL CONTROL SOCIAL

La caracterización acabada de realizar de los rasgos más sobresalientes del Derecho penal en sus correspondientes tareas de control social guarda estrecha relación con uno de los modelos de intervención penal defendidos en las últimas décadas, el que propugna un Derecho penal garantista. Sin embargo, antes de seguir adelante, debemos pronunciarnos sobre los otros dos modelos de intervención penal objeto de discusión en tiempos recientes⁷.

Las tesis abolicionistas, con su consideración del delito como un conflicto entre intereses contrapuestos de las partes que el Derecho penal actual no sólo es incapaz de evitar, sino igualmente de atender a las necesidades de la víctima o de ayudar al delincuente, ni se postulan para la resolución de los conflictos ligados a la criminalidad grave, ni suponen abandonar el ámbito del control social sino simplemente trasladar la problemática a otro subsistema de éste en el que se pierden las importantes ventajas del control social formalizado propio del Derecho penal, singularmente el distanciamiento entre autor y víctima evitador de la venganza privada y la igualdad de armas entre las partes neutralizadora de sus diferencias sociales y económicas.

La ideología del tratamiento, con su absolutización de la resocialización del delincuente en detrimento, si es preciso, de la seguridad jurídica, ha tropezado ante todo con su ineficacia, por la insuficiencia de las técnicas disponibles, pero también con su injustificada focalización en la desviación in-

⁷ Sobre los rasgos del Derecho penal como subsistema de control social, véanse Hassemer, Op. cit. Págs 295-297; Hassemer-Muñoz Conde, "Introducción a la Criminología y al Derecho penal". Tirant. 1989. Págs. 116-117; Muñoz Conde, "Derecho penal y control social" Fundac Univ de Jerez. 1985. Págs. 36-41

En cualquier caso, todo análisis teórico sobre el control social en la sociedad moderna, así como sobre el papel de las instituciones penales al respecto, no puede prescindir del enfoque fuertemente crítico aportado por Foucault. Cfr. en ese sentido Foucault, "Vigilar y castigar". Siglo XXI. 1978. Págs. 11 y ss, del mismo, "La verdad y las formas jurídicas". Gedisa. 1983. Págs. 91-96, 117-137; sintéticamente, Sauquillo, "El discurso crítico de la modernidad: M. Foucault". En "Historia de la teoría política.6". Vallespín ed. Alianza editorial. 1995. Págs. 259-305

⁷ Véase una interesante exposición de los tres modelos en Silva Sánchez, "Aproximación al Derecho penal contemporáneo". Bosch editor. 1992. Págs. 18-41.

dividual desconsiderando los aspectos sociales, y no en último término con la injerencia injustificable en la personalidad del individuo que conlleva.

Por el contrario, el auge actual del Derecho penal garantista quizás sea explicable, no tanto por tratarse de un modelo de intervención penal que asume planteamientos *eclécticos* sobre la legitimación del Derecho penal, con el efecto aunador de voluntades que tales posturas suelen suscitar, cuanto porque se muestra *escéptico* respecto a las posibilidades del Derecho penal como instrumento de control social. Esta actitud es la que permite entender la auto-limitación tan característica del garantismo, expresiva menos de las interrelaciones recíprocas entre las diversas fuentes de legitimación que del deseo de no agotar las potencialidades de cada una de ellas⁹.

En efecto, estamos ante un Derecho penal auto-limitado en virtud de tres ideas fundamentales: Su humanización, basada en la tajante consideración de la pena como un mal, y que consecuentemente obliga a restablecer la seguridad jurídica respecto a ella, a valorar el tratamiento como un derecho disponible del delincuente, y a perfeccionar el sistema de penas. Su configuración como un Derecho penal mínimo, que aspira fundamentalmente a frenar las pretensiones ampliatorias de los mecanismos preventivo-generales, por la vía de identificar el límite superior, que no debe ser superado, de su contribución al control social. Y su desconexión de las exigencias éticas, que lleva a que sus contenidos se provean en función de las necesidades sociales históricamente condicionadas de mantenimiento del orden social y de las vigentes concepciones sociales sobre los bienes a proteger y el sistema de responsabilidad a respetar.

5. LOS PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DE LA INTERVENCIÓN PENAL GARANTISTA. LOS PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DE PROTECCIÓN

En el marco conceptual sentado en las páginas precedentes podemos identificar tres grandes bloques de principios en torno a los cuales se ha de estructurar la intervención penal garantista, y que pueden denominarse, respectivamente, los principios de la protección, de la responsabilidad, y de la sanción:

El primero de ellos atiende a las pautas que deben regir la delimitación de los contenidos a proteger por el Derecho penal. El segundo se ocupa de los requisitos que deben concurrir en un determinado comportamiento para que se pueda exigir responsabilidad criminal por él. El tercero atiende a los fundamentos en virtud de los cuales se puede reac-

cionar con sanciones frente a una conducta responsable criminalmente.

Sin perjuicio de las profundas interrelaciones que se producen entre estos tres grandes bloques, el objeto de nuestro trabajo nos encamina al análisis del primero de ellos. Dentro de él muestran inequívocamente su relevancia los siguientes principios:

El *principio de lesividad*, que ha marcado históricamente el paso de una antijuricidad meramente formal a otra material y que se suele plasmar en la idea de la dañiosidad social. Plantea dos exigencias fundamentales a la hora de incriminar una conducta: debe tratarse de un comportamiento que afecte a las necesidades del sistema social en su conjunto, superando por tanto el mero conflicto entre autor y víctima; y sus consecuencias deben poder ser constatadas en la realidad social, lo que implica la accesibilidad a su valoración por las ciencias empírico-sociales. Será a través de este principio como se logrará una adecuada distinción entre Derecho penal y moral¹⁰, y en él encontrarán un importante campo de aplicación las aportaciones de las ciencias sociales.

