



Revista

ISSN 2007-4700

Primal

MÉXICO

Número 11 y número 12
septiembre de 2016 •
agosto de 2017



Acerca de la justificación de la intervención penal en los delitos económicos

María Del Carmen Vera Rivera

Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Abogada



RESUMEN: *En relación a los delitos económicos existe o subyace un debate relacionado con aceptar o no como legítima la intervención penal del Estado en este ámbito. En el marco de esta cuestión, en las próximas páginas, proponemos una solución para encausar y solucionar este dilema, porque, el problema tiene diversos niveles de discusión que al parecer en la doctrina se encuentran entremezclados y confundidos. El primer nivel estaría relacionado con el de la legitimidad de las normas penales del Derecho penal económico, aquí se encuentra el debate de la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos. El segundo nivel sería el de la correcta selección de los intereses tutelables. El tercer nivel es el del tratamiento que deban tener las normas de este nuevo Derecho penal. Finalmente, tenemos la cuestión de la técnica legislativa.*

PALABRAS CLAVE: *Delito económico, bien jurídico colectivo, legitimación/justificación del derecho penal económico*

ABSTRACT: *In relation to economic crimes, prevails or underlies a debate on whether to accept or not as legitimate the criminal intervention of the government in this area. In the context of this issue, in the following pages, we propose a solution to steer and resolve this problem, because this dilemma has several levels of discussion which appear in the doctrine intermingled and confused. The first level would be related to the legitimacy of the criminal laws of economic criminal law, here is the debate on the legitimacy of collective legal goods. The second level would be the correct selection of protected interests. The third level is the treatment that should be given to the norms of this new criminal law. Finally, there is the issue of the legislative technique.*

KEY WORDS: *Economic crimes, collective legal goods, legitimacy of economic criminal law.*

SUMARIO: *I. Introducción II. Exposición de la problemática y determinación de los presupuestos dogmáticos de partida III. Sobre el concepto y los caracteres del bien jurídico colectivo IV. Justificación de la protección de los bienes jurídicos colectivos V. Nuevo Derecho penal y su tratamiento VI. Forma de tipificación VII. Conclusiones VIII. Bibliografía*

I. Introducción

En el ámbito de los delitos económicos existe o subyace un debate relacionado con aceptar o no como legítima la intervención penal del Estado en la libertad de organización de las personas físicas y/o jurídicas por el cometimiento de los referidos ilícitos penales. Esta discusión a su vez tiene como trasfondo material, la discusión sobre la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos como objeto jurídico de protección con entidad material suficiente y que requieren de la efectiva protección penal. En relación a estos problemas, a lo largo de las próximas páginas, elaboramos una propuesta para encausar y solucionar la problemática, porque, el problema tiene diversos niveles de discusión que al parecer en la doctrina se encuentran entremezclados y confundidos. El primer nivel de la discusión estaría relacionado con el de la legitimidad de las normas penales del Derecho penal económico, aquí se encuentra el debate de la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos. El segundo nivel sería el de la correcta selección de los intereses tutelables (ya sea un objeto jurídico individual o colectivo). El tercer nivel es el del tratamiento que deban tener las normas de este nuevo Derecho penal, relacionado con la opción de considerar si se deben aplicar las mismas reglas de la Parte General a todos los delitos (nuevos y antiguos) o no. Finalmente, tenemos la cuestión de la técnica legislativa, es decir, determinar si mediante este criterio es posible vulnerar los principios que deben ser observados para configurar un tipo penal.

II. Exposición de la problemática y determinación de los presupuestos dogmáticos de partida

Brevemente revisaremos la legitimación de los delitos socioeconómicos mediante el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, teniendo en cuenta que el Derecho penal económico por las características de los bienes que protege se ve condicionado por uno de los debates político-criminales más relevantes de los últimos tiempos,¹ en referencia a la legitimidad de los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos. Se observa que la tarea de encontrar criterios de legitimación para este concreto grupo de delitos se encuentra reflejada en una suerte de dialéctica entre lo que se ha denominado el discurso de la expansión y el discurso de la reducción,² ambas fundamentaciones referidas al Derecho penal y su proceso de ampliación de la tutela de nuevos y diferentes bienes jurídicos,³ mediante tipos penales nuevos, pero también a través de los tipos penales tradicionales y una moderna reinterpretación de los mismos.⁴ Una discusión en la que se observa lo antagónico de los presupuestos enfrentados; mientras se ha afirmado por un lado que la evolución del Derecho penal ha de trascender al Derecho penal mismo y que la mejora del Derecho penal desembocará no en uno mejor sino en un Derecho de mejora y prevención, un Derecho que fuera mejor que el Derecho penal, más humano e inteligente,⁵ por otro, se sostiene que la historia del Derecho penal es la historia de su progresiva racionalización y sometimiento a límites, y que por sus características es un instru-

¹ Feijoo Sánchez, B.: "Bien jurídico y delitos socioeconómicos", en *Diccionario de Derecho penal económico*, dir. Boix Reig, J., coord. Lloria García, P., Ed. Iustel, Madrid, 2008, p. 145.

² Al respecto, revisar Hassemer, W.: "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en *Pena y Estado*, dir. Bustos Ramírez, trad. Larrauri, E., Ed. Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1995, pp. 32 y ss.; Herzog, F.: "Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo: perspectivas más allá del Derecho penal", en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, coords. Arroyo Zapatero, L., Neumann, U., Nieto Martín, A., trad. Crespo, E., Cuenca, 2003, pp. 249 y ss.

³ Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico y de la empresa, Parte General*, tercera edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 127-129.

⁴ Por ejemplo, tal es el caso del delito de administración desleal en referencia a los supuestos de actuación del órgano de administración de una persona jurídica.

