

Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (*)

EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO

Catedrático de Derecho penal
de la Universidad Complutense de Madrid

1. Comenzaré con unas afirmaciones elementales relativas al bien jurídico que, sin embargo y precisamente por ese carácter, son fundamentales para la exposición que, seguidamente, me propongo hacer.

Toda norma jurídica incriminadora surge por y para amparar algo. Y a alguien. Algo y alguien relacionados. Relación que expresa un interés.

Sea cualquiera el lugar, el tiempo y el signo político de ese surgimiento y sea cualquiera la índole del interés, tengo por cierto que una norma jurídica incriminadora nace porque y para que un interés resulte preservado.

Y en el momento en que esa norma alcanza vigencia, y sus términos reflejan adecuadamente la protección buscada con ella, aquel interés —preexistente— se transforma en interés jurídico. Y en el mismo instante, la taumaturgia del Derecho lo tornará en un «bien». Tanto si, con óptica metafísica o material, el interés se estima (individual y/o colectivamente) «bueno», como si no se entiende así. De aquí el calificativo con que se acompaña al nombre: un bien, ciertamente; pero, un bien jurídico (1).

(*) El presente texto tiene su origen en la ponencia que, bajo el mismo título, defendí en el Seminario «El bien jurídico: función y criterios de selección. Especial consideración del problema de los bienes jurídicos colectivos», que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de Universidad de Granada los días 27 y 28 de mayo de 1988. Reelaborado, lo expuse como conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco, en San Sebastián, el día 30 de noviembre de 1989. Quiero expresar mi agradecimiento a quienes, en cada caso, me invitaron a participar en las actividades académicas de su centro.

(1) Entienden que «el concepto de bien jurídico no puede modelarse sobre la idea de interés», MANUEL COBO y TOMÁS SALVADOR VIVES, *Derecho penal. Parte General*, 2.ª ed., Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1987, p. 221. Por su parte, HASSEMER (en WINFRIED HASSEMER y FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 111-112) piensa

2. Si se acepta lo anterior, decir —como es usual— que el Derecho penal ha de responder al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, acaso parezca una tautología.

Sin embargo, no es tal. No lo es porque, en realidad, con esa formulación ya no tiene que pretenderse descubrir lo que el Poder ocultara celosamente durante siglos. Que, en efecto, tras las prohibiciones o mandatos normativamente acuñados, existe la protección de intereses. Y no el reflejo de una voluntad divina o la plasmación de un orden natural, de donde dimanar nudos deberes que, por ese origen, han de ser acatados bajo amenaza de que su infracción implicará un castigo. Esto hoy debiera parecernos obvio.

Se trata, empero, de una obviedad que no todos advierten o quieren advertir. Y conviene subrayarlo. Porque, con frecuencia, todavía es preciso en la actualidad oponerse explícitamente a acrílicos —o calculadores— puntos de vista, profundamente enraizados en ciertos sectores doctrinales, y destacar qué intereses subyacen a determinados tipos penales o administrativos y cómo, por tanto, las conductas consideradas en ellos no son tan sólo, o no lo son en absoluto, meros quebrantamientos de deberes (de lealtad, de fidelidad, de jerarquía, de obediencia, del cargo, de la profesión u oficio, funcionariales, empresariales, comerciales, matrimoniales, paterno-filiales, para con el Estado, para con el Fisco, para con la Autoridad, etc.), sino que han de ocasionar, precisamente, la perturbación (en cuanto a lesión o puesta efectiva o potencial en peligro) de los intereses amparados por las normas sancionadoras.

que «interés» es un concepto vacío que cada uno puede rellenar a su arbitrio; pero no da transcendencia a esto, se decanta por un concepto abierto de bien jurídico, propugna la precisión de su objeto no desde una perspectiva conceptual, sino desde la óptica del proceso social y político constitutivo del bien jurídico y define éste (usando, justamente, la palabra «interés») como «interés humano precisado de protección jurídico-penal». Para debatir la cuestión suscitada por los primeros, sería preciso lograr antes una convención terminológica (cfr. JUAN TERRADILLOS, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 63, 1981, p. 131, de cuyo planteamiento sobre este particular participo, pero de cuya conclusión al respecto —*vid.* También *ob. cit.*, p. 133—, obviamente discrepo). Sin pretensión de resolver ahora el problema, quiero aclarar que prefiero la referencia al «interés» por razones de intentar marginar el aspecto (no necesariamente implicado, pero sí, corrientemente atribuido) más inmediatamente metafísico que ofrecen los términos «bien» o «valor» (cfr. TERRADILLOS, *ob. cit.*, pp. 131-133) y destacar lo material, interindividual, personal, socializado, histórico, dinámico que, más directamente, se expresa con el término «interés». Y ello no tanto desde un punto de vista de *iure condendo* como de *iure condito*. En el primero se sitúa mas bien la propuesta de TERRADILLOS (*ob. cit.*, p. 136 y ss.), concretada en «identificar el bien jurídico con las posibilidades de satisfacción de las necesidades humanas» en el sentido que a éstas últimas da ulteriormente. En él, es claro (como el propio autor pone de manifiesto más tarde: *ob. cit.*, pp. 144 y ss.) que el Derecho penal protege intereses que no responden a ese concepto de necesidades (por lo que se le critica y se demanda su reforma). En cambio, a mi juicio, las necesidades que también protege, pueden reconducirse a la idea de interés.

Esto último ya comienza a poner de manifiesto que la tautología antes sugerida, realmente no existe. Pues lo que se pretende al proclamar el sometimiento del Derecho penal al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, no es simplemente redundar en la elemental afirmación de la que he partido. Tal afirmación deriva de la observación directa de las normas penales incriminadoras, que revela cómo éstas nacen en consideración y con objeto de ofrecer tutela a ciertos intereses, denominados «bienes jurídicos». En cambio, al enunciar el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, se persigue algo más. Se intenta asignar una función o, mejor, unas funciones a la idea de «bien jurídico» en relación con el ejercicio del poder punitivo estatal.

En resumen: se trata de mostrar las posibilidades de ese concepto, para servir de límite a ejercicio del poder punitivo (más ampliamente: sancionador) detentado —¿ostentado?— por el Estado.

Lo que, a mi entender, ha de hacerse en clave histórica y materialista.

3. Distingue Hassemer entre concepciones del bien jurídico de carácter crítico y concepciones del bien jurídico de carácter sistemático (2). A esta diferenciación prefiero —por lo demás, como se verá, desarrollándola en terrenos inicialmente similares— la del desempeño por el bien jurídico de una función prevalentemente política y otra dogmática y, por consiguiente, garantística o de seguridad (3). La primera —que también lo es en el orden cronológico— se desarrolla en el momento legislativo. La segunda se desenvuelve en el momento judicial de interpretación y aplicación de la Ley.

Pues bien, como decía, para formular este planteamiento es necesario adoptar un enfoque histórico y materialista sobre el bien jurídico (4). No referiré aquí la evolución histórica de este concepto (5), que exigiría una extensión ajena a mis propósitos. Lo que quiero decir ahora es que sólo a partir de un estudio histórico que desvele la asunción por el concepto de bien jurídico de un contenido material

(2) «Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale. Aspetti giuridici», en *Dei delitti e delle pene*, núm. 1 de 1984, pp. 104-105.

(3) Sobre las funciones asignadas al bien jurídico, *vid.* MIGUEL POLAINO, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974, pp. 286 y ss. y COBO y VIVES, *Parte General cit.*, pp. 221-225.

(4) En éstos ámbitos buscan desenvolverse las propuestas de TERRADILLOS, «La satisfacción...» *cit.*, pp. 136-141 y JUAN BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte General*, 3.^a ed., Editorial Ariel, Barcelona, 1989, pp. 53-56.

(5) Sobre ella *vid.* SANTIAGO MIR, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, Editorial Bosh, Barcelona, 1976, pp. 128 y ss.; EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1981, pp. 336 y ss.; HERNÁN HORMAZABAL, «Política penal en el Estado democrático», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, fase II de 1984, pp. 334 y ss.; BUSTOS, *Parte General cit.*, pp. 45 y ss. Para una crítica a varias de las concepciones que a continuación indico, *vid.* TERRADILLOS, «La satisfacción...» *cit.*, pp. 129-137.