El *principio de intervención mínima*, basado en último término en el reconocimiento de un cierto déficit de legitimación del Derecho penal, que llegaría de la mano de la recíproca interacción entre la gravedad de las sanciones susceptibles de imponerse a los ciudadanos a través de este subsistema de control social y la limitada eficacia social a él atribuida. En su virtud surgen dos subprincipios, el del carácter fragmentario del Derecho penal, que constriñe éste a la salvaguarda de los ataques más intolerables a los presupuestos inequívocamente imprescindibles para el mantenimiento del orden social, y el de subsidiariedad, que entiende el Derecho penal como último recurso frente a la desorganización social, una vez que han fracasado o no están disponibles otras medidas de política social, el control social no jurídico, u otros subsistemas de control social jurídicos.

Sin embargo, el principio de intervención mínima precisa de una renovación y profundización conceptuales, en la medida en que no cabe ignorar que padece en la actualidad un implícito cuestionamiento. Este deriva, por un lado, de la potenciación que están experimentando los efectos simbólicos del derecho penal y, por otro, de la perplejidad que suscita la creencia de que cuando los demás subsistemas de control social no funcionan, o lo hacen insuficientemente, es precisamente cuando funciona el subsistema penal de control.

En directa relación con el subprincipio de subsidiariedad debe atenderse a la *relación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*, dos subsistemas de control social que no cesan de aumentar sus semejanzas. Por el momento, los intentos de encontrar una distinción cualitativa entre los intereses sociales a defender por una u otra rama del ordenamiento jurídico han fracasado¹¹, lo que se hace especialmente evidente

⁹ Resulta al respecto muy sugestiva, aunque a mi juicio exagerada, la tesis de Zaffaroni, expuesta en "Abolicionismo y garantías". *Jueces para la democracia. Información y debate* nº 24.1995. Págs. 23 y ss., por la que se produciría un acercamiento entre el abolicionismo y el Derecho penal garantista en cuanto que éste renunciaría en todo momento a legitimar la intervención penal, contentándose con reducirla o interrumpirla a través de sus límites garantistas. Con ello en la práctica trabajaría en la misma línea del abolicionismo pero desde el interior del sistema.

¹⁰ Véase al respecto Díez Ripollés, "El Derecho penal ante el sexo". Bosch casa editorial. 1981. Págs. 34-36, 77-83.

¹¹ Véase un análisis detenido sobre los diferentes intentos en

tras la inclusión en los códigos penales más recientes de bienes jurídicos directamente conectados a las necesidades organizativas de la sociedad del bienestar¹¹. A su vez, la diferenciación cualitativa entre las sanciones ha quedado prácticamente limitada a la imposibilidad de la Administración pública de imponer sanciones privativas de libertad¹², lo que no le impide hacer uso de sanciones pecuniarias que hace tiempo que han superado en carga afflictiva a las procedentes del orden jurisdiccional penal. Por si fuera poco, en las últimas décadas hemos podido percibir la relación en extremo dinámica existente entre ambos órdenes normativos: Si en los años 60 y 70 se produjo un poderoso movimiento despenalizador en Europa occidental, que en parte conllevó el enriquecimiento del Derecho administrativo sancionador, en los años 80 se está produciendo un fenómeno inverso de desadministrativización que traslada al Derecho penal contenidos antes en él no incluidos.

Las actitudes resignadas a ver sólo entre ambos órdenes normativos una distinción meramente cuantitativa suponen sin duda un nuevo frente de debilitamiento de la vigencia del principio de intervención mínima en Derecho penal. La indudable certeza de la exigencia de que un Derecho administrativo sancionador tan cercano al Derecho penal debe asumir en buena medida los principios garantistas penales¹³ no debe eximirnos de la tarea de lograr diferencias sustanciales entre ambas ramas del Derecho: En caso contrario no será la menor de las consecuencias negativas el nuevo avance en la difuminación de la división de poderes.

Por lo demás, todo modelo de intervención penal que se ajuste a los principios de lesividad e intervención mínima debe respetar los límites que son inherentes a la Política criminal, sin pretender desarrollar tareas que sólo competen a una Política social en toda su extensión¹⁴: Mientras ésta puede asumir legítimamente labores de transformación social, que tenderán a aproximar la estructura y realidad sociales a aquellos fines superiores, eventualmente constitucionalizados, que inspiran el consenso social alcanzado, la Política criminal debe limitarse a contribuir al control social, que no es más que un aspecto a desarrollar por la Política social. En este sentido, carece de legitimación para ir más allá del control de la desviación. Resultan preocu-

Cerezo Mir, "Curso de Derecho penal español. Parte general.", 5ª edic. Tecnos. 1996. Págs. 43-53.

¹¹ Piénsese, dentro del nuevo código penal español, entre otros en los delitos contra la Hacienda pública, contra la Seguridad Social, contra la ordenación del territorio, o en las nuevas figuras de los delitos contra la Administración pública.

¹² El artículo 25.3 de la Constitución española prohíbe a la administración civil imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.

¹³ Lo que en España se ha plasmado, tanto en la constitucionalización del principio de legalidad formal y material, y del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables (Arts. 25.1 y 9.3 CE) para el Derecho administrativo sancionador, como en el desarrollo de tales principios y adición de otros nuevos también procedentes del garantismo penal a través de la ley 30/92 de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y de Procedimiento administrativo común. Véase un análisis de ello en Cerezo Mir, Op. cit. Págs. 53-55.

¹⁴ Sobre las relaciones entre Política social y Política criminal véase ZIPF. "Introducción a la Política criminal". Edersa. 1979. Págs. 158-168.

pantes al respecto los intentos de servirse de la intervención penal para modificar comportamientos socialmente integrados, pero sentidos en cierto momento por los poderes públicos como socialmente poco deseados. La utilización del Derecho penal para tales fines conduce a soluciones autoritarias.