⁵ Radbruch, G.: *Filosofía del Derecho*, Ed. Revista de Derecho Privado, cuarta edición, Madrid, 1959, p. 221. Podría pensarse que esta posición ya no se mantiene, porque sus postulados fueron propuestos al inicio de la segunda mitad del siglo pasado, sin embargo, la propuesta de Hassemer, W., Muñoz Conde, F.: "Viejo y nuevo Derecho penal", en *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 46 y ss., es asimilable. Estos autores sostienen que, entre el Derecho penal y el Derecho sancionatorio administrativo, entre el Derecho civil y el Derecho público, con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del Derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos, debería existir un "Derecho de intervención". Ordenamiento jurídico de difícil concreción y, sin embargo, (a juicio de estos autores) con mayores y mejores posibilidades de solución respecto del Derecho penal. Una propuesta que si se analiza adecuadamente en nada difiere de lo que propusiera Radbruch, porque el fundamento de la propuesta radica en la exagerada, ilimitada y no tan legítima intromisión en determinadas circunstancias por parte del Derecho penal. Es preciso advertir que la propuesta tiene una diferencia, porque el Derecho de intervención estaría reservado para aquellos tipos penales que no se corresponden con el Derecho penal nuclear, v. gr., el Derecho penal económico.

mento más racional, previsible, limitado y seguro que otras formas de control social.⁶

En este sentido, se discute sobre la legitimidad de estos bienes jurídicos, en la medida en que se asegura, constituyen una muestra palmaria del carácter expansionista e injustificado del Derecho penal en el que se observa un abandono del modelo de protección de bienes jurídicos estrictamente personales y se estaría, por tanto, en uno caracterizado por una mayor e innecesaria intervención. La crítica de la protección de los bienes jurídicos colectivos se formula en torno a sostener que son objetos ficticios o no reales de tutela⁷ y carentes de materialización,⁸ en la medida de su excesiva amplitud e indeterminación. Por estos caracteres se señala que se recurre habitualmente a la técnica de los delitos de peligro evidenciando un adelantamiento (probablemente no justificado) de la frontera de la intervención y de la protección penal.⁹ Nosotros consideramos que, si se acepta que ese adelantamiento no está justificado, resultaría difícil mantener la legitimación y justificación del empleo del Derecho penal en este ámbito. En este sentido, el hecho de que sean excesivamente amplios no es lo mismo que indeterminados y sobre este problema es necesario incidir. Por otra

parte, respecto del problema en orden a la naturaleza del interés jurídico y el de la técnica de tipificación, lo importante será llegar a un punto que permita mantener el respeto con el principio de lesividad, y esto se logra entendiendo que todo delito de peligro lo es para el interés jurídico mediato, que subyace al colectivo, que por su parte con la realización de la acción ya resulta lesionado, puesto que sólo es posible la lesión como rebaja de ciertas condiciones. Por lo que se hace necesario distinguir entre legitimar por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y la posible infracción del principio de lesividad, que tendría lugar probablemente por la técnica legislativa. Eso es lo que desarrollaremos en el siguiente apartado. Pero para lograrlo, debemos responder a la cuestión sobre qué son bienes jurídicos colectivos y cómo se encuentran delimitados frente a los individuales. En este marco, nos vemos obligados a establecer un punto de partida sobre la función prioritaria de la ley penal, determinar de ante mano, si la norma penal protege bienes jurídicos¹⁰ o como se piensa por otro sector doctrinal,¹¹ la función de este sector del ordenamiento es la protección de la vigencia de la norma.¹² Para nosotros, la ley penal obtiene su racionalización y

⁶ García-Pablos de Molina, A.: *Introducción al Derecho penal*, Ed. Ramón Areces, cuarta edición, Madrid, 2006, p. 171.

⁷ Moccia, S.: “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales”, en *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Ed. Bosch, trad. Ragués i Vallès, R., edit. Silva Sánchez, J., Barcelona, 1997, p. 116.

⁸ Mendoza Buergo, B.: *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Ed. Civitas, 2001, p. 68.

⁹ Hassemer, W.: “Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno”, en *ADPCP*, trad. Larrauri, E., t. XLV, 1992, p. 241.

¹⁰ Para Abanto Vázquez, M.: “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, en *Revista Penal de la Universidad de Huelva*, núm. 18, (publicado en el Libro-Homenaje a Juan Bustos Ramírez, coord. Urquiza, J.), 2006, p. 3, el bien jurídico es todo aquello que el hombre o la sociedad valoran y se protege a través de la ley. Como afirma Hormazábal Malaree, H.: *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, Ed. PPU, Barcelona, 1991, p. 139, el concepto de bien jurídico expresa el concreto interés, el objeto protegido por cada prohibición o mandato, que otorga un fundamento racional al sistema penal. El delito constituye, por tanto, la lesión no de un derecho subjetivo, sino de un bien jurídico, un bien merecedor de tutela penal.

¹¹ Sin embargo, al menos a pie de página, considero importante referirme a la discusión y en este sentido, al porqué de la postura personal. Postura que nos parece importante y que condiciona la investigación, incluyendo el desarrollo posterior del trabajo y la toma de postura en los diversos temas a tratar. La tesis que considera que la norma penal protege bienes jurídicos, puede considerarse mayoritaria. En general para la doctrina penal la protección de bienes jurídicos constituye la función primordial del Derecho penal. Sin embargo, existen posturas que, desde una perspectiva funcional del Derecho penal, aseguran que la tarea de este ordenamiento es la protección de la vigencia de la norma.

¹² Para Jakobs, G.: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Ed. Civitas, trad. Cancio Meliá, M., Feijóo Sánchez, B., primera edición 1996, segunda reimpresión, Madrid, 2000, p. 16, desde una perspectiva funcional, el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la Constitución y la sociedad. En la pág. 26 afirma que la sociedad es la construcción de un contexto comunicativo, por lo tanto, no se trata de constatar un determinado estado de cosas, sino de observar la forma cómo se ha configurado ese estado. En este sentido, la identidad de la sociedad se encuentra determinada a través de unas reglas de configuración, establecidas mediante normas, un sistema de normas, lo que equivale a rechazar su configuración en función de bienes o estados (de la naturaleza o de la realidad). Es importante señalar que, para esta postura, se reconoce que, en determinadas configuraciones normativas, pueda deducirse la norma a partir de bienes, sin embargo, los bienes no son la norma, son tan sólo su reflejo. El Derecho, para esta tesis, se convierte en un instrumento de estabilización social, de orientación de las acciones y de institucionalización de las expectativas. Aparece el concepto de confianza institucional, entendida como una forma de integración social, el ordenamiento sustituye la confianza personal por la institucional, lo que se ha denominado la institucionalización de las expectativas de comportamiento. La misión de esta forma de integración social es garantizar un nivel necesario de orientación de la acción, del comportamiento y así, de estabilización de las expectativas. Una vez que las expectativas se han institucionalizado, se han normativizado, se puede afirmar que la infracción de la norma es socialmente disfuncional, más no por la lesión de ciertos bienes jurídico-penales, sino en la medida en que se pone en duda la vigencia de la norma como orientación de la acción, orientación del comportamiento y, en este sentido, se verifica una afectación de la confianza institucional de los miembros de