(no asignándole, por tanto, simples cometidos de sistematización ó de averiguación del «sentido» de las normas penales incriminadoras; ni entendiéndolo de manera que resulte inconcretable; ni, menos todavía, manipulándolo al modo de la escuela de Kiel) y superando en esa materialidad el muy restringido criterio del ataque a un «derecho subjetivo» y el más que evanescente (6) de la «dañosidad social», las funciones que he mencionado pueden, a mi juicio, llevarse realmente a la práctica (hasta el punto que veremos). Y ello no únicamente en lo que se refiere a la función política, sino también en lo que concierne a la dogmática.

En otro caso, según creo, ya no hablaríamos del bien jurídico, sino de algo así como el sexo de los angeles. Que, como es sabido, aunque exista —si es que existen— no cumple función alguna.

4. Así pues, un concepto material de bien jurídico que oponer a la —como se ha dicho con frase de harto expresiva (7)— «vocación prepotentemente totalitaria del Estado». Pues se trata no ya de descubrir qué interés ampara al Estado con las normas que dicta —eso también—, sino de obligar al Estado a proteger ciertos intereses mediante esas normas y de impedir que tutele determinados otros intereses.

Esta es la función a cumplir por el bien jurídico en el plano legislativo. Y para ser viable demanda una cierta clase de Estado: la que el artículo 1.1 de la Constitución Española condensa en la fórmula «Estado social y democrático de Derecho» (8).

Semejante configuración del Estado es el punto de partida para que la aludida función del bien jurídico en el plano legislativo pueda efectuarse (9) y, a través de ella, quepa trazar un cierto límite al ejercicio del poder punitivo estatal. Sin tal base cualquier propuesta de concreción de los bienes jurídicos —eterno caballo de batalla en la discusión doctrinal al respecto (10)— está abocada al fracaso o al papel de legitimadora del sistema no democrático establecido, por muy racionalizadora que en principio pueda parecer. Sin el acogimiento

(6) Salvo en lo que puede tener de conservador de acuerdo con ciertos planteamientos actuales.

(7) En referencia a la obra de PIETRO RESCIGNO, GIOVANNI TARELLO, «Orientamenti della magistratura e delle dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete», en PIETRO BARCELLONA (a cura di...), *L'uso alternativo de diritto. T. I: Scienza giuridica e analisi marxista*, Editori Laterza, Bari, 1973, p. 83.

(8) Cfr. COBO y VIVES, *Parte General cit.*, pp. 224 i. f.-225 y HASSEMER, en HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción cit.*, p. 113.

(9) Cfr. HORMAZABAL, «Política penal...» *cit.*, pp. 342-343.

(10) Cfr. MIR, *Introducción... cit.*, p. 132; BUSTOS, «Política penal e injusto (Política criminal, bien jurídico, desvalor de acto y de resultado)», en *Revue Internationale de Droit Pénal*, núm. 1 de 1978, pp. 121-122; JOSÉ MANUEL GOMEZ BENITEZ, «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española (Proyecto 1980 de Código penal)», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 3 monográfico, 1980, p. 149 y «Sobre la teoría del «bien Jurídico» (aproximación al ilícito penal)», en la misma *Revista*, núm. 69, 1983, p. 86; TERRADILLOS, «La satisfacción...» *cit.*, p. 124.

pleno y desde el primer momento del factor político, volveremos a versar sobre los géneros angelicales o, lo que es peor, pasaremos de inmediato al servicio del Poder.

Dicho de otra manera, que en diferente lugar he empleado (11): debemos tener «conciencia de que la condición de límite del bien jurídico... procede de la condición democrática del Estado de cuya afirmación se parte y no, obviamente, del medio de concreción» que se propugne para determinar los bienes jurídicos. De ahí que me oponga —como hace años ya me oponía (12), sin obtener, por cierto, contestación— a las teorías funcionalistas y sistémicas, cuando se adoptan sin ese presupuesto, aplicadas a la averiguación de los bienes jurídicos. Teorías, por lo demás, que —en el ámbito jurídico— tampoco me parecen convincentes en sí; o, al menos, insusceptibles de críticas lo suficientemente sólidas, como para dudar con seriedad que puedan aceptarse sin más.

Sentado lo anterior, la cuestión reside ahora en indagar cuáles son los criterios para hacer eficiente el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que afirmamos derivado de la condición democrática del Estado.

Expresado de otra forma: es preciso señalar los criterios conforme a los cuales el bien jurídico puede cumplir la referida función restrictora del ejercicio por el Estado del poder punitivo en el momento legislativo. Momento con el que comienza el proceso de criminalización. Apreciación esta última, que implica el acogimiento de una cierta perspectiva que conviene recordar constantemente.

5. A mi entender, y por decirlo con concisión, lo que a ese propósito aparece claro en un límite negativo en relación con la vigencia del repetido principio. Las barreras que no se pueden superar en el ejercicio estatal del poder punitivo.

Indicarlas, supondrá destacar el primer aspecto de la función restrictiva del alcance de dicho ejercicio en el terreno legislativo.

Tales limitaciones negativas se encuentran en la Constitución y en los principios de subsidiariedad y fragmentariedad a los que, también, está sometido el Derecho penal.

Quiero decir: las leyes penales no pueden amparar con sus normas intereses incompatibles con los acogidos por la Constitución. Ni tampoco pueden proteger aquellos otros que, siendo constitucionalmente viables, reciben tutela bastante por parte de las demás ramas del Derecho. De manera, en relación con esto último, que si para llevar a cabo el control social que pretende el Derecho, se observa que son suficientes otros mecanismos jurídicos menos traumáticos que los penales, se tiene que recurrir a aquéllos y desechar éstos.

(11) *Sobre el concepto... cit.*, p. 344.

(12) *Ob. cit.* en nota anterior, pp. 340-351.

Consideraciones con las anteriores pueden parecer superfluas, genéricas y de escasa significación. No lo creo así. A mi entender son necesarias, bastante concretas e implican mucho: nada menos que todo un expurgo legislativo de cuantas normas jurídicas incriminadoras se opongán, en punto a su objeto de amparo, a la Constitución; y nada menos también que la difícil tarea de proceder, por una parte, a la concordancia de las leyes penales con el resto del Ordenamiento y, por otra, a la investigación de la efectividad de éste a la hora de preservar efectivamente los intereses que dice tutelar. Algo que genéricamente no se ha acometido, pese a resultar ocasión más propicia para ello cada una de las numerosísimas reformas de la legislación penal que se han sucedido en la última década y, especialmente, la que parece inalcanzable de elaboración de un nuevo Código penal. Y algo que específicamente tan sólo se ha hecho al cutre impulso de la coyuntura y aún ello única, y parcialmente, por lo que a la adecuación constitucional de los textos punitivos se refiere. no habiéndose abordado todavía ni una auténtica tarea de concordancia de esta legislación con el resto del Ordenamiento, ni —menos— de recogida de datos y estudio de la efectividad del Derecho sancionador.

Con todo, como queda apuntado, las observaciones precedentes sólo sirven para destacar uno de los aspectos de la función reductora del poder punitivo del Estado (en el ámbito legislativo), derivada de la idea de bien jurídico: el aspecto negativo. Es decir, aquel que atiende a impedir que el Estado ampare jurídico-penalmente determinados intereses.

Queda por señalar el otro aspecto: el positivo. Aquel que se refiere a cómo obligar al Estado a otorgar, mediante sus leyes, protección penal a ciertos intereses diferentes.

6. Una función positiva que, pese a los importantes y loables esfuerzos habidos en este sentido (13), no creo que pueda desempeñar la Constitución.