Un tercer principio, el de neutralización de la víctima, no debe quedar sepultado bajo las modernas demandas de introducción de medidas de reparación de la víctima por el delincuente. La sustracción del conflicto a la víctima por parte del Estado, y el consiguiente surgimiento de la acción penal pública como reflejo de que todo delito constituye una agresión al conjunto de la sociedad, es un elemento fundamental de todo Derecho penal garantista:

La atribución a la víctima de posibilidades por lo general bastante limitadas de actuación en el marco del proceso penal, a diferencia de las que dispone en el ámbito del proceso civil, se fundamenta en la necesidad de mantener la deslegitimación de la venganza privada, aun en sus formas enmascaradas, de evitar la socialización de los intereses de la víctima, en torno a cuyas posibilidades de reacción se agruparían diversos grupos sociales fomentadores por diversas razones de actuaciones desproporcionadas contra el delincuente, de evitar una legislación simbólica, tranquilizadora de las víctimas pero carente de efectividad, y en último término de posibilitar un Derecho penal que, por estar centrado en una eficaz protección de la sociedad, debe seguir girando en torno al delincuente real o potencial, al ser éste el punto de referencia de la prevención¹⁵.

6. LA NECESIDAD DE UNA TEORÍA SOBRE LA LEGISLACIÓN PENAL

Identificadas las pautas valorativas más generales que han de delimitar los contenidos a proteger por el Derecho penal, conviene que nos detengamos en el modo como habitualmente se produce en nuestras sociedades una modificación legal jurídico-penal, antes de seguir avanzando en sucesivas concreciones valorativas.

El proceso de surgimiento de una ley penal está lejos de limitarse al procedimiento constitucionalmente previsto para su tramitación a partir de la iniciativa del ejecutivo o del legislativo¹⁶. Antes de ello se ha producido un complejo fenómeno sociológico que podría dividirse en cinco fases¹⁷:

En la primera de ellas se comienza a apreciar en la sociedad un cierto desajuste entre una determi-

¹⁵ Véase una defensa nítida de este principio en Hassemer, Einführung...". Op. cit. Págs. 64-71.

Resulta al respecto especialmente preocupante alguna iniciativa legislativa española, en proceso de elaboración, que parece querer vincular en medida variable la adopción judicial de sustanciales decisiones sobre ejecución de la pena por el delincuente, entre las que no se descartan la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena o la obtención de la libertad condicional, a la opinión de la víctima.

¹⁶ Véanse por ejemplo los artículos 87 a 89 de la Constitución española o los arts. 77 a 84 de la Constitución argentina.

¹⁷ Véanse Schneder, "Kriminologie". Walter de Gruyter. 1987. Págs. 792-799, Killias, "Précis de criminologie". Editions Staempfli. 1991. Págs. 368, 384-387, 415-422.

nada realidad socioeconómica y la situación jurídica encargada de atender a ella, que parece expresar la producción de un determinado cambio social; con independencia de la debida comprobación de si ese cambio es real o aparente, surgen opiniones que defienden la adaptación del sistema jurídico, y en concreto del penal, a las nuevas condiciones.

En una segunda etapa se generaliza en la sociedad un estado de preocupación por esa falta de adecuación entre tal realidad socioeconómica y la jurídica. Se trata en todo caso por el momento de actitudes difusas de malestar o de generación de sentimientos individuales poco precisados de inseguridad. Por lo general se apoyan en la aparición de ciertos casos especialmente llamativos, con frecuencia destacados por los medios de comunicación.

Es en la tercera fase en la que se produce un sesgo determinante, en cuanto que los medios de comunicación entran decididamente en acción actualizando y consolidando las actitudes precedentes de la población. Una vez captado el interés social del problema, interés que en ocasiones han podido fomentar ellos mismos en la fase anterior, proceden a darle la visibilidad y autonomía precisas para que se convierta en un auténtico problema social necesitado de solución. Para ello se reiteran las informaciones, se agrupan sucesos hasta entonces no claramente conectados —lo que en ocasiones creará la sensación de estar ante determinadas “olas” de criminalidad—, se multiplican los análisis de urgencia... y, en resumidas cuentas, se sustantiva y delimita lo que hasta entonces no era objeto más que de una vaga, aunque a veces intensa, preocupación social.

En una cuarta fase comienzan a adquirir el protagonismo los grupos sociales de presión, los cuales a veces han podido estar ya activos en la inicial puesta de relevancia del real o pretendido desajuste social, que pretenden canalizar la preocupación y discusión públicas hacia sus propios intereses, sean o no legítimos. Se puede tratar de grupos que defienden intereses muy diversos sobre la materia, sean socioeconómicos, morales, ideológicos... sean meramente profesionales o corporativos. El caso es que comienzan a realizar acopio de información, con las correspondientes actividades de investigación y organización de los resultados obtenidos, y a formular propuestas sobre los objetivos que se deberían conseguir con la reforma legal, las cuales ya están revestidas, al menos formalmente, de la pertinente legitimación científico-social. Del problema, por tanto, se han apropiado uno o varios grupos de presión, quienes, sin poderse desviar palmariamente de la naturaleza de las preocupaciones sociales originarias, tienen un amplio margen para reconducirlo en una dirección determinada.

Sólo cuando el problema ha adquirido la respetabilidad otorgada por los grupos anteriores¹⁸ tiene

¹⁸ Un ejemplo claro de que tal respetabilidad puede no alcanzarse a pesar de que determinadas demandas estén avaladas por listas millonarias de firmas lo constituye en España el rechazo por las instancias oficiales a introducir las draconianas medidas legislativas contra los delincuentes sexuales solicitadas con motivo de las reacciones emocionales suscitadas entre la

aquél expedito el camino para entrar en la fase que permitirá su formulación del modo adecuado para el debate parlamentario de una modificación legal. Es la hora de la burocracia ministerial, que redactará el correspondiente proyecto de ley, o de la burocracia partidista, que hará lo propio con la pertinente proposición de ley. Esta quinta fase, previa a la discusión parlamentaria, se caracteriza por un notable oscurantismo y falta de control, sin que existan mecanismos capaces de garantizar una adecuada cualificación político-jurídica o técnico-jurídica de los elaboradores de los proyectos o proposiciones de ley; los informes externos en ocasiones legalmente previstos¹⁹ no suelen tener carácter vinculante, con frecuencia deben limitarse a cuestiones técnicas, teniendo vedados pronunciamientos de política jurídica —cuestiones de “oportunidad o conveniencia” en la jerga administrativa— y, al formularse en una fase demasiado avanzada del procedimiento de elaboración de los textos, sus observaciones de calado tropiezan con serias resistencias para su admisión.