Acerca de la justificación de la intervención penal en los delitos económicos

justificación a partir de la protección de bienes jurídicos.¹³ Sin embargo, es preciso señalar que en el ámbito de esta discusión Roxin ha señalado que “*el propio Jakobs, bajo la presión de la crítica, aunque no se haya desvinculado expressis verbis de su tesis de que la pena sirve sólo a la confirmación de la norma, sí lo ha hecho materialmente*”, porque exige como criterio para la función de confirmación de la norma, la necesidad de que la norma esté “*sustentada cognitivamente*”, lo que significa para Roxin que la norma se encuentra fundamentada en la “*protección de bienes*

jurídicos”, por esta razón, sólo cabe “*archivar la objeción deducida del efecto de estabilización de la norma que emana de la pena en contra de la tarea de la pena y del Derecho penal de proteger bienes jurídicos*”.¹⁴

Indiferentemente de que se acepte el fin de la discusión o no (lo propio sería considerarla abierta), lo importante es afirmar que la doctrina mayoritaria en España (a la que nos adherimos) acepta que la protección de bienes jurídicos es el principal criterio legitimante.¹⁵ A este respecto, considero importante

la sociedad (desde una visión crítica, cf. Baratta, A.: “Integración-Prevención: una ‘Nueva’ Fundamentación de la Pena Dentro de la Teoría Sistémica”, en *Revista Doctrina Penal*, año 8, núm. 29, 1985, pp. 3 y ss.). Lo relevante, por tanto, para el Derecho penal será, en definitiva, haber desautorizado la vigencia de la norma. Desde esta perspectiva, de la desautorización de la vigencia de la norma, se afirma que el Derecho penal desde una configuración funcional, se acerca a la concepción de la pena en el sentido idealista hegeliano, entendida como la confirmación, restauración y aseguramiento del Derecho, es decir que, para el Derecho penal funcional, la pena no repara bienes, sino confirma la identidad normativa de la sociedad (véase directamente, Hegel, G.: *Fenomenología del Espíritu*, Ed. Fondo de Cultura Económica, trad. Roces, W., primera edición 1966, Madrid, 1985, p. 100. Para Hegel, “el delito tiene su reflexión en sí mismo o su inversión en la pena real; ésta es la reconciliación de la ley con la realidad que se le opone en el delito, la pena real tiene su realidad invertida en ella misma, que es una realización de la ley, de tal modo que la que tiene ésta como pena se supera a sí misma, se convierte de nuevo de ley activa en ley quieta y vigente, cancelándose el movimiento de la individualidad en contra de la ley y el de ella en contra de la individualidad. Según Zaffaroni, E.: *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Ediar, segunda edición, Buenos Aires, 2002, p. 400, en Hegel se observa que la pena era la reafirmación del Derecho, por aplicación del principio lógico de que la negación es la afirmación: el delito es la negación del derecho y la pena es la negación del delito, es decir, la afirmación del Derecho. Señala Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J.: “Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho penal”, en *CPC*, núm. 71, 2000, pp. 391-392, que la referencia de ciertos críticos como Baratta, para ligar el sistema funcionalista de Jakobs con la teoría sistémica de Luhmann, es equivocada, porque afirma que Jakobs en varias publicaciones se desmarca de esta posibilidad. Afirma que, “Jakobs marcaba sus diferencias con la teoría sistémica de Luhmann para situarse junto a Hegel”. En definitiva, se puede leer que, para Jakobs, G.: *Sociedad, norma y persona...*, op. cit., p. 11, el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho, en cuanto que ese hecho es equivalente a la lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto su identificación con el quebrantamiento de la norma. Un quebrantamiento de la norma, a su vez, no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas.

¹³ En este punto, cabe reparar nuevamente en las formas en que se utiliza el concepto de bien jurídico, como bien señala Mir Puig, S.: *Derecho penal, Parte General*, novena edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 2011 p. 160, este concepto es utilizado básicamente en dos sentidos: a) en el sentido político criminal o de *lege ferenda*, referido a lo que necesariamente debe ser protegido por el Derecho penal; y, b) en el sentido dogmático o de *lege lata*, en relación a lo que efectivamente se encuentra protegido por la norma jurídica penal vulnerada. Sin embargo, según Roxin, C.: *Derecho Penal, Parte General*, t. I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, traducción de la segunda edición alemana y notas por: Luzón Peña, D., Díaz y García Conlledo, M., de Vicente Remesal, J., Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 55, el concepto de bien jurídico, en la medida en que no se encuentra dilucidada la cuestión teórica del concepto material de delito por cuanto hasta ahora no se ha logrado precisar el concepto de bien jurídico de modo que pudiera ofrecerse una delimitación jurídicamente fundada y satisfactoria de su contenido, sólo sigue teniendo una función como medio de interpretación teleológica según el concreto e inmediato bien jurídico protegido por el tipo penal para la estructuración sistemática de la Parte especial, pero político criminalmente carece de importancia. Sin embargo, debemos reparar en que no puede confundirse el establecimiento de un concepto a nivel teórico con la indiscutible evidencia de la existencia de intereses personales y colectivos que se consideran necesarios para la vida en sociedad y para el libre y completo desarrollo de la personalidad. Adhiriéndonos a las tesis que pueden considerarse mayoritarias, matizamos señalando que el abandono radical de la función político-criminal del concepto de bien jurídico, sería insuficiente y poco adecuada, por cuanto se reduciría a otorgar una función eminentemente interpretativa al concepto de bien jurídico, dejando de lado los beneficios que comportan todos los problemas materiales de la discusión político-criminal para lograr un concepto de bien jurídico expresivo y concreto en su contenido y que a la vez funcione como limitador del Derecho penal. Por lo que consideramos que el bien jurídico puede constituir punto de encuentro entre injusto y política criminal, lo que permite concluir que la función primordial del Derecho penal es su protección, y sólo a partir de ellos, se deben interpretar los tipos penales. Por otro lado cabe resaltar que la teoría del bien jurídico le otorga una función crítica, que encierra la posibilidad de declarar *ex post*, la inexistencia de un bien jurídico merecedor de protección frente a supuestos de penalización de conductas meramente inmorales, como por ejemplo la prostitución, lo que implica su no criminalización y de este modo operaría en ambas modalidades (sobre la cuestión revisar von Hirs, A.: “El concepto de bien jurídico y el principio del daño”, en *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, edición española a cargo de Alcácer, R, Martín, M, Ortiz de Urbina, Í., Madrid-Barcelona, 2007, pp. 37-38).