Precisamente, por lo que ésta ha de tener —durante su vigencia— de marco insuperable y, por ello, necesariamente muy amplio, desde el que normalmente no debe prejuzgarse la necesidad de la intervención punitiva, regida siempre por los principios de fragmentariedad y subsidiaridad. Principios firmes a tal punto, que son la vía de intro-

(13) Especialmente en Italia. En España *vid.* ciertos comienzos en JOSÉ MARÍA ESCRIBA, «Algunas consideraciones sobre Derecho Penal y Constitución», en *Papers: Revista de Sociología*, núm. 13, 1980, pp. 157-158; algún apunte en LUIS ARROYO, «Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 1, 1987, pp. 100-101 y 103; más ampliamente y con especial referencia y proximidad a la doctrina italiana, JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RUS, *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría)*, Fundación Juan March, Madrid, 1983, pp. 23 y ss.; y, singularmente, FRANCISCO JAVIER ALVAREZ, *Bien jurídico y Constitución*, Madrid, 1987 (mecanografiado inédito, consultado y citado con permiso del autor). *Vid.* también la propuesta ecléctica de FERMÍN MORALES, en GONZALO QUINTERO, *Derecho penal. Parte General*, 2.ª ed., Editorial Marcial Pons, Madrid, 1989, pp. 295-296.

ducción en el Derecho penal del germen de su deseable, pero todavía no previsible, extinción futura.

Por otra parte, si bien es predicable de la Constitución la amplitud y la durabilidad, no es esperable la omnisciencia y el don de la adivinación perfecta y completa. De manera que profetice el «devenir» y lo que éste pueda imponer en orden a la protección penal de nuevos intereses ahora impensables. Lo que rechaza cualquier pretensión de ver en ella un catálogo de bienes jurídicos a tutelar (obligatoriamente y con exclusión de otros) por la ley punitiva (14).

Aunque no quepa ignorar que, como lugar de proclamación e imposición supremas de las grandes reglas por las que ha de regirse el resto del sistema normativo, la Constitución juega también un importante papel respecto de esa función: el de dar expresión a los logros máximos que, en el momento histórico correspondiente, se han alcanzado en la conformación del Estado y en la estructuración jurídica de la sociedad civil.

Expresión no sólo en cuanto a la fórmula de síntesis con que indique la clase de Estado que constituye. La cual, en sí, resultará enormemente fructífera. También en cuanto a la enunción de los principios, reconocimiento y asignación de la promoción de los derechos e imposición de los deberes más importantes que caracterizan a esos Estado y sociedad. Principios, derechos y deberes más importantes, que han de servir de guía a la labor normativa que efectúa el resto del Ordenamiento y a la aplicación administrativa y judicial de éste.

Pero la cuestión atinente a la imposición de un contenido positivo, identificable como bien jurídico, al ejercicio del poder punitivo estatal, me parece que supera el marco constitucional. Y el discurso para su solución no creo que deba seguir ópticas meramente hermenéuticas y «panaceísticas» de la Constitución. En definitiva, a mi juicio dicha cuestión nuevamente ha de ponerse en clave histórica y materialista.

7. En este sentido pienso que para solventarla conviene partir de la idea, proveniente del pensamiento marxista, de que las relaciones jurídicas están vinculadas en términos de dependencia con las transformaciones materiales de la sociedad (15). Existe, en efecto, una tensión constante entre ambas. Que alcanza su punto crítico cuando las primeras comienzan a impedir el desarrollo social substantivo. En ese momento pugnan en abierto conflicto. Y, entonces, si no se modifi-

(14) Cfr. BUSTOS, «Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932)», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 11 monográfico, 1986, pp. 155-157 (también publicado en JUAN BUSTOS, *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, pp. 181-203).

(15) Cfr. IAN TAILOR, PAUL WALTON y JOCK YOUNG, «Criminología crítica en Gran Bretaña; reseña y perspectivas», en los mismos autores (bajo la dirección de...), *Criminología crítica*, trad. de Nicolás Grab, Editorial Siglo XXI, México, 1977, pp. 77-78.

can las relaciones jurídicas, se provocará la emergencia de conmociones sociales muy graves que, de todas maneras, a la larga obligarán a variar las relaciones jurídicas hasta adaptarlas a las transformaciones sociales.

Se alcanza así una explicación convincente de algo históricamente comprobable: que las transformaciones materiales de la sociedad se corresponden con las sucesivas mutaciones del modelo de Estado. Y que, consecuentemente, hay una correspondencia paralela entre la sucesión de esos modelos de Estado y los avances progresivos que experimentan las normas jurídicas creadas por cada uno de ellos. Lo que, evidentemente, tiene su reflejo en las modificaciones que se van produciendo en el terreno de los intereses protegidos por esas normas jurídicas.

Se trata, en suma, de la dinámica histórica de las conquistas de hombre frente al Poder. Una dinámica caracterizada por el no retroceso; por el asentamiento de los logros alcanzados como base de lanzamiento hacia ulteriores objetivos.

En contra de ella, quienes en cada etapa se han visto obligados a ceder en su dominio tienen una opción defensiva: bien provocar enormes traumatismos sociales, de los que conocen que, al cabo, no son obstáculo definitivo para el cambio y cuya magnitud les resulta, de ordinario y cada vez menos, muy poco compensadora; o bien, en aplicación de una especie de técnica «lampedusiana» para preservar sus intereses, precaver instrumentos alternativos (entre ellos los jurídicos) respecto de aquellos que les han sido arrebatados.

Como inmediatamente veremos, esa no vuelta atrás de lo conseguido es trascendente para dotar de contenido material a la idea de bien jurídico. Y, como más tarde también tendremos ocasión de ver, ese empleo de instrumentos jurídicos alternativos respecto de los conquistados por el avance social, en muchos casos posee gran transcendencia cotidiana para, a la postre, vaciar de contenido al bien jurídico o, al menos, para disminuir notablemente su alcance.

8. La historia de la adquisición de contenido material por el bien jurídico va, por tanto, pareja a la historia de la transformación del Estado (16).

Es la historia de la sustitución del Estado absolutista por el Estado de Derecho. Que reconocerá formalmente los derechos individuales a través de las normas jurídicas que emana, entre las que se encuentran las penales.

Es la historia de la variación del Estado de Derecho puramente garantístico hacia el Estado social, que se obligará mediante normas

(16) Sobre ésta última *vid.* BUSTOS, «Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología», en ROBERTO BERGALLI y JUAN BUSTOS (Obra dirigida por...), *El pensamiento criminológico. T. II: Estado y control*, Editorial Peninsula, Barcelona, 1979, pp. 11-35 y *Parte General cit.*, pp. 40-43.

al intervencionismo asistencial y protegerá con normas penales cada vez más intereses colectivos o de masa.

Es la historia de la salida al paso de la perversión totalitaria del Estado social que supone la emergencia del Estado social y democrático de Derecho. Aquel del que se exige que esté «al servicio de todos los ciudadanos» y propicie «condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo» (17), al mismo tiempo que debe respetar las limitaciones propias del Estado de Derecho y, a cambio, transmutar en efectivos los derechos individuales sólo formalmente reconocidos por éste. Lo que demanda un aparato jurídico-normativo de obligaciones y tutela y, en ciertos casos, de protección penal.

Consiguientemente, las posibilidades de que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos limite, en el momento legislativo, el ejercicio por el Estado del poder punitivo, discurren por la siguiente y elemental línea dialéctica:

Frente al paroxismo de la concentración del poder político y de las leyes, alcanzado bajo el Estado absolutista, el Estado liberal reconoció los derechos individuales y la soberanía popular a ejercitar conforme a mecanismos de representación. Lo que implicó la imposición de importantes topes al poder punitivo estatal, pues hubo de ofrecer cobertura jurídica (incluida la penal) a tales derechos y de aceptar los cauces parlamentarios para la elaboración de las leyes y la vinculación de los jueces exclusivamente a éstas.

Más tarde, la superación del concepto de «estado gendarme» (expresivo de un garantismo neutral) dió lugar al Estado social, que, a la par de su reclamado intervencionismo en otras áreas, paso a entender el Derecho penal como instrumento no estático, sino dinámico. No de simple reacción ante lo ya cometido (retribucionismo clásico), sino de activa «lucha contra el delito» en procura de su no comisión (prevencionismo general y especial). Un derecho penal, en consecuencia, empleado por el Estado para incidir sobre una realidad previa, de la que extrae los objetos de protección punitiva. Los cuales —como «bienes jurídicos»— comienzan entonces a poseer un contenido material y, en este sentido, a significar un límite al poder punitivo estatal. Pues el Estado ya no «crea» mediante el Derecho los intereses a tutelar jurídico-penalmente, sino que los «recoge» de esa realidad preexistente que debe mejorar al servicio de la sociedad. Lo que, al tiempo, provoca que haya de amparar una cierta cantidad, paulatinamente mayor, de intereses de titularidad común.