Ante esta realidad, no debe de extrañar que cada vez sean más numerosas las voces que aboguen por la elaboración de una *teoría de la legislación*, cuyas exigencias repercutan de modo inmediato en la fase de la elaboración legal en la que intervienen las burocracias así como en las ulteriores etapas de discusión parlamentaria. Se trata de construir el marco conceptual adecuado para posteriormente establecer un determinado procedimiento de elaboración de las leyes penales que, yendo más allá del respeto a las formalidades competenciales y secuenciales previstas en las diversas constituciones, introdujera una serie de requisitos procedimentales directamente encaminados a garantizar la consideración de ciertos aspectos materiales. Entre ellos, y apresuradamente, cabe mencionar: información empírico-social acerca de la realidad sobre la que se va a operar, la configuración de las necesidades sociales que se pretenden satisfacer y las consecuencias sociales previsibles de la intervención, análisis fiables del estado de la opinión pública y de la actitud de los grupos de presión o representativos de intereses, manifestaciones de afectados, cálculos de costes económicos de la reforma legal, pronósticos sobre las dificultades de su puesta en práctica, etc.²⁰

En ningún caso se pretende con ello cuestionar o reducir las competencias del órgano constitucional en quien reside la soberanía popular. Se quiere simplemente asegurar que éste, a la hora de tomar la decisión que sólo a él compete, disponga de los materiales cognoscitivos y valorativos imprescindibles

población por el crimen de Alcacer (asesinato de tres adolescentes previamente raptadas y sometidas a todo tipo de agresiones y vejaciones sexuales).

¹⁹ Es el caso en España del Consejo de Estado o del Consejo general del Poder judicial.

²⁰ Es interesante destacar cómo la antigua Ley de Procedimiento Administrativo española en sus arts. 129 a 132, vigentes aún en aquellas comunidades autónomas que no hayan legislado en este punto, establecía una serie de trámites previos obligatorios alusivos a algunos de los aspectos acabados de mencionar, que debían ser cumplimentados antes de alcanzar las fases más avanzadas que habían de conducir a la aprobación de disposiciones de carácter general.

bles. Y para ello parece procedente establecer un control formalizado de los procesos que pueden desembocar en decisiones legislativas penales, cambiando incluso pensar en el desarrollo de un sistema categorial que deba irse progresivamente superando antes de llegar al momento en que se pueda tomar una decisión legislativa, cualquiera que ésta sea²¹.

Al fin y al cabo ese fenómeno ya se ha producido, como todos sabemos, en el ámbito de la aplicación del Derecho penal: el alto valor atribuido con razón a la idea de la independencia judicial no ha impedido que el juez penal en la actualidad sienta que deba respetar estrictamente el procedimiento de exigencia de responsabilidad derivado del concepto analítico del delito. Y seríamos bastante hipócritas si añadiéramos que la aceptación judicial de tal estructura conceptual deriva sin más de la obligada vinculación a la ley de todo juez penal: Los contenidos del concepto analítico del delito, elaborados, con sus diferentes categorías o subcategorías, en el último siglo y medio, han nacido en buena medida al margen de la ley, fruto de una reflexión doctrinal y jurisprudencial deseosa de alcanzar unas cotas socialmente aceptables, no sólo de seguridad jurídica, sino de acomodación a los conceptos sociales en cada momento vigentes de exigencia de responsabilidad social por los actos de cada uno. La ley penal ha servido en muchos casos sólo como pretexto, y en otros se ha limitado a incorporar con posterioridad conceptos o soluciones que ya se venían aplicando en la praxis judicial precedente. Y así sigue siendo hoy en día.

Sin pretender, ni mucho menos, ir tan lejos, resulta ciertamente incongruente que los instrumentos conceptuales de control decisional hayan quedado confinados al ámbito de la aplicación del Derecho, mientras que el sector de la creación del Derecho haya eludido cualquier formalización de su decisión que supere los meros requisitos competenciales y secuenciales²².

7. ALGUNOS ASPECTOS A DESTACAR DE UNA FUTURA TEORÍA DE LA LEGISLACION PENAL

Quisiera en este apartado ocuparme sumariamente de dos componentes imprescindibles de toda teoría de una legislación penal, aun siendo consciente de que dejo fuera de consideración otros tanto o más importantes.

²¹ Ello es tanto más necesario cuanto que las presiones a favor de la consolidación de un Derecho penal meramente simbólico son cada vez mayores, y en la medida en que la influencia del ejecutivo en la labor del legislativo no deja de crecer en las actuales democracias: se podría llegar a la sorprendente situación de que los controles formales que debe de respetar aquél a la hora de dictar disposiciones de carácter general en el ámbito reglamentario los pudiera eludir acudiendo al nivel legislativo formal.

²² La posible alegación de la revisión legislativa a través del Tribunal constitucional, sin obviamente negarle su importante función, no puede ignorar que se encuentra limitada por las conclusiones que se puedan deducir de los contenidos de la Carta Magna. Aquí estamos hablando de algo más que de la mera *compatibilidad* entre el texto constitucional y determinadas decisiones de la legislación ordinaria.

Ante todo debe decirse que tal estructura conceptual formalizadora de los procesos materiales de decisión legislativa debería desde luego integrar todas aquellas pautas valorativas generales delimitadoras de los contenidos a proteger por el Derecho penal, que hemos ido viendo en los apartados precedentes. En este sentido, los *principios estructurales* de la protección ya aludidos deberán desempeñar una función determinante. Pero ahora quiero atender a otra serie de principios, que presuponen a los anteriores, pero que, a diferencia de éstos, se encuentran íntimamente ligados a la corrección de una concreta decisión legislativa. Me refiero a los que llamaré *principios coyunturales*, de los que voy a hacer una enumeración probablemente muy incompleta²³.