¹⁴ Roxin, C.: “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, en *RECPC*, trad. Cancio Meliá, M., 15-01, 2013, pp. 4 y 5.

¹⁵ Por todos, Mir Puig, S.: *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 119 y ss. Sobre la función y límites de la teoría del bien jurídico como criterio legitimante, entre otros muchos, Octavio de Toledo y Ubieto, E.: “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, en *ADPCP*, t. I, Madrid, 1990, pp. 5 y ss.

señalar, aunque brevemente, que es necesario establecer un criterio complementario de la teoría del bien jurídico.¹⁶ Porque, el correcto punto de partida consiste en reconocer que la única restricción previamente dada al legislador para la configuración de los delitos se encuentra en los principios de la Constitución.¹⁷ Con lo cual se reconduce la teoría del bien jurídico haciéndola derivar de la Constitución.¹⁸ En suma, como afirma Bustos Ramírez, el bien jurídico no sólo surge como un concepto fundamentador de la intervención del Derecho penal en la libertad y derechos de las personas, sino además como garantía

del ciudadano y como criterio deslegitimador de las intervenciones¹⁹ cuando éstas sean irracionales e ilegítimas. En un Estado democrático, el bien jurídico comporta la misión de limitar el poder punitivo estatal, esto implica que las definiciones legales de delitos únicamente pueden crearse para amparar bienes jurídicos compatibles con ese ordenamiento.²⁰ Esto no quiere decir que los bienes jurídicos deriven de la Constitución Española, sino tal y como afirma el Tribunal Constitucional,²¹ el Derecho penal tiene la finalidad de proteger los valores, bienes o intereses que sean constitucionalmente legítimos²² en un Es-

¹⁶ En la doctrina existen dos posturas muy diferenciadas sobre la vinculación normativa entre bien jurídico y Constitución. La que opina que todos los intereses jurídicos están en la Constitución y la que dice que no (con una construcción distinta, Fernández, G.: *Bien jurídico y sistema del delito*, Ed. B de F, Montevideo, 2004, p. 108 y ss., 118, 291, sostiene con su teoría supraconstitucional iushumanista del bien jurídico, que los bienes jurídicos están constituidos por los valores sociales, universales y multiculturales relacionados con los derechos humanos, que derivan de la dignidad de la persona, por lo que la teoría constitucionalista no completa el marco protector debido a la pluralidad de valores que contiene, y sólo constituiría un mandato de determinación para el legislador). Finalmente, para algunos autores, los bienes jurídicos que pueden ser objeto de protección penal son aquellos que sirven para garantizar los principios inspiradores del ordenamiento jurídico. Para Abanto Vázquez, M.: “Acerca de la teoría...”, op. cit., p. 8, en Alemania (este autor cita a Sax y Rudolphi) surgió la tesis de la concepción constitucional del bien jurídico, según la cual, el ordenamiento constitucional se encuentra vinculado de manera inmediata a la protección de bienes jurídicos cuando éstos son referidos al núcleo de valores ético-sociales previamente dados, como el derecho a la vida, el derecho al honor, el derecho a la libertad, el derecho a la integridad corporal, el derecho a la propiedad, etc. El resto de bienes jurídicos constituirían valores intermedios del ordenamiento constitucional. Para Álvarez García, J.: “Bien jurídico y Constitución”, en *CPC*, núm. 43, 1991, pp. 5 y ss., 20, 35; Octavio de Toledo y Ubieto, E.: “Función y límites...”, op. cit., p. 1 y ss.; Carbonell Mateu, J.: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 27 y ss., entre otros, la teoría constitucional debe identificar a los bienes jurídicos penales con el ordenamiento valorativo constitucional y esta vinculación se puede realizar de manera expresa e implícita. Lo que no implica su concreta positivización, mas sí una marcada tendencia hacia este logro. Por otro lado, tampoco se exige que los bienes jurídicos susceptibles de protección jurídico-penal, se reduzcan o aumenten. Además, es posible que incluso el contenido normativo del bien jurídico varíe como consecuencia de la interpretación jurisprudencial o por alguna modificación de la norma. Como afirma, Abanto Vázquez, M.: “Acerca de la teoría...”, op. cit., p. 10, para esta postura no se trata de un mero traslado del contenido de la norma constitucional al Derecho penal, haciendo del segundo un instrumento secundario del primero, sino precisamente de lograr coherencia y racionalidad del ordenamiento jurídico en su conjunto. Lograr interpretar y adecuar las proposiciones jurídico-penales de conformidad a los valores de la Constitución, tanto en las propuestas político-criminales como en la estructura de la dogmática del Derecho penal, ámbitos en los que se encuentra la discusión sobre el bien jurídico. En este sentido, para la selección de bienes jurídico penalmente protegibles, es preciso que el bien jurídico cumpla una función limitadora del empleo, uso, utilización o instrumentalización del Derecho penal, y, por tanto, hay que seleccionar aquellos que sean relevantes. Esta selección no tiene más límite que aquellos que vayan en contra de los valores reconocidos como inspiradores del ordenamiento en la Constitución, pero esto, no significa que se pueda proteger cualquiera, sino solamente aquellos en los que se garantice que la intromisión en la libertad de las personas será constitucionalmente legítima.