Pues bien, esta dinámica histórica consistente en, por una parte, sujetar de manera externa la actividad del Estado y, por otra, apelar a ella para el cumplimiento de ciertos fines implicadores de una limitación interna, tendrá su colofón contemporáneo con la formulación

(17) MIR, *Función de la pena teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Editorial Bosh, Barcelona, 1979, pp. 13-16.

del concepto, compuesto por elementos interactivos, de Estado social y democrático de Derecho. Surgido frente a los descomedimientos de un precedente Estado social tergiversador de los fines para cuyo cumplimiento nació y falaz identificador de la sociedad con el Estado. Y, así, el Estado social y democrático de Derecho recibirá y mejorará la situación anterior al heredar, pero corregir su efectividad selectiva, los límites derivados de la implantación del Estado liberal y al reconducir por la senda de la participación y el respeto al individuo el intervencionismo insito en la idea de Estado social. De ahí que se encuentre obligado a proteger jurídicamente y, en ocasiones, jurídico-penalmente todo un conjunto de viejos intereses, hasta el momento no tutelados o no suficiente y/o eficientemente amparados, y un buen número de nuevos intereses, surgidos al compás de las mutaciones habidas en los modos de producción. Intereses, unos y otros, cuya promoción y cuidado es, precisamente, lo que caracteriza a esta clase de Estado. Como a continuación intentaré poner de manifiesto.

9. La quintaesencia de lo que el Estado liberal supuso en el terreno punitivo, es el llamado «principio de legalidad penal». En el que se conjuntan y le dan fundamento, de un lado, la aspiración a que sólo la «voluntad general» (la ley parlamentaria) sea capaz de prohibir ciertas conductas (como delitos) por medio de amenazar su comisión con ciertos castigos (como penas) y, de otro lado, la aspiración a que se garantice la seguridad de los individuos respecto a poder saber de antemano cuáles sean esas conductas y esos castigos (emisión previa, escrita y estricta de la ley penal) (18).

De manera similar, el denominado «principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», únicamente adquiere pleno significado con la acción del Estado social y democrático de Derecho en el ámbito penal (19). Cuando en efecto, como consecuencia de la conquista de

(18) Principio de legalidad con el que se encuentra rigurosamente conectado el (todavía inadecuadamente) llamado «principio de culpabilidad», en cuanto significativo de la necesidad, para estimar delito un determinado comportamiento típico y no justificado, de que el autor del hecho haya podido saber su significación antijurídica (conocimiento potencial de la antijuridicidad) y, así, quepa considerar si era capaz de motivarse normalmente en contra de su realización (motivabilidad, imputabilidad). Lo que evidentemente demanda la existencia previa al hecho de la ley penal, que lo define como delito y lo conmina con pena al objeto de causar un efecto inhibitorio en los individuos a que se dirige con propósito de que autorregulen su comportamiento de acuerdo con ella.

(19) *Vid. supra* nota 8. Tiene razón MUÑOZ CONDE (en HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción... cit.*, p. 21), y en línea similar a la que apunta se desenvuelve este trabajo, cuando dice: «... tan importante como el «interés humano necesitado de protección penal» es el proceso mismo social y político a través del que se constituye...». En mi opinión, no la tiene, en cambio, cuando inmediatamente antes dice que el objeto de la tutela penal no existe «antes de que el legislador le otorgue la protección "sacándolo", por así decir, de la realidad social en la que vive», sino que es «una creación artificial, el producto de un consenso o de un proceso constitutivo, en el que necesariamente es reelaborado y, a veces, manipulado y pervertido en sus elementos esenciales». No la tiene, en primer término, por un argumento lógico: si lo que va a ser objeto

esa caracterización, se está en condiciones de imponer al Estado (que en otro caso no poseerá tales rasgos) ciertos contenidos en los objetos de protección de las normas jurídico-incriminadoras que crea. Y cuando además, y por lo mismo, se le puede imponer la creación de ciertas normas penales para la protección de esos objetos y la derogación de la tuteladoras de ciertos otros intereses.

Intereses a proteger y a destutelar por el Derecho penal que serán, precisa y respectivamente, aquellos nacidos y recibidos y aquellos puestos en vías de extinción a causa de las mismas transformaciones materiales de la sociedad que han dado origen al Estado social y democrático de Derecho.

Lo cual —frente a lo que pudiera argüirse— no implica un inconcreto criterio de averiguación de los bienes jurídico-penales. O, por menos decir, no implica una inconcreción mayor que la que pueda aquejar —o interesadamente pretenda achacarse— al método de singularización de los fundamentos y finalidades del propio Estado social y democrático de Derecho. Que, por otra parte, ayuda a circunscribir el alcance del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y, así, mejora las posibilidades de determinar cuáles sean éstos, por medio del acogimiento —también derivado de esos fundamentos y finalidades que lo caracterizan— de otros dos principios regidores de la legislación penal: el de subsidiariedad y el de de fragmentariedad. Sobre cuyo igual origen en la condición democrática del Estado, nadie duda. Como no duda nadie sobre sus capacidades para engendrar límites efectivos al ejercicio del poner punitivo estatal, aunque tampo-

de la tutela penal no existe (ciertamente constituido mediante un proceso social, histórico, espacial) antes de que el legislador le otorgue su protección (constituyéndolo mediante un proceso político, jurídico), entonces no es posible que en el camino que conduce a ese otorgamiento de tutela legal se «reelabore» (lo que exige que esté previamente elaborado), se «manipule» (lo que demanda la precedente existencia de aquello sobre lo que se pone manos) o se «pervierta en sus elementos esenciales» (lo que supone la presencia anterior de tales elementos esenciales que, después, resultan pervertidos). Tales afirmaciones podrían compartirse si se hicieran respecto del interés, tomado de la realidad social preexistente que, por medio del proceso legiferante y de la interpretación judicial de la ley creada, va a tornarse en «bien jurídico» (en éste sentido *vid.* las observaciones de HASSEMER, en la misma *ob.*, p. 111). Aunque bajo condición de que la selección del interés al que se va a otorgar protección legal y, así, a transformar en «bien jurídico», hubiera sido acertada. Justamente por ello es tan importante «el proceso social y político a través del que se constituye» el bien jurídico y por lo mismo cabe afirmar lo que en el texto afirmo: que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos adquiere pleno significado con la acción del Estado social y democrático de Derecho en el ámbito penal, pues sólo de la acción del Estado democrático es dable esperar que se realice adecuadamente el proceso de selección de los intereses sociales transformables en bienes jurídico-penales y que en esta transformación no se reelaboren incorrectamente, no se manipulen degenerativamente o no se perviertan en sus elementos esenciales tales intereses. Lo que no quiere decir que no exista riesgo de que no ocurra así, ni tampoco que dicho riesgo no se materialice en ocasiones. Quiere decir, que bajo la acción punitiva del Estado democrático el riesgo es menor y mayores las posibilidades de controlarlo o, en su caso, de corregir su materialización.

co den lugar a una especie de fórmula mágica concretadora. Verdadera zanahoria tras la que corre el caballo de la mejor doctrina penalista, sin alcanzarla jamás. Una receta definitiva tanto o más inesperable en la ciencia (política) del Derecho que en cualquiera otro ámbito científico. (20).

10. Ausencia de fórmula mágica pese a la cual la concreción es perfectamente posible. Pues si se considera bien todo lo anterior, comporta que el Estado social y democrático de Derecho, para ser tal, debe amparar jurídicamente y, por ser preciso de momento, proteger jurídico-penalmente, los siguientes «bienes» entre otros:

— Aquellos de carácter social y titularidad colectiva que subyacen a muchas de las más importantes tareas asistenciales y reequilibradoras que, en beneficio de la mayoría, ese tipo de Estado está obligado a realizar.