El principio *in dubio pro libertate* corresponde en la creación del Derecho, aunque con ciertas salvedades, al principio *in dubio pro reo* vigente en el ámbito procesal de aplicación del Derecho, y se encuentra vinculado a una concepción de la sociedad en la que la libertad constituye uno de sus valores superiores. Implica la renuncia a penar comportamientos si hay dudas respecto a su lesividad social, al respeto del principio de intervención mínima o de cualesquiera otros principios estructurales; debe regir desde luego en las decisiones de penalizar, pero también a la hora de deslegitimar el mantenimiento de decisiones previas de penalización.

El principio de *tolerancia*, que supone aceptar un cierto nivel de conflictividad social sin una consecuente reacción de las instancias de control jurídico-penal, pese a no haber dudas sobre la lesividad del comportamiento, la concurrencia del principio de intervención mínima... etc. Ello se asume a cambio de los beneficios en libertad individual obtenidos, los posibles errores en las decisiones penalizadas tras que se puedan producir, y la potenciación de una sociedad dinámica abierta a la eventual modificación de ciertas perspectivas valorativas. Naturalmente el alcance de este principio no debe rebasar los límites existentes de cara al mantenimiento de elementos esenciales para la convivencia, cuya localización será diversa en función del grado de estabilidad e integración alcanzados por la sociedad correspondiente.

El principio de *ponderación de daños y ventajas*, a través del cual se valoran los efectos dañosos adicionales o complementarios que produce una decisión de penalizar o despenalizar, que en ocasiones pueden ser de mayor entidad que los beneficios que la penalización o despenalización comporta²⁴.

El principio de *practicidad procesal*, que prohíbe intervenir penalmente sobre conductas que no son accesibles a las condiciones operativas del proceso penal, sean las inherentes a sus principios funda-

²³ Véanse referencias a algunos de estos principios en Hassem-Muñoz Conde, "Introducción...". Op. cit. Págs. 65-77, 169; ZIPF, "Introducción...". Op. cit. Págs. 79, 84, 94, Díez Ripollés, "El Derecho penal ante...". Op. cit. Págs. 86-102, 182-183, 189, 198-201, 254-263.

²⁴ En cualquier caso, si tales efectos colaterales son beneficiosos nunca pueden erigirse en la razón más importante para la penalización de un comportamiento, pues se atentaría contra el principio de intervención mínima.

mentales, sean las producidas contingentemente pero con frecuencia y no superables.

El principio de *abstención de tareas de ingeniería social*, por el que no deben determinar la decisión legislativa, ni las consecuencias que la despenalización pueda producir sobre el código moral de la sociedad, ni los efectos que la penalización pueda originar en la modificación de comportamientos no desviados. Este principio pretende asegurar el rechazo, ya señalado en el marco del principio de intervención mínima, a la asignación a la Política criminal de funciones de transformación social. El efecto troquelador de las normas penales, esto es, la capacidad del Derecho penal para desencadenar importantes efectos psicológico-sociales de adhesión e interiorización de los valores que fundamentan sus contenidos entre los ciudadanos socialmente integrados²⁵, no ha de hacer caer en la tentación de penar o mantener la punición más allá de lo estrictamente necesario para salvaguardar los presupuestos esenciales para la convivencia. Por el contrario, confinado dentro de ese límite tal efecto realiza una beneficiosa función de evitación de alteraciones artificiosas de los valores mayoritarios.

En una teoría de la legislación resulta igualmente ineludible preguntarse por cuáles sean los puntos de referencia que otorgan legitimidad al poder legislativo para elaborar los contenidos concretos que debe poseer el Derecho penal. No se trata naturalmente de replantearse la legitimidad del Derecho penal en su globalidad, que ya le hemos reconocido como subsistema de control social de un determinado orden social constitucionalmente establecido, y ajustado consecuentemente a determinados principios estructurales. Ahora nos movemos en un plano inferior, que aspira a descubrir los *criterios de legitimación* de las concretas decisiones de legislación penal. Y al respecto se suele acudir a cuatro grandes puntos de referencia²⁶.

El primero es el de los criterios ideales. Dentro de ellos, los criterios ideales explícitos intentan fundamentar sus decisiones en un determinado modelo de sociedad, sin alternativas al menos dentro de una época histórica, y en el que por consiguiente no proceden cuestionamientos a partir de la variación de las opiniones o realidades sociales: Un fundamento tal se opone desde luego a la relatividad y mutabilidad de los valores sociales propias de toda sociedad pluralista. Más frecuente resulta el enmascaramiento de perspectivas idealistas por medio del criterio basado en personificaciones ideales; las decisiones penales se pretenden, así, vincular a las opiniones que al respecto sustentaría una "persona media", un "ciudadano normal", de nuestra sociedad: Los problemas comienzan cuando, por un lado, se constata la vaga generalidad de tales arquetipos, desconsideradora de la variedad de nuestras sociedades en cuanto se desciende a cla-

ses o grupos sociales más singularizados, y por otro y sobre todo al comprobar que tales arquetipos se elaboran a partir de la asunción de los valores más tradicionales de la sociedad, en concreto de la persona conformista, aquella incapaz de ir a contracorriente de los juicios de valor propuestos por las instancias sociales y que no puede tomarse como modelo de ciudadano en una sociedad pluralista que asume su integración por personas autorresponsables y críticas.

Un segundo punto de referencia está constituido por los criterios expertos. En auge con la vigencia de los enfoques funcionalistas en la sociología jurídica, se caracterizan por adoptar un enfoque científico-tecnocrático. Sostienen que sus conclusiones derivan sin apenas mediación de los datos obtenidos de la investigación empírico-social, que se ha ocupado de analizar la realidad social sobre la que es susceptible de operar el Derecho penal así como de las consecuencias que devendrían de su intervención. Su legitimidad nacería de su apego a las necesidades objetivas de la sociedad con un nulo o escaso condicionamiento, a diferencia de los otros criterios, por un apriorístico cuadro de valores social. Tales enfoques son criticables, ante todo, por su pretendida neutralidad valorativa, ya que se apoyan sin duda en un concreto, aunque latente, modelo de sociedad, cuya no explicitación les permite descalificar a las restantes alternativas, tachadas de irracionales con el argumento de que no se cimantan en datos empíricos. Por otra parte su enfoque tecnocrático contradice los postulados de una sociedad pluralista al sustraer en gran medida a los ciudadanos normales la decisión sobre los contenidos del Derecho penal. Ambas críticas no deben ensombrecer la meritoria actitud de fondo que suya a estas tesis: el análisis previo de la realidad social constituye un elemento fundamental para sentar las bases de una discusión racional a la hora de tomar decisiones sobre los contenidos del Derecho penal. Pero no elimina el carácter valorativo en último término de tales decisiones.