¹⁷ Entre otros, Roxin, C.: *Derecho Penal...*, op. cit., p. 55; Mir Puig, S.: *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 104 y ss., *passim*.

¹⁸ cf. Bacigalupo Zapater, E.: *Principios de Derecho penal, Parte General*, Ed. Akal, quinta edición, Madrid, 1998, p. 19. Este autor, desde otra perspectiva, sostiene que las limitaciones del *ius puniendi* no surgen propiamente de la función del concepto de bien jurídico. En esta postura, únicamente es posible deslegitimar la intervención del Derecho penal cuando la norma jurídico-penal vulnere los valores superiores del ordenamiento jurídico que establece el artículo 1 de la CE: la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, en definitiva, el derecho a la libertad desarrollado y garantizado normativamente por la Constitución.

¹⁹ Bustos Ramírez, J.: *Manual de Derecho penal, Parte General*, cuarta edición, Ed. PPU, Barcelona, 1994, p. 113.

²⁰ Octavio de Toledo y Ubieto, E., Huerta Tocildo, S.: *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Rafael Castellanos, t. I., segunda edición, Madrid, 1986, p. 159.

²¹ Para el TC la delimitación del bien jurídico es una actividad que se encuentra en la esfera de discrecionalidad legislativa, basta con que en la ley penal no concurren objetivos constitucionalmente proscritos o socialmente irrelevantes. Esto implica el reconocimiento de bienes jurídicos penales que no se hallen ni de forma expresa ni de manera implícita en la Constitución. El TC en la sentencia 45/2009, afirma que normativamente se encuentra garantizada “la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo”, por lo que, “en esta configuración, que supone un complejo juicio de oportunidad, el legislador goza de un amplio margen de libertad”. Esto sin perjuicio del reconocimiento implícito de mandatos tácitos de incriminación (sobre esta última cuestión, revisar Alonso Álamo, M.: “Bien Jurídico Penal: más allá del constitucionalismo de los Derechos”, en *EPCR*, vol. XXIX, 2009, p. 78).

²² González Cussac, J.: “Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 28, 1992, p. 32.

Acerca de la justificación de la intervención penal en los delitos económicos

tado social y democrático de Derecho.²³ De acuerdo con lo que se ha expuesto, y dado que partimos de una determinada concepción de la función de la norma penal como protectora de bienes jurídicos, resulta fundamental en el ámbito de nuestra investigación, responder a la cuestión sobre qué son bienes jurídicos colectivos y cómo se encuentran delimitados frente a los bienes jurídicos individuales.

III. Sobre el concepto y los caracteres del bien jurídico colectivo

Señalaremos primeramente bienes jurídicos individuales son aquellos que sirven a los intereses de una per-

sona o de un determinado grupo de personas; y, aquéllos bienes jurídicos que responden a los intereses de muchas personas, de la generalidad, podremos denominarlos bienes jurídicos colectivos.²⁴ Para Mir Puig, también llamados “*difusos*” porque se caracterizan siempre por hallarse difundidos entre amplias capas de la población.²⁵ Por su parte, Bustos Ramírez sostiene que los bienes jurídicos colectivos deben ser definidos a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social.²⁶ En este punto, Roxin²⁷ expresa que los objetos de protección deben concretarse de alguna manera y, por ende, los objetos

²³ En este sentido, en conexión con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, con el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal, así como con el principio de intervención mínima, la cuestión del bien jurídico (y sobre todo, de esta parte de la investigación) tiene especial relevancia, puesto que nos encontramos ante comportamientos delictivos relativamente nuevos (la administración desleal del órgano de administración), que para algunos autores deberían formar parte del denominado Derecho penal accesorio (delitos societarios) como opuesto al nuclear (administración desleal genérica) en el que la concreción del objeto de protección de la norma es particularmente importante, más cuando en algunos casos (aunque es posible que no en la administración desleal del órgano de administración) sean hechos que pueden encontrar protección en el ordenamiento jurídico privado, por lo que cabría la pregunta: ¿debe protegerse jurídicamente todo bien jurídico? A lo que tendríamos que responder: que no toda clase de interés o valores colectivamente reconocidos y dignos de protección jurídica, debe gozar de la penal. Como señala Polaino Navarrete, M.: *El bien jurídico en el Derecho Penal*, Anales de la Universidad de Sevilla, Serie Derecho, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, núm. 19, 1974, pp. 266 y ss., el concepto de bien jurídico-penal no abarca la totalidad de objetos de protección jurídica, sino sólo de aquellos que requieren un aseguramiento normativo de mayor rigor. El mayor o menor rigor se estructura en relación con la relevancia o importancia que se otorgue a lo que se quiere proteger, de la categoría conceptual protegida y de la gravedad e intensidad del ataque efectuado contra aquélla. Se incluyen los bienes en sentido material, así como los valores, referidos a la esfera espiritual. Los bienes son los objetos que siendo de utilidad para satisfacer las necesidades personales asumen una importancia de tal relevancia que deben protegerse por y a través de la ley penal. Los valores son los atributos anímico espirituales que permiten la auto-realización de la persona en sociedad y que repercuten en la propia estructura del núcleo de la sociedad y son referidos a la libertad individual y el respeto al otro como persona, protegida y garantizada por el derecho. No se trata de que merezcan un mayor o menor rigor en el aseguramiento normativo, sino de que tengan o no un mayor o menor valor para el desarrollo de la vida en colectividad y de la personalidad individual, y que, además se trate de ataques graves a ese interés, incluso en algunos casos sólo se justificaría la protección penal cuando no exista un medio alternativo menos gravoso e igual de eficaz. Para optar por la protección penal es preciso combinar estos criterios, hay veces como en el derecho a la vida que el valor del interés jurídico es tal que no es preciso distinguir por la gravedad del ataque ni buscar medios alternativos menos gravosos, y lo mismo se puede decir de otros intereses personales; en cambio en este tipo de delitos, la administración desleal del órgano de administración, así como en los societarios se deberían tomar en consideración otros criterios. Por otro lado, como afirma Mir Puig, S.: *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 161 y ss., a más de la protección jurídico-penal, tan sólo de determinados bienes jurídicos, es importante expresar que la idea de protección de bienes jurídicos como función del Derecho penal, según el cual el ejercicio de *ius puniendi* por parte del Estado se encuentra legitimado sólo bajo la protección de bienes jurídicos, se fundamenta en el principio de lesividad, que implica dotar al bien jurídico de una función político criminal de *lege ferenda* para la proscripción de conductas eminentemente lesivas y, una función dogmática de *lege lata* en relación al alcance del tipo como criterio de interpretación en función del concreto objeto protegido por la norma. En Derecho penal, para ciertos autores, se entenderán por sinónimos el principio de ofensividad, lesividad, ofensión o de exclusiva protección de bienes jurídicos (revisar sobre la cuestión González Cussac, J.: “*Principio de ofensividad...*”, op. cit., p. 7). En este sentido, lo importante es afirmar que todo delito comporta necesariamente un ataque al bien jurídico protegido por la norma jurídico penal. Por ejemplo, en los delitos de resultado de lesión y de peligro, comporta un resultado de daño o peligro en los términos de cada tipo penal. La dogmática de los delitos de lesión exige un resultado de lesión al bien jurídico, la dogmática de los delitos de peligro exige un resultado de peligro al bien jurídico, en ambos casos, el resultado exigido por la norma jurídico penal se corresponde con la idea normativa de daño. Por lo anterior se deduce que el principio de lesividad impone la carga de la demostración del ataque al bien jurídico en los términos típicos.