En el terreno penal esto se manifiesta a través de la tutela punitiva de ciertos aspecto concernientes a, por ejemplo, las actividades laboral y mercantil, la tributación al Fisco, el patrimonio artístico, histórico y cultural, la salud pública, el «medio ambiente», etc. (21).

Ahora bien, habida cuenta la novedad, o relativa novedad, de alguna de estas materias en lo que atañe a su protección punitiva, es preciso discernir con cautela, pero con decisión, qué aspecto de ellas justifica el recurso de Derecho penal sin producir detrimento al principio de intervención mínima por el que, asimismo, debe regirse este instrumento último del Ordenamiento (22). De manera que, por ejemplo, no se produzca una desvinculación del bien jurídico (especialmente factible en relación con los que hablamos, dada su entidad) en la constitución de lo injusto de los nuevos delitos —así, en el Código penal español, los llamados «delitos contables», situados entre los contrarios a la Hacienda Pública (23)—, ni tampoco sirvan de coartada para la imposición de determinadas creencias morales o

(20) Cfr. HASSEMER, en HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción cit.*, p. 112, donde patrocina una precisión del bien jurídico «no desde el punto de vista conceptual, sino desde el proceso constitutivo mismo social y político del bien jurídico» y pone de manifiesto las dificultades definitorias y de concreción, sin que, en su opinión, ello suponga impedimento para el uso y la efectividad tanto de la idea de bien jurídico como de otras muchas que emplea el Derecho penal con igual difuminación conceptual.

(21) Sobre la viabilidad del concepto de bien jurídico para incluir intereses colectivos, *vid.* BUSTOS, «Los bienes jurídicos colectivos...» *cit.*, pp. 150-160. *Vid.* también el cambio de sentido en la determinación del contenido de estos bienes jurídicos que implica una óptica personalista, en HASSEMER, dentro de HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción... cit.*, pp. 108-109.

(22) Cfr. BUSTOS, *ob. cit.* en nota anterior, pp. 162-163.

(23) Respecto de éste problema *vid.* HASSEMER, «Il bene giuridico...» *cit.*, pp. 109-110 y TULLIO PADOVANI, «La problemática del bene giuridico e la scelta delle sanzioni», en *Dei delitti e delle pene*, núm. 1 de 1984, pp. 120-121, que llaman la atención hacia el uso de tipos de peligro abstracto en la criminalización de los ataques a estos bienes jurídicos, y el punto de vista sobre éste particular de BUSTOS, «Los bienes jurídicos colectivos...» *cit.*, p. 160.

para el mantenimiento de ilegalismos inconvenientes por lo que, en realidad, tienen de criminogénéticos más allá de la directa criminalización que implican (así, en punto a la salud pública, un torpe prohibicionismo respecto al consumo y tráfico de drogas).

Sin embargo, no se trata sobre este particular (24) de buscar una función de prevención general positiva en las normas penales existentes. Función de base filosófico-idealista; de tinte, en el mejor de los casos, paternalista; y que, bien examinada, muestra peligrosas adherencias (25). Se trata, más bien, de llevar a cabo una adecuada política criminal en la selección de los comportamientos criminalizables (26). Esto es, de una labor previa y coetánea a la creación de las leyes penales.

— Los tradicionalmente llamados «derechos individuales». Pero desde una perspectiva de protección de las posibilidades efectivas de su ejercicio y no de las meramente ideales. Cual corresponde, como rasgo característico, al Estado democrático frente al liberal o al Estado intervencionista extremo.

Perspectiva que en el ámbito penal significa, de una parte, la no inmiscusión punitiva en la esfera moral o el mínimo control penal respecto al ejercicio de las libertades de expresión, reunión, asociación, culto, etc. Y, de otra parte, la incriminación de las conductas dirigidas a impedir o restringir gravemente las posibilidades reales de disfrute de esos derechos (desmesuras en las activaciones gubernativas o jurisdiccionales al respecto, comportamientos discriminatorios por razón de sexo, religión o raza, etc.).

— Y la práctica adecuada y eficiente de las actividades administrativas y judicial e, incluso (con la habitual, pero restrictivamente entendida, condición de perseguibilidad, si se quiere), algún aspecto de los comportamientos propios de los parlamentarios. Apartándose para ello tanto del mero garantismo (siempre tendente a disminuir el control de, por ejemplo, las conductas omisivas), cuanto del inter-

(24) De otra opinión MIR, «Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la Reforma penal», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 12, 1987 (publicado en 1989), en Homenaje al Profesor José Antonio Sainz Cantero, T. I, p. 248.

(25) Cfr., por ejemplo, DIEGO-MANUEL LUZON, «Prevención general, sociedad y psicoanálisis», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 16, 1982, pp. 97 y ss.; ALESSANDRO BARATTA, «Integrazione-prevenzione. Una nuova «fondazione» della pena all'interno della teoria sistemica», en *Dei delitti e delle pene*, núm. 1 de 1984, pp. 5 y sgs. (hay traducción al español de Emilio García-Mendez y Emiro Sadoval Huertas, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 24, 1984, pp. 533 y sgs.); MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, pp. 41 y sgs. (vid. también en HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción... cit.*, las matizaciones del primero en p. 192, nota 228). Para un estudio completo de la materia, vid. MERCEDES PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación subjetiva y de la pena*, Madrid, 1988 (tesis doctoral inédita, consultada y citada con permiso de la autora).

(26) Cfr. TERRADILLOS, «La satisfacción...» *cit.*, pp. 124-125.

vencionismo autoritario o, peor, totalitario (cuya única óptica, tan efectiva sin embargo, es la estatalista).

En el campo del Derecho penal ello supone que, por ejemplo, se incriminen determinadas interferencias de unas en otras de aquellas actividades estatales. O que se varíe radicalmente la comprensión tradicional de los bienes jurídicos en consideración a los cuales se definen legalmente los denominados «delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos»; en el sentido de abandonar su entendimiento como incriminaciones que buscan la protección del Estado (27), y a pasar a explicarlos como tipos previstos para tutelar el servicio que las administraciones públicas y la de Justicia han de prestar a todos los ciudadanos (28).

11. Todo lo que llevo dicho no sirve para destacar la imposición al Estado de la obligación de proteger bienes jurídicos con sus normas penales. Esto —como al principio decía— lo hará en todo caso. Sean o no «bienes jurídicos» que se traduzcan en intereses cuya protección punitiva se comparta. Para lo que sirve —recordémoslo— es

(27) Todavía afincado en esta perspectiva, manifiesta en la referencia al deber del cargo y subyacente al eufemismo encubridor expresado con la fórmula «confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial de acuerdo a los principios del Estado de Derecho», ENRIQUE BACIGALUPO, «Sobre la reforma de los delitos de funcionarios», en *Documentación Jurídica*, núm. 37/40, 1983, Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código penal, vol. 2, pp. 386-387. La importación de ésta fórmula, proveniente de la jurisprudencia y cierta doctrina alemanas (cfr. HEINZ WAGNER, *Amtsverbrechen*, Duncker und Humblot, Berlín, 1975, p. 43 y nota 10 de ésta p.) aporta poco y obscurece mucho. A ella se puede oponer lo mismo que ya he opuesto (*La prevaricación del funcionario público*, Editorial Civitas y Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1980, p. 269) a la precedente y coincidente opinión de REINHART MAURCH (*Tratado de Derecho penal. Parte General*, traducción y notas de derecho español por Juan Córdoba, Ed. Ariel, Barcelona, 1962, T. 1, p. 11 y *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil. Ein Lehrbuch*, 5 Aufl., Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1969, p. 740), según la cual el bien jurídico protegido con la incriminación de estos delitos es «la confianza pública en la pureza del ejercicio de la función». Decía entonces: «Si, sintéticamente, hubiera de determinarse un bien jurídico en los delitos de funcionarios, éste no sería... la confianza en la pureza del ejercicio de la función, sino, precisamente, la pureza del ejercicio de la función. Sólo protegiendo ésta podrá, quizá, lograrse tal confianza pública, pero no al revés; al margen de que una tal configuración más se aproxima a una especie de difamación que a un delito de funcionario». Por lo demás, BACIGALUPO (*ob. cit.*, p. 386), ciertamente con la amabilidad que le caracteriza, confunde mi propuesta de bien jurídico protegido por la existencia del delito de prevaricación, con la que hago respecto al objeto de protección del conjunto de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo. En cuanto a la crítica que —equivocadamente, por tanto— dirige a la primera y no a la segunda de ellas (*ob. cit.*, p. 387), sólo repondré que, en contra de lo que parece entender, la legalidad en el ejercicio de la actividad administrativa o las potestades atribuidas a la Administración, a mi juicio no nacen de los deberes asignados a los funcionarios públicos, sino justamente al contrario: éstos surgen de aquéllas y están a su servicio. Por ello, si la infracción de las primeras implica el quebratamiento de un deber funcional, la sola referencia a este último no colma las exigencias del concepto de bien jurídico (*vid. La prevaricación... cit.*, pp. 239-262).