En marcado contraste con los criterios anteriores, los que podemos denominar criterios constitucionalistas consideran que es en la norma fundamental, por lo general dotada de un amplio elenco de derechos fundamentales, garantías individuales y principios rectores de la política social y económica, donde ya se han tomado las decisiones de política criminal, de modo que el legislador ordinario sólo debe ocuparse de explicitarlas adecuadamente. Esta absolutización del texto constitucional ignora ante todo la complejidad y mutabilidad de las actuales sociedades y la pluralidad de frentes sociales a los que debe atender la política criminal, aun con un escrupuloso respeto del carácter subsidiario del Derecho penal. Sin duda resultará ilegítima cualquier decisión legislativa que se oponga frontalmente a lo dispuesto en la ley básica que estructura el consenso social alcanzado, sea en preceptos concretos sea en sus principios inspiradores, pero la Constitución carece de potencialidad para ir más allá de una predeterminación negativa de un buen número de decisiones de política legislativa crimi-

²⁵ Efectos que son conceptualmente independientes de los conseguidos con la amenaza de la pena sobre los delincuentes potenciales.

²⁶ Véase una detenida exposición de la mayor parte de ellos y la correspondiente toma de postura en Díez Ripollés, "El Derecho penal ante...". Op cit Págs.175-201.

nal. Podríamos decir que ella delimita el campo de juego donde debe dirimirse la contienda sobre los comportamientos que atentan contra los presupuestos esenciales para la convivencia, pero el reglamento de juego queda en las manos de la legislación ordinaria. Ese margen de autonomía otorgado a la legislación ordinaria fomenta, por lo demás, sociedades dinámicas, abiertas a modificaciones valorativas de importancia, que pueden en determinado momento dar lugar a reformas constitucionales, sin que la norma fundamental se convierta en una rémora a la paulatina evolución de las concepciones sociales²⁷.

A mi juicio, sin olvidar la función que desempeñan los dos criterios precedentes, el genuino criterio legitimador es el configurado por las convicciones generales, que podríamos denominar también democrático, en virtud del cual son las mayorías sociales amplias, históricamente condicionadas en sus valoraciones, las que deben determinar toda decisión de política legislativa criminal. Es el único criterio coherente con una sociedad pluralista, basada en ciudadanos autorresponsables y críticos a quienes no se puede privar de la decisión de lo que en cada momento consideran fundamento imprescindible para la convivencia.

Naturalmente, en coherencia con los principios estructurales del Derecho penal, se ha de partir de mayorías muy cualificadas y que, además, muestren respecto a la cuestión correspondiente un notable grado de estabilidad. Tales mayorías, por otra parte, han de lograrse por la línea de mínimos y no de máximos, esto es, ha de pensarse lo que prácticamente todos creen que debe ser considerado delictivo, y no lo que cada uno de los grupos de presión social creen por su parte que debe criminalizarse; el empobrecimiento de contenidos del Derecho penal que tal modo de proceder conlleva corresponde, coherentemente, al principio de intervención mínima.

Por otro lado el criterio propugnado presupone una decidida utilización de métodos demoscópicos, como instrumentos de especial relevancia para dotarle de auténtico contenido, con más motivo si se piensa que se dispone ya de técnicas suficientemente fiables; su desacreditación encubre con alguna frecuencia, en lugar de razonables cuestiones metodológicas, un deseo de los legisladores de reservarse para sí la concreción de lo que opinan las mayorías sociales, con los riesgos ya vistos²⁸.

²⁷ Véase específicamente sobre este criterio también mis opiniones en Díez Ripollés, "Bien jurídico y objeto material del delito de aborto". En "La reforma del delito de aborto". Díez Ripollés coordinador. Comentarios a la legislación penal. Tomo IX. Edersa. 1989. Págs. 18-20.

²⁸ La exigencia de mayoría cualificada para aprobar todas las leyes penales, de facto instaurada en el ordenamiento jurídico español a través de la generalización de su sometimiento a la reserva de ley orgánica, así como el amplio reconocimiento de tal reserva para la legislación penal por el Tribunal constitucional, constituye una asunción implícita de que las decisiones legislativas penales deben tener tras sí, por medio de sus representantes, a la gran mayoría del cuerpo social (vid. con todo inmediatamente infra).

Por el contrario, no parece concorde con la significación que acabamos de atribuir al criterio de las convicciones generales el que el artículo 39 p.3 de la Constitución argentina excluya explícitamente de las materias que pueden ser objeto de ini-

8. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO COMO INSTRUMENTO DE CONCRECIÓN DE LOS CONTENIDOS PENALMENTE PROTEGIBLES

El concepto de bien jurídico, surgido de la profundización en la idea de la antijuricidad material frente a la mera antijuricidad formal propia del más estricto positivismo jurídico, se ha configurado en los últimos tiempos como un instrumento técnico-jurídico de primordial importancia en la determinación penal de los presupuestos esenciales para la convivencia social. Por medio de él se dotaría el Derecho penal de un catálogo de bienes con las cualidades necesarias para acomodarse a los principios estructurales de la intervención penal, singularmente al de lesividad, y capaces por otro lado de configurar en su torno preceptos que describan conductas que los lesionen o pongan en peligro.

En consecuencia se ha llegado a hablar del "dogma" del bien jurídico protegido, de modo que sería rechazable todo precepto del que no pudiera decirse que pena conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico. Tal sería el caso de aquellos que aspiraran a garantizar comportamientos con una mera trascendencia moral, o de los que castigaran conductas cuyos efectos negativos en la realidad social no sean fácilmente apreciables o individualizables.