²⁴ Hefendehl, R.: “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, núm. 19, trad. Salazar Ortuño, E., 2001, p. 149.

²⁵ Mir Puig, S.: “Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como Límites del *Ius Puniendi*”, en *EPCr*, XIV, Universidad de Santiago de Compostela, 1991, p. 206. Este mismo autor, en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994, p. 152, previene que el Estado social puede confundir la necesidad de favorecer determinados intereses colectivos con la conveniencia de una intervención penal para prevenir su ataque. Ahora, la bondad de una acción estatal a favor de la colectividad no justifica, sin más, que busque el apoyo en un arma tan lesiva como el Derecho penal.

²⁶ Bustos Ramírez, J.: “Los bienes jurídicos colectivos”, en *Control social y sistema penal*, Ed. PPU, Barcelona, 1987, pág.197.

²⁷ Roxin, C.: “El concepto de bien jurídico como...”, op. cit., p. 11.

jurídicos resultado de una abstracción exagerada, que resulten inaprehensibles, no pueden ser reconocidos como bienes jurídicos. Para Maurach²⁸, son bienes jurídicos de la colectividad por un lado, a) los valores supraestatales de la sociedad, entre los que destacan: el orden interno y externo, el sentimiento de piedad, la humanidad, la integridad de la familia, la honestidad, el deber de ayuda al prójimo, la seguridad del tráfico jurídico, la seguridad ante el peligro colectivo; y, por otro lado, b) los valores personificados en el Estado, entre los que cabe contar: la integridad del Estado, el poder estatal en sus distintas manifestaciones, la administración de justicia y la honestidad en el ejercicio de las funciones. En esta bifurcación de los bienes jurídicos colectivos establecida por Maurach, subyace la idea de establecer una distinción entre los sujetos a los cuales se refieren estos bienes, a saber: la distinción entre sociedad y Estado como sus titulares, en España también ha sido acogida esta distinción y consecuente clasificación.²⁹ Sin embargo, hoy en día es difícil aceptar esta división por cuanto el Estado, en cuanto forma de organización política de una comunidad, no puede ser titular de intereses propios susceptibles de protección penal. Así, todo atentado contra los órganos estatales o contra el normal desenvolvimiento de su actividad es, en definitiva, un ataque contra la sociedad a la que éstos sirven.³⁰ Por esta razón, estamos obligados a renunciar a esta división y clasificación de los bienes jurídicos colectivos en función de la titularidad, y afirmar que todo atentado y/o ataque contra bienes jurídicos colectivos constituyen en sí, atentados y ataques contra la sociedad, y sólo en

relación a las funciones sociales que los bienes jurídicos colectivos desempeñan en la sociedad, puede realizarse una clasificación de los mismos. Así, existirían: bienes jurídicos identificables con las prestaciones básicas de la sociedad y bienes jurídicos identificables con la protección de las instituciones que hacen posible las prestaciones básicas para la sociedad y sus integrantes.³¹

Según Alexy, para su delimitación y concreción deben superarse tres condiciones³² a saber: a) la no exclusión en el uso; b) la no rivalidad en el consumo; y, c) la cualidad de no distributividad. En efecto, un bien jurídico será colectivo en la medida en que no se excluya del uso de ese bien a ninguna persona; que además, el uso y disfrute de ese bien por parte de una persona, no implique un perjuicio o imposibilidad para el efectivo disfrute de ese bien por parte de otra persona; y, un bien jurídico podrá ser calificado con el adjetivo de colectivo³³ cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible de dividirse este bien en partes, para distribuirlo en determinadas porciones para el disfrute de un individuo concreto. Nosotros consideramos junto con Greco,³⁴ una cuarta condición, de la que es partidario Roxin,³⁵ quien exige no legitimar “*un bien jurídico colectivo como objeto de protección de un determinado precepto cuando la afectación de ese bien jurídico siempre implique simultáneamente la vulneración de un bien jurídico individual*”, si se concreta la afectación de un bien jurídico individual no existe bien jurídico colectivo inmediatamente protegido. Esto no implica que en el supuesto de hecho concreto de manera secundaria o mediata se vulnere

²⁸ Maurach, R.: *Tratado de Derecho penal*, Ed. Ariel, traducción y notas de Derecho español por Córdoba Roda, J., Barcelona, 1962, p. 252.

²⁹ Entre otros, Santana Vega, D.: *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, p. 77; Cerezo Mir, J.: *Curso de Derecho Penal Español*, Ed. Tecnos, 2004, p. 218; Muñoz Conde, F.: *Derecho penal, Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, décimo octava edición, Valencia, 2010, p. 410, quien distingue entre delitos contra los valores sociales supraestatales y delitos contra el Estado; Serrano Gómez, A.: *Curso de Derecho penal, Parte Especial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2012, pp. 540 y ss.