(28) Ultimamente en este sentido MUÑOZ CONDE, en HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción ... cit.*, p. 185, nota 132.

para intentar dotar de ciertos contenidos materiales a esos bienes jurídicos. Es decir, para obligar al Estado a deparar protección normativo-penal a determinados intereses y a no otorgársela a otros. Este es el auténtico significado del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como límite, en el momento legislativo, del ejercicio estatal de poder punitivo.

Un significado que, según creo, no cabe de esperar que se lleve a la práctica como consecuencia de supuestas capacidades endógenas de autoconversión o adaptación unilateral del Estado. Como parece esperarse desde los mejor intencionados planteamientos del neutralismo funcionalista o sistémico. Ni tampoco de la exégesis o del aprovechamiento interpretativo del texto constitucional. Aunque la Constitución desempeñe, en el sentido más atrás apuntado, un papel importante (no determinante) en la tarea de averiguar los bienes jurídicos penalmente amparables. Sino que es producto de la lucha contra el Poder. Derivado de la confrontación histórica entre quienes —por encima de cambios cosméticos— procuran la inmovilización del sistema jurídico o su variación en el único sentido del afianzamiento y expansión más sutil de su poder, pues con ese sistema satisfacen sus particulares intereses (de siempre ya realizados), y quienes pugnan por su modificación auténtica, y no sólo por su leve permeabilización, ya que todavía no da cobijo o no lo da suficientemente a los intereses difundidos de la mayoría y al ejercicio efectivo de los que formalmente se reconocen a cada individuo (que aún están por realizarse).

12. Ahora bien, como ya hemos indicado, la limitación del poder punitivo estatal que implica la vigencia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, no se manifiesta tan sólo (con los perfiles hasta aquí resumidos) en la elaboración de la ley penal. También ha de reflejarse en las posteriores tareas de interpretación y aplicación judiciales de esa ley.

Es en este momento cuando el bien jurídico debe desempeñar la segunda de las dos funciones que antes he distinguido: la función dogmática. Productora, esencialmente, de un efecto de seguridad.

Para realizar la función limitadora del poder punitivo del Estado en el momento legislativo, el bien jurídico, todavía como interés a proteger normativamente, tiene que ser anterior a la ley con la que se pretende darle cobertura. De otra forma sería imposible intentar la limitación de la actividad legiferante a través del criterio del preestablecimiento de la materia a tutelar legalmente.

Pero, una vez seleccionado el interés amparable por la ley, es ésta, con los términos en que expresa el comportamiento que lo atacá (elementos típicos), con la carga histórica que recoge y la realidad social que significa la definición legal del delito de que se trate, con la concreta ubicación que dé a esa definición en el contexto de la propia ley y, en ocasiones, con la rúbrica que emplee en el apartado donde

se sitúa la norma incriminadora, la que «modela» y permite inferir al intérprete ese interés que se ha querido proteger (29).

Mas, con esta inferencia del objeto de protección de la norma tipificadora, no termina la labor que al respecto corresponde al intérprete y al aplicador de la ley penal. Tienen que determinar además un elemento del tipo directamente vinculado con el bien jurídico y con la forma de expresión de la conducta que se conmina al objeto de mantener la incolumidad de dicho bien. Tal elemento es el resultado típico entendido como ataque al bien jurídico, Un resultado que, a diferencia del naturalístico (exigido sólo por los llamados «tipos de resultado»), es elemento objetivo de todos los tipos delictivos legalmente previstos. Resultado que la ley diseña como lesión o como puesta efectiva o potencial en peligro del bien jurídico en cuestión (30).

Esto, y no únicamente la *ratio* de la incriminación por referencia al objeto de tutela, tiene que determinarlo el intérprete. Así como el aplicador de la ley ha de comprobar su existencia en el concreto asunto que examina. Pues sin ella faltará un elemento del tipo de lo injusto y, por consiguiente, habrá de concluir que no se ha cometido el singular delito que analiza.

Si se identifica el ataque el bien jurídico con uno de los elementos del tipo, y se conviene en que la tipicidad —en cuando expresión dogmática del principio de legalidad— cumple fundamentalmente un cometido de seguridad, se comprende la afirmación de que el bien jurídico desempeña, en el momento judicial, una función dogmática y, por ende, de seguridad. De garantía para el ciudadano y, en tal sentido, limitadora del poder punitivo del Estado cuando este poder se manifiesta a través de la actividad de la Administración de Justicia.

La anterior caracterización del «reflejo» del bien jurídico en la composición del tipo de lo injusto de todos y cada uno de los delitos, tiene numerosas consecuencias en distintos lugares de la teoría jurídica del delito. Consecuencias a las que después haré referencia.

13. Antes creo necesario destacar ciertos aspectos de la práctica judicial de la que hablo que, al menos, llevan a relativizar la transcendencia que se quiera otorgar a la función limitadora del poder punitivo estatal que debe desarrollar el bien jurídico en el momento legislativo y recibir ulteriores concreciones en el judicial.

Ocorre que en éste último vuelve a comprobarse la presencia del conflicto de intereses cuya existencia he señalado al referirme al momento legislativo. Pero ahora con alguna peculiaridad añadida. Aquella, antes apuntada, que supone el empleo, por parte de los integran-

(29) Para una diferenciación entre *ratio legis* y bien jurídico, *vid.* COBO y VIVES, *Parte General*, *cit.*, p. 222. Cfr. TERRADILLOS, «La satisfacción...» *cit.*, p. 129.

(30) Respecto a todo lo que precede bajo este epigrafe, cfr. EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO y SUSANA HUERTA, *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, 2.ª ed., Ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1986, pp. 76-77 y 159-160.

tes de los grupos sociales hegemónicos, de instrumentos jurídicos alternativos a las cesiones que, estos mismos sujetos, han tenido que hacer en el ámbito de la legislación punitiva. Cesiones, en lo que aquí interesa, relativas a la protección de ciertos objetos por las normas penales incriminadoras.

Ello provoca que, por ejemplo, con Alvarez-Uría pueda hablarse sobre cómo «la sensible balanza de la justicia, que no cesa de modular las penas para los delincuentes comunes, se obstruye con facilidad a la hora de calibrar las violaciones de la leyes realizadas por hombres de negocios, financieros y políticos corruptos» (31). O que hayan de compartirse argumentos como los de Baratta respecto al «sistema de inmunidad y criminalización selectivas» (32); de Gamberini y Stortoni en torno al enfrentamiento de los mecanismos de criminalización con los de «inmunidad internos y externos a la magistratura» (33); de Resta, Pavarini o Galgano, en Italia, o Andrés Ibáñez, en España, referidos a la dificultad de criminalizar policial, fiscal y judicialmente ciertos hechos delictivos funcionales para el sistema de producción y distribución de riquezas y poder, por contraste con la fácil criminalización, en esos mismos ámbitos, de los hechos disfuncionales para el propio sistema (34); o de Sgubbi en cuanto a la «infrautilización» del instrumento penal para procurar el amparo de los intereses colectivos (35).

Y es que sucede que los límites al ejercicio del poder punitivo estatal, entendido como proceso de criminalización que se inicia con la creación de la ley penal, sigue con la acción de las instituciones vinculadas a la Administración de Justicia y concluye con la ejecución de la pena, resultan perforados en cada uno de esos tres estadios por la incidencia, en ciertas ocasiones, de una legislación extrapenal (civil, mercantil, laboral, administrativa, procesal) frecuentemente sustractora de los contenidos materiales de la legislación punitiva o entorpecedora, incluso paralizadora, de su aplicabilidad y por la adopción, en otras muchas ocasiones, de resoluciones administrativas, judiciales y del Ministerio Público que, por su ideologización o su acientifismo

(31) FERNANDO ALVAREZ-URÍA, «Delitos de cuello blanco», en *Diario 16*, 27 de enero de 1989, p. 2.