Aunque el concepto de bien jurídico surgió en el ámbito de la aplicación del Derecho, donde desempeña una trascendente función en la interpretación teleológica, por más que sometido a los principios de legalidad y seguridad jurídicas, es fácil concordar en que es la fase de creación del Derecho la que le ofrece las mejores condiciones para el desenvolvimiento de todas sus potencialidades. Dentro fundamentalmente de este último contexto quisiera llamar la atención sobre algunos aspectos polémicos relacionados con su empleo.

Se ha cuestionado el concepto de bien jurídico por admitir en su seno objetos de protección de naturaleza puramente ideal, de modo que su utilidad metodológica sería dudosa en un Derecho penal que procura cada vez con más ahínco vincular sus decisiones tutelares a daños sociales efectivos.

La crítica precedente no capta, a mi juicio, la complejidad de una adecuada noción de bien jurídico que no ha de perder en ningún momento su *materialidad*: Sin duda todo bien jurídico, en cuanto *juicio de valor* positivo sobre una *situación o relación de la realidad social*, posee un componente ideal; tal juicio supone integrar esa relación o situación en un lugar preciso dentro de una determinada ordenación valorativa de las realidades sociales²⁹. Esas situaciones o relaciones de la realidad social son el *substrato* del bien jurídico, substrato que, cuando se habla en términos globales del bien jurí-

ciativa popular para presentar proyectos de ley las materias penales, ni que el artículo 87.3 de la Constitución española llegue a resultados en buena parte similares al excluir de la iniciativa popular para presentar proposiciones de ley las materias que deban ser objeto de ley orgánica.

²⁹ Así, se valora positivamente el mantenimiento de la vida de las personas, y se estima que eso es más importante que la, también deseable, salvaguarda de su patrimonio.

dico de un precepto, sufre un *proceso de abstracción* o generalización que lo desvincula de sus concretas formas de manifestación³⁰; la materialidad ahora no aparece en primer plano por razones meramente lógicas, y no como antes por realizarse su componente valorativo.

Pero las *concretas formas de manifestación* de ese *substrato* son materiales: eliminada su abstracción, tales situaciones o relaciones sociales se diferencian en unidades socialmente delimitadas, y tales unidades pueden ser dañadas de un modo empírico-socialmente constatable, siempre que se entienda la dañosidad en un sentido sociológico, no natural, dando lugar por lo general a la privación de la posibilidad de realizar determinados comportamientos sociales.

A su vez la producción de tal daño se apoya siempre en la alteración de una *realidad natural*, que es la que sirve de soporte a las precedentes unidades de la realidad social. Tal alteración viene, como mínimo, representada por la misma realización o ausencia de un comportamiento externo, pero normalmente supone alteraciones ulteriores de la realidad natural unidas causalmente al comportamiento externo, y en las que se produce con frecuencia la afección de un *objeto material* constitutivo del apoyo físico que posibilita la realización de la conducta protegida³¹.

Desde la conceptualización precedente resulta interesante señalar que, si bien la mera protección de contenidos morales contradice el principio de lesividad, no sucedería lo mismo con una eventual decisión legislativa de mantener la interiorización en la población de determinadas pautas de conducta, pautas interiorizadas que constituyen situaciones de la realidad social y que se concretan en conductas ajustadas a esas interiorizaciones o en su ausencia, lo que es constatable empíricamente. El problema, sin embargo, reside en que ese bien jurídico no satisface las exigencias del principio de intervención mínima.

También al hilo de lo anterior cabe destacar que la tendencia a crear estructuras típicas de peligro en los preceptos que protegen bienes jurídicos colectivos puede estar condicionada por una indebida confusión entre el plano abstracto y el plano concreto del *substrato* del bien jurídico: para poder hablar de la lesión de un bien jurídico colectivo no es preciso la desaparición de esa realidad social como consecuencia de la lesión, del mismo modo que para afirmar una lesión a la vida tampoco hace falta

que desaparezca la vida humana del planeta o de un determinado territorio; o lo que es igual, que el bien jurídico tenga una dimensión colectiva no quiere decir que tal bien no sea susceptible de diferenciación en elementos individualizables que constituyen concretas formas de manifestación de él³².

Sin duda uno de los problemas fundamentales que afronta la teoría del bien jurídico es su empleo en el ámbito de los denominados indistintamente *bienes jurídicos colectivos*, difundidos o universales. La proliferación de reformas legales que introducen en los códigos penales preceptos protectores de tales bienes ha dado origen a una intensa polémica sobre su procedencia. No es éste lugar donde podamos ocuparnos detenidamente de todos los aspectos del problema, pero sí cabe realizar algunas observaciones.

La primera de ellas ha de ser para reconocer la legitimidad de su introducción en los cuerpos legales penales: su toma en consideración refleja el paso del Estado de derecho liberal, preocupado fundamentalmente por asegurar el orden social en un contexto de garantías formales de la convivencia, a un Estado que además es social y por ello aspira a lograr esa convivencia pacífica por medio del aseguramiento a todos los ciudadanos de determinados presupuestos materiales.

Sin duda su masiva integración en los códigos ha creado disfunciones importantes, entre las que podrían destacarse la extrema vaguedad de algunas de sus formulaciones, la tendencia, probablemente derivada del déficit anterior, a acomodarse en estructuras típicas de peligro con los riesgos para la seguridad jurídica a que ello da lugar, y su fácil abuso por un legislador que quiere servirse del Derecho penal para labores de transformación social que son a éste ajenas, cuando no para producir efectos meramente simbólicos en la sociedad³³. Pero en neutralizar tales defectos consiste el desafío que a la ciencia penal hace la necesaria introducción de estos objetos de tutela.