³⁰ Soto Navarro, S.: “Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos”, en *ADPCP*, vol. LVIII, 2005, p. 888.

³¹ En este sentido se expresan Muñoz Conde, F., García Arán, M.: *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, octava edición, 2010, p. 59, para quienes, los llamados bienes jurídicos colectivos, afectan más a la sociedad como tal, al sistema social que constituye la agrupación de varias personas individuales y supone un cierto orden social o estatal. Entre estos bienes jurídicos sociales o universales se cuentan la salud pública, el medio ambiente, la seguridad colectiva, la organización política, etc.; en el mismo sentido, Soto Navarro, S.: “Concreción y lesión de los bienes...”, op. cit., p. 889.

³² Alexy, R.: “Derechos individuales y bienes colectivos”, en *El concepto y la validez del Derecho*, Ed. Gedisa, trad. Seña, J., Barcelona, 2004, p. 179 y ss.; en función de este criterio, Hefendehl, R.: “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros...?”, op. cit., p. 149 y ss., desarrolla su tesis; en el mismo sentido, Soto Navarro, S.: “Concreción y lesión de los bienes...”, op. cit., p. 887, quien lo expresa del siguiente modo: característica fundamental de los bienes jurídicos colectivos es su función o utilidad para la sociedad en su conjunto, lo que se traduce, *prima facie*, en la posibilidad de aprovechamiento por todos, sin que nadie pueda ser excluido y sin que el aprovechamiento individual obstaculice ni impida el aprovechamiento por otros.

³³ Alexy, R.: “Derechos individuales y bienes colectivos...”, op. cit., p. 186.

³⁴ Citado por Roxin, C.: “El concepto de bien jurídico como...”, op. cit., p. 12, nota al pie núm. 55, pp. 199 y ss.

³⁵ Roxin, C.: “El concepto de bien jurídico como...”, op. cit., p. 12.

además un bien jurídico colectivo. En este sentido, este carácter se deduce de la cualidad de indivisibilidad, es decir que no tienen una auténtica naturaleza colectiva aquellos bienes jurídicos que se pueden descomponer y encuentran su esencia en una pluralidad de intereses individuales.³⁶ En estos comportamientos el carácter colectivo viene conformado por el tipo de peligro del que se ven afectados los bienes jurídicos individuales, el núcleo de lo injusto reside en la creación de un peligro abierto a un bien jurídico individual.³⁷ El bien jurídico colectivo se caracteriza, por tanto, por la posibilidad³⁸ y susceptibilidad de ser disfrutado y utilizado por todos (al mismo tiempo) y cualquiera (sin determinación temporal) de las personas en una sociedad, en este sentido, resulta materialmente imposible relacionarlo con un concreto estamento de aquella, y en función de esto, resulta igualmente imposible determinar o delimitar una proporción o medida del disfrute. Por ejemplo, el medio ambiente, su disfrute por parte de una persona no implica la imposibilidad de acceder a aquel por parte de otra persona en el mismo momento.

Ahora, luego de haber brevemente explicado qué es un bien jurídico colectivo, tomaremos como punto de partida para la discusión de su legitimación, la teoría personal del bien jurídico, por ser la teoría crítica que los deslegitima, y que en general ha sido desarrollada (en sus aspectos relevantes) y propugnada por Hassemer. De esta manera debemos responder a la pregunta sobre si es legítimo proteger mediante el Derecho penal a los bienes jurídicos colectivos. El por qué empezar desde esta teoría constituye una decisión deliberada que se justifica, por un lado, porque es la teoría personal del bien jurídico de dónde han surgido las críticas deslegitimadoras de la protección de bienes jurídicos colectivos; y por otro, porque de este modo, es mucho más sencillo comunicar las ideas superadoras de las críticas contra la protección de los bienes jurídicos colectivos.

IV. Justificación de la protección de los bienes jurídicos colectivos

En efecto, tomaremos como punto de partida para la discusión de la legitimación de la protección de los bienes jurídicos colectivos, mediante el Derecho penal, la teoría personal del bien jurídico.³⁹ Para esta teoría, el bien jurídico constituye criterio irrenunciable para medir la política criminal, y en este sentido, debe concretarse en su núcleo negativo tradicional crítico al Derecho penal. Hassemer acepta la necesidad de protección de bienes jurídicos universales (o colectivos), siempre y cuando se funcionalicen desde la persona, para evitar que una “*política criminal moderna y divagadora*” destruya y desnaturalice el concepto de bien jurídico mediante la protección de bienes jurídicos vagos, generalizadores y en definitiva difíciles de concretar.⁴⁰ Estas ideas tienen como sustrato dogmático, la consideración del bien jurídico desde una perspectiva individual, y se corresponde con la teoría personal del bien jurídico, según la cual sólo debe entenderse como tal un interés individual necesitado de protección jurídico-penal.⁴¹

En este sentido, la protección del orden socioeconómico será posible en la medida en que se realice una vinculación directa o indirecta entre aquel y el derecho individual de la persona, por ejemplo, el patrimonio, concluyendo esta tesis que el orden socioeconómico por carecer de elementos diferenciadores sustanciales entre un interés individual y uno colectivo, por estar este último funcionalmente ligado al primero, no es posible otorgarle entidad suficiente a la categoría de los bienes jurídicos colectivos y en este sentido, no sería posible elaborar adecuadamente criterios para su legitimación y por tanto, no sería posible su criminalización. De este modo, es preciso manifestar que esta postura propone una absoluta descriminalización de este tipo de comportamientos, porque propugna su incorporación a la normativa extrapenal, quedando

³⁶ Soto Navarro, S.: “Concreción y lesión de los...”, op. cit., p. 887, quien señala que, por esta razón, los delitos contra la seguridad colectiva no deben considerarse como protectores de un bien jurídico colectivo.

³⁷ Soto Navarro, S.: *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Ed. Comares, 2003, p. 200 y ss.

³⁸ Hefendehl, R.: “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros...?”, op. cit., p. 150.

³⁹ En España, aunque no en los mismos términos, Mir Puig, S.: *El Derecho penal en el Estado social...*, op. cit., p. 164, para quien existen dos enfoques posibles en la valoración de los intereses colectivos. Uno es contemplarlos desde el punto de vista de su importancia para el sistema social. Otro, valorarlos en función de su repercusión en los individuos. El primero, dice este autor, es el adoptado por el Estado social autoritario, caracterizado por subordinar el individuo al todo social. Para él, por lo tanto, el Estado social democrático ha de preferir el segundo enfoque: le importan los intereses colectivos en la medida en que condicionen la vida de los individuos.

⁴⁰ Hassemer, W.: “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?», en *La teoría del bien jurídico...*, op. cit., p. 96.

⁴¹ Feijoo Sánchez, B.: “Bien jurídico y delitos...”, op. cit., p. 146

tan sólo como objeto del Derecho penal los comportamientos que componen el tradicional Derecho penal nuclear. Además, plantea como solución para las infracciones contra el orden económico la articulación de un “*Derecho de intervención*”,⁴² de difícil contorno, pero situado en un estado o nivel de coacción anterior o inferior a la intervención penal y posterior o superior a los demás ordenamientos jurídicos tales como el Derecho civil, Derecho mercantil, Derecho administrativo sancionador, etcétera.⁴³

Se ha rechazado esta postura por un sector de la doctrina, entre los que cabe citar a Feijoo Sánchez en España y Stratenwerth en Alemania, en la medida en que “*resulta ser demasiado egocéntrica o individualista*”,⁴⁴ únicamente posible en una sociedad que no sólo careciera de intereses comunes, sino que ni siquiera los promoviera. Tesis para estos autores contraria a la realidad normativa actual en la que se evidencia la protección y vigencia de intereses supra-individuales o colectivos como característica de los Estados modernos.⁴⁵ Se parte de la constatación de que “*el injusto es siempre una perturbación social*”⁴⁶ que supera la relación de conflicto entre autor y víctima. Por otro lado, existen delitos que protegen intereses colectivos, en los que no se requiere el enlace funcional entre interés individual e interés colectivo para traspasar la barrera de la tipicidad, como en los delitos contra la administración tributaria o en los delitos contra la seguridad social, por tanto, este enlace no es un requisito material sino sólo una característica de determinados tipos penales. Cabe afirmar, además, que el reconocimiento jurídico del ser humano como persona presenta una realidad bidimensional, que se explica por la garantía y protección de la libertad. Esta situación se expresa en función de las siguientes esferas de

protección: a) para dejarle obrar y manejar su propio ámbito de organización; y, también, b) para respetar y proteger sus objetivos supraindividuales. Esta última dimensión tiene como idea base o fundamental, la necesidad de considerar a la persona, “*como alguien a la que le gustaría ver el mundo, ordenado de una determinada manera*”, y desde esta perspectiva, resulta factible y viable, proteger a la persona, “*en sus creencias básicas que van más allá de su individualidad y tienen que ver con toda su visión del mundo*”,⁴⁷ es decir, desde una perspectiva supraindividual. Por otro lado, entiende ROXIN que los bienes jurídicos no serían simples portadores ideales o abstractos de significado sino circunstancias reales, lo cual no quiere decir que tengan que ser objetos corporales, sino solamente partes de la realidad empírica, con lo cual dentro del concepto bien jurídico caben tanto bienes individuales como también bienes de la generalidad, pero, estos últimos, sólo en la medida en que sirvan al ciudadano en particular.⁴⁸

De esto se deduce que la discusión sobre la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos intenta poner en duda la necesidad de su tipificación, crítica que hemos superado con las observaciones anteriores,⁴⁹ sin embargo, lo que sí se evidencia y acepta es una inadecuada “*técnica legislativa*”, a la hora de elaborar y establecer los tipos penales concretos, cuestiones que deben ser combatidas desde una perspectiva de política criminal,⁵⁰ en el sentido de mejorar la determinación de los tipos, para lograr una mejor concreción del tipo de injusto. La crítica debe apuntarse, por tanto, no a la legítima o ilegítima protección de los bienes jurídicos supraindividuales, sino en función de la concreta técnica que el legislador utiliza para su tipificación. Por ejemplo, rechazar

⁴² Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal...*, op. cit, p. 134.

⁴³ Hassemer, W., Muñoz Conde, F.: “Viejo y nuevo Derecho penal...”, op. cit, pp. 46 y ss., en concreto, estos autores sostienen que, entre el Derecho penal y el Derecho sancionatorio administrativo, entre el Derecho civil y el Derecho público, con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del Derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos, debería existir un “Derecho de intervención”. Ordenamiento jurídico de difícil concreción y, sin embargo, con mayores y mejores posibilidades de solución respecto del Derecho penal.

⁴⁴ Feijoo Sánchez, B.: “Bien jurídico y delitos...”, op. cit, p. 146; en el mismo sentido, Stratenwerth, G.: «La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos», en *La teoría del bien jurídico...*, Ob., Cit., pág. 369, para quien, el concepto personal de bien jurídico, sólo puede abarcar lo que al individuo le resulta importante para sí mismo, una postura que observa al individuo como *homo oeconomicus*, como sujeto orientado únicamente a su propio bienestar, lo que implica problemas para admitir los bienes jurídicos colectivos.

⁴⁵ Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal...*, op. cit, p. 156.

⁴⁶ Feijoo Sánchez, B.: “Bien jurídico y delitos...”, op. cit, p. 147.

⁴⁷ Stratenwerth, G.: “La criminalización en los delitos...”, op. cit, p. 369.

⁴⁸ Roxin, C.: *Problemas actuales de dogmática penal*, Ed. ARA, Lima, 2004, pp. 44 y ss.

⁴⁹ Feijoo Sánchez, B.: “Bien jurídico y delitos...” op. cit, pp. 146 y ss.

⁵⁰ Feijoo Sánchez, B.: “Bien jurídico y delitos...”, op. cit, pp. 149.

Acerca de la justificación de la intervención penal en los delitos económicos

de plano, el intento de tipificar comportamientos que agredan a un bien jurídico colectivo, cuando ante la dificultad que plantea señalar una estructura típica de peligro concreto, el legislador acude a la construcción dogmática de los delitos de peligro abstracto, encajando de manera inadecuada el comportamiento en un molde que no le pertenece