(32) «Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale», en *La Questione Criminale*, núm. 1 de 1975, p. 60.

(33) ALESSANDRO GAMBERINI y LUIGI STORTONI, «La politica criminale della classe dominante: razionalità e ideologia», en *La Questione Criminale*, núm. 1 de 1975, p. 132.

(34) ELIGIO RESTA, *Conflitti sociali e giustizia*, De Donato editore, Bari, 1977, p. 97; MASSIMO PAVARINI, «Ricerca in tema di «criminalità economica», en *La Questione Criminale*, núm. 1 de 1975, p. 539; FRANCESCO GALGANO, «Repressione penale e riforma civile», en *La Questione Criminale*, núm. 3 de 1978, p. 415; PERFECTO ANDRÉS, «Justicia, conflicto y control social», en *El viejo topo*, extra núm. 7, 1979, p. 19.

(35) FILIPPO SGUBBI, «Tutela penale di “interessi diffusi”», en *La Questione Criminale*, núm. 3 de 1975, pp. 458 y sgs.

en unos casos, o por su parcialidad debida a factores externos de índole política, jerárquica o económica en otros, producen los mismos efectos.

Respecto de esta situación son ilustrativas, por ejemplo, consideraciones como las de Galgano sobre la criminalidad económica —o «socio-económica», según la terminología usual en las contemporáneas doctrinas y propuesta de reforma del Código penal español (36).

Señala ese autor que si, ahora como antes, la sanción penal tiene escasa incidencia preventiva sobre quienes cometen hechos delictivos de la indicada naturaleza, ello se debe a dos grupos de causas: de una parte, a «la potencia corruptora del dinero» que poseen tales sujetos y a «las posibilidades de maniobra que su posición de poder les ofrece»; de otra parte, y principalmente, a la estructuración que tiene el Ordenamiento jurídico, que «concede con una mano lo que rechaza con la otra», de manera que «la represión de la ilegalidad, articulada en el ámbito de la legislación penal, acaba resultando vana por la acción de la legislación civil, por el progresivo afinamiento de ésta de cara a la exigencia, primaria en la sociedad capitalista, de promover el máximo desarrollado de la iniciativa económica, de favorecer con todos los incentivos el destino de la riqueza a la producción de nueva riqueza, o sea, la máxima valoración del capital» (37).

Esta última opinión pone en evidencia, como mínimo, algo ampliamente advertido y a lo que, desde otro punto de vista, más atrás hacía alusión. Me refiero a los defectos de coherencia interna del Ordenamiento, de concordancia o ajuste entre las distintas partes que lo componen con aspiraciones de unidad. Quiebras de esta unidad aparente que, aparte otras consecuencias, en ciertas ocasiones subvierten el carácter de última *ratio* del Derecho penal, frustran su primordial función preventivo-general y hacen de él, en esos casos, un instrumento puramente demagógico.

Semejante conclusión refuerza el criterio, que he venido manteniendo a lo largo de la exposición precedente, según el cual resulta imprescindible interconectar los diferentes principios limitadores del poder punitivo del Estado para poder entender correctamente cada uno de ellos y dotarles de la eficacia reductora que, pretendidamente, implican. De poco o nada sirve, en efecto, proclamar la vigencia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, si una inadecuada aplicación del principio de legalidad penal se materializa en tipicidades de elasticidad tan grande que pueden abarcar cualquier com-

(36) Para KLAUS TIEDEMANN, *Poder económico y delito (Introducción al Derecho penal económico y de la empresa)*, traducción de Amelia Mantilla Villegas, Editorial Ariel, Barcelona, 1985, p. 9, esta «vaga expresión...» A la luz de la discusión internacional sobre el tema,... aparece saludable y responde a la tradición de los Países Bajos».

(37) «Repression...» *cit.*, pp. 417-418.

portamiento por alejado que se encuentre de los objetos de protección, los cuales, así, son *ratio* pero no límite de las incriminaciones. Del mismo modo, tiene escasa utilidad esa proclamación del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos cuando, como acabamos de ver, se incumple el principio de subsidiariedad penal y, con este incumplimiento, se altera la unidad y la coherencia del Ordenamiento jurídico y se hace vacua la estimulación del Derecho penal como instrumento último de entre los que dispone. O bien cuando no se respeta el principio de proporcionalidad de las gravidades del delito y de la pena y, por esta vía, se coopera a la alteración del orden de importancia de los intereses jurídicamente protegidos, con las secuelas que ello puede tener.

Por otra parte, como expresión o bajo la presión —según el caso— de los factores antes indicados, se produce la adopción o la ausencia de ella de decisiones administrativas, judiciales o del Ministerio Fiscal que, por su incorrección superior al mero error (38), en muchas ocasiones también perturban o anulan las capacidades limitadoras del poder punitivo estatal encerradas tanto en la idea de bien jurídico, cuanto en el elemento objetivo de todos los tipos que es el ataque al correspondiente objeto de amparo.

Pudiera pensarse que, en tales casos, la puesta en acción de mecanismos de cierre del Ordenamiento como son las previsiones de los delitos de prevaricación o de cohecho, permite el control de tales incorrecciones en la actividad o en la falta de actuación administrativa, fiscal y/o judicial. Pero la realidad muestra, por el contrario, lo exiguo de esta clase de control (39). A veces, a causa de los mismos vicios que han llevado a la incorrección primera. Otras veces, a consecuencia del establecimiento de cautelas legales, como el antejuicio de jueces y magistrados, no compensadas en lo que tienen de entorpe-

(38) En tanto el error no supere en su origen la imprudencia simple y alcance la temeraria, carece de transcendencia penal: argumento derivado de los elementos típicos empleados para definir la prevaricación activa imprudente («negligencia o ignorancia inexcusable») y carácter «manifiesto» de la injusticia de la resolución dictada, tanto en la prevaricación judicial cuanto en la administrativa: arts. 355 y 358, párrafo segundo CP) y de la ausencia de tipos imprudentes respecto de las prevaricaciones omisivas (arts. 357 y 359 CP).

(39) Cfr. JOAN J. QUERALT, «Irregularidades administrativas y responsabilidad penal (Comentarios al hilo de la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 18 de enero de 1988)», en *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 7, 1989, pp. 417-419, donde, entre otras cosas, dice: «...nuestro ordenamiento jurídico no es ni mucho menos parco en la criminalización de tales comportamientos. Aunque dispersados bajo diversas rúbricas e interesando diversos bienes jurídicos, los delitos que tiene como sujeto activo a funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o con ocasión de tal ejercicio, constituyen, con mucho, la agrupación más importante tras los delitos meramente comunes. A ésta preocupación legislativa no se ha correspondido una fase análoga de persecución y castigo de las infracciones, salvo algunos pocos ejemplos relevantes, que han convertido la excepción a la punición en regla y el castigo en actividad judicial marginal».

cedoras con la admisión de sistemas procesales alternativos, como la intervención del jurado en estos supuestos. Y en otros casos, producto de clamorosas lagunas legales, como las que presentan los delitos de prevaricación respecto al Ministerio Público (40), o de defectos en las definiciones típicas, que siembran de inseguridad su interpretación, como las que se dan en relación con la inactividad administrativa y, dentro de ella, particularmente con el llamado silencio administrativo (41).

Por último, en el tercer tramo del proceso de criminalización en el que antes veíamos que se materializa el ejercicio del poder punitivo estatal, se confirma lo que sucede en los anteriores.

Y, así, en relación con la ejecución de la pena más característica, la de privación de libertad, puede decir, por ejemplo, Baratta que «las estadísticas indican que en los países de capitalismo avanzado, la gran mayoría de la población carcelaria es de extracción proletaria, en particular pertenece a las capas subproletarias.... Lo que no quiere decir por completo que la desviación criminal se concentre efectivamente en la clase proletaria.... la misma criminología liberal, con las investigaciones sobre la cifra oculta, sobre la criminalidad de cuello blanco y sobre la criminalidad política, demuestra, al contrario, que el comportamiento criminal está distribuido en todos los grupos sociales, que la nocividad social de las formas de criminalidad propias de la clase dominante, y por tanto ampliamente inmunes, es bastante más grave que la de toda la criminalidad realmente perseguida»(42).

O que se pueda comprobar un tratamiento desigualitario, por diferente para con estos delincuentes —cuando son condenados—, en asuntos como la clase de establecimientos penitenciarios en que directamente ingresan o hacia los que rápidamente progresan, o como la concesión de indultos.

14. Con arreglo, pues, a las ideas hasta aquí expuestas, no parece que pueda esperarse mucho de la eficacia limitadora del bien jurídico en el momento judicial por lo que al ejercicio del poder punitivo estatal respecta.

(40) Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación...*, cit., pp. 129-130.

(41) Cfr. *ob. cit.*, en nota anterior, pp. 58-67 y 95.

(42) «Criminología libérale...», cit., pp. 59-60. Y no es únicamente que «las pérdidas económicas que para la sociedad representa un solo delito de cuello blanco pueden equipararse tal vez a la suma total de miles de hurtos, robos y atracos cometidos», pues «la importancia de estos delitos no se mide exclusivamente en magnitudes financieras —aun siendo éstas muy importantes—, sino por el daño que infieren a las relaciones sociales», lo que se revela en que, por ejemplo, «la sociedad no considera al autor de uno de estos delitos como a un verdadero criminal» (ALVAREZ-URÍA, *ob. cit.* y páginas cit.). Con lo que los efectos de criminalización secundaria, cifrados en términos de estigmatización, son también considerablemente menores para quienes cometen esta clase de delitos, que, sin embargo, atentan contra bienes jurídicos de masa que poseen gran trascendencia cualitativa y cuantitativa, que para quienes cometen otros delitos relativos a bienes jurídicos que, según los casos, tienen mucha menos trascendencia cuantitativa o cualitativa.

Lo que, sin embargo, no debe inducir al catastrofismo. Por varias razones:

Primera, porque de ninguno de los principios que se enuncian con objeto de delimitar al poder punitivo del Estado, cabe esperar mucho (43). Aunque sí algo. Tanto más valioso cuanto se estime que es punto de partida y no de llegada. Y tanto más importante cuanto se aprecie no en su soledad, sino en el conjunto de lo que implican los demás límites.

Segunda, porque tales principios no son fórmulas miríficas. Ni su efectividad puede, por tanto, materializarse en resultados milagrosos. No son, en realidad, más que el compendio momentáneo de una dinámica histórica que sigue viva. Cuyos fundamentos materiales, que ya han originado los contemporáneos principios limitadores, apuntan al futuro. A la consecución de mejores logros por aplicación de esos principios limitadores y al surgimiento de límites mejores.

Por lo que concierne al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, cierto es que los avances de las funciones constrictoras que desempeña han sido, y se anuncian, mayores en el campo de la creación de la ley penal que en el de su aplicación. Pero también es cierto que en este último asimismo se han producido avances. Y las, cada vez más frecuentes y numerosas, denuncias de su escasez y puesta de manifiesto de las causas de ella (entre las que, por cierto, destaca aquella, en realidad previa al momento judicial, que he mencionado en primer término: la burla a la aplicabilidad de la ley penal que consienten y aún propician otras ramas del Ordenamiento), han de considerarse premonitorias de ulteriores, y no lejanos, progresos. Progresos a cuya consecución cooperan junto a otros factores —estructurales— de superior transcendencia, que en este momento no podemos analizar.

De momento resulta obligado preguntarse si, en todo caso y todos ellos, los funcionarios públicos que ejercen o están vinculados al ejercicio de la Administración de Justicia se comportan de igual modo. Si no ocurre que un parte —creciente— de ellos, los imbuidos de un pensamiento más democrático, no siguen las formas de actuación a que he hecho referencia y, entonces, pueda esperarse un empleo del bien jurídico que realmente circunscriba, en el sentido apuntado, el alcance del poder punitivo que practican.

Sobre este particular, creo que son esclarecedoras las siguientes palabras de Pulitanó: «la praxis de los magistrados democráticos, de hecho se sitúa y quiere situarse como alternativa no ya a los valores democrático-burgueses (lo que exigiría llevarlos más allá de la legalidad), sino a su deformación autoritaria en la jurisprudencia corriente. Los valores por los que luchamos, como funcionarios de un Estado

(43) Cfr. MUÑOZ CONDE, en HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción...*, cit., p. 21, y HASSEMER, en la misma obra, pp. 112-113.

burgués pero democrático, son por lo común propios de la democracia burguesa, de origen iluminista; pero, a diferencia de los burgueses conservadores, pretendemos tomarlos verdaderamente en serio, hasta su extrema potencialidad democrática. En las libertades fundamentales vemos los derechos universales que, en cuanto válidos para todos, también deben poder ser utilizados por las minorías y por las clases subalternas, como lícito instrumento de lucha frente al orden de poder constituido» (44).

Como en otra ocasión he dicho al reflexionar sobre las opiniones acabadas de transcribir (45), probablemente en ellas (o en propuestas similares) consiste el programa máximo que ahora puede realizar el bien jurídico como límite, en el momento judicial, del poder punitivo ejercido por el Estado social y democrático de Derecho. Pero, y debe subrayarse, al mismo tiempo debiera ser el programa mínimo actualmente exigible.

15. Una última cuestión es cómo llevar a cabo esta pretensión (u otras semejantes) a la hora de interpretar y aplicar la ley penal. Lo que significa tanto como interrogarse sobre qué vías se ofrecen desde la construcción dogmática del delito, para que la idea de bien jurídico sea operativa cuando se trata de apreciar o rechazar que un determinado comportamiento es delictivo.

Tampoco ahora me detendré en una larga exposición sobre teoría jurídica del delito. Tan sólo señalaré, y con ello retomo un asunto que antes he dejado pendiente, algunos de los ámbitos de ésta teoría donde la idea de bien jurídico puede y, a mi juicio, debe emplearse con efectos limitadores de la definición legal de una conducta como delito. Tales ámbitos son, entre otros, los siguientes (46):

— El del resultado en cuanto afección del bien jurídico, resultado que es un elemento objetivo de los tipos de lo injusto absolutamente necesario en todos los delitos.

— El de la imputación objetiva, tanto en su planteamiento general cuanto en todos y cada uno de los singulares criterios de imputación de esta índole.

— El de la constitución y fundamentación de lo injusto.

— El de la adecuación social tomada como principio general regulador de los diferentes elementos del delito.

(44) «Le deformazione autoritarie della giurisprudenza dominante e la lotta di Magistratura Democratica per l'attuazione dei valori democratici», en PIETRO BARCELLONA (a cura di...), *L'uso alternativo del diritto. T. II: Ortodossia giuridica e prattica politica*, Editori Laterza, Bari, 1973, pp. 62-63.

(45) *Vid. Sobre el concepto...*, *cit.*, p. 348.

(46) *Vid.* la implicación del bien jurídico (entendido de diferentes maneras) y con varios de los ámbitos que a continuación relaciono, en GÓMEZ BENÍTEZ, «Sobre la teoría...», *cit.*, pp. 90-98, 101-104 y 110-111. Para ulteriores detalles sobre la forma de operar el bien jurídico en cada uno de los ámbitos que se indican, *vid.* los lugares correspondientes a su tratamiento en OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA, *Teoría jurídica del delito*, *cit.*

- El de la constitución y fundamentación de la justificación de conductas típicas.
- El del conocimiento de la antijuricidad y el error de prohibición.
- El de la fundamentación de la punición de los actos preejecutivos punibles y de la tentativa, frustración y delito imposible.
- El de la autoría en ciertos delitos especiales.
- El de la exigencia de capacidad individual de obrar como elemento del tipo de omisión propia.
- El de la conformación del deber de garantía en los delitos de omisión.
- El de la exigencia del desvalor del resultado propio de la consumación en los delitos imprudentes.