Las ocasionales propuestas de limitar la aceptación de tales bienes a sólo aquellos que tengan claras connotaciones individualistas, lejos de implicar un avance en el Derecho penal garantista, suponen reconocer anticipadamente el fracaso de nuevas elaboraciones conceptuales más ajustadas a las actuales necesidades de tutela de las sociedades democráticas, que es lo mismo que decir de los individuos que las integran. La resignada admisión de que vivimos en una sociedad de riesgo, que tiene que asumir construcciones conceptuales tan poco precisas como las que actualmente ofrecen muchos bienes jurídicos colectivos, parece más bien el caballo de Troya de los partidarios de sustituir el concepto de bien jurídico por otros instrumentos técnico-jurídicos más concordes con una visión

³⁰ Se habla de la vida, patrimonio... sin referencias a vidas o patrimonios concretos.

³¹ Así, bien jurídico es la vida humana en el grado de valoración positiva que merece por la sociedad; *substrato* de ese bien jurídico es la vida humana como realidad social preexistente; formas concretas de manifestación de ese *substrato* son los procesos existenciales individuales; objeto material es el organismo biológico. Asimismo, bien jurídico es la posesión de bienes materiales en la medida en que se valora positivamente por la sociedad; *substrato* será el patrimonio individual como realidad social preexistente; formas concretas de manifestación de ese *substrato* son las capacidades de disposición por sus respectivos poseedores de objetos con valor económico; objeto material son esos objetos con valor económico.

Véase ya una formulación muy cercana a la acabada de realizar, en Díez Ripollés, *El Derecho penal ante...*. Op. cit. Págs. 105-113.

³² Sobre los bienes jurídicos colectivos véase inmediatamente *Infra*.

³³ Véase una actitud crítica hacia la proliferación de bienes jurídicos colectivos, entre otros, en Hassemer, "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos". *Pena y Estado*. N.º 1. 1991. Págs. 31-36; Baratta, "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal". *Pena y Estado*. N.º 1. 1991. Págs. 40-49.

expansiva del sistema de control penal y menos respetuosos con los actuales principios estructurales de intervención penal.

Frente a tales alternativas, parece más acertado concluir que la presencia de los bienes jurídicos colectivos confronta al Derecho penal de modo perentorio con la necesidad de llevar a cabo esa tarea siempre pendiente de colaboración entre las ciencias sociales, singularmente en este caso la sociología, y la política criminal, colaboración que debería orientarse en el tema que ahora nos ocupa en dos direcciones fundamentales: Por un lado, a la búsqueda de una formulación de tales bienes jurídicos que compatibilice una adecuada descripción empírica de realidades sociales merecedoras de protección jurídico-penal con una delimitación conceptual aceptable en los estrictos términos de la dogmática penal. Por otro lado, y como consecuencia de lo anterior, a la elaboración de un concepto de lesión material o dañosidad de tales bienes jurídicos colectivos que, cumpliendo las exigencias dogmáticas, permita sustituir en un buen número de casos las muy cuestionables estructuras típicas de peligro, hoy tan generalizadas en relación con estos objetos de tutela, por las más garantistas de resultado material.

Por último, a la hora de seleccionar los bienes jurídico-penalmente protegibles no ha de pasarse por alto la polémica sobre la *naturaleza secundaria* o meramente sancionatoria del *Derecho penal*. Desde antiguo un sector minoritario de la doctrina penal ha defendido que al ordenamiento jurídico-penal no le competiría la función valorativa de determinar qué conductas merecerían ser calificadas como ilícitas, sino que habría de limitarse a sancionar con una pena las formas más graves de los ilícitos previamente identificados como tales por los otros sectores del ordenamiento jurídico; dicho de otro modo, la política criminal estaría condicionada por las valoraciones de ilicitud previamente desarrolladas en los otros sectores de la política jurídica. Frente a tales tesis, un sector doctrinal mayoritario ha alegado que se pueden identificar preceptos penales que castigan conductas no prohibidas por otros sectores jurídicos, lo que demostraría que la política criminal toma

decisiones de penalización basadas en valoraciones autónomas sobre determinadas conductas, sin importarle que no hayan sido consideradas ilícitas en otros sectores jurídicos; en todo caso se reconoce la excepcionalidad de tales supuestos³⁴.

A mi juicio es *prima facie* acertado sostener la opinión minoritaria antedicha, y en consecuencia afirmar la naturaleza secundaria de la Política criminal y, por extensión, del Derecho penal. Al fin y al cabo ello resulta en extremo coherente con el principio de intervención mínima y, dentro de él, con el principio de subsidiariedad. Sin embargo, la precedente afirmación debe ser inmediatamente aclarada a partir de la constatación de que la intervención penal realiza dos funciones valorativas autónomas de gran trascendencia:

En primer lugar, selecciona con criterios propios las formas de esos ilícitos respecto a las que procede una decisión de penalización. En ello jugarán un papel decisivo los principios estructurales de la protección, pero también los principios coyunturales, además de todos los contenidos adicionales propios de una teoría de la legislación.

En segundo lugar, la integración de tales ilícitos en el Derecho penal conlleva su reformulación a tenor de criterios específicamente penales, en concreto su acomodación a la peculiar estructura del sistema de responsabilidad jurídico-penal tal como está plasmado en el concepto técnico-jurídico de delito, y el aprovechamiento de las diversas alternativas valorativas y conceptuales en él existentes. Ello posee una especial significación desde un punto de vista axiológico ya que, por ejemplo, abre la vía para el castigo de supuestos de tentativa, de participación, de delitos mutilados de dos actos... cuya consideración como ilícitos en otros sectores del ordenamiento jurídico, o su adecuada diferenciación, con frecuencia no es posible al carecer de tales estructuras conceptuales o de un afinado desarrollo de ellas.

En resumidas cuentas, se puede sostener que la Política criminal y el Derecho penal, desde un substrato de ilicitud procedente de otros sectores jurídicos, elaboran finalmente sus contenidos a partir de pautas valorativas propias y autónomas, por lo que ha de hablarse de una limitada naturaleza secundaria de ellos³⁵.

³⁴Véase una exposición del problema con toma de postura contraria a la naturaleza secundaria del Derecho penal, en Cezeo Mir, "Curso de Derecho penal..." Op. cit. Págs 59-60.

³⁵ Véase una exposición muy cercana en Díez Ripollés, "La categoría de la antijuricidad en Derecho penal". ADPCP. 1991 Págs. 752-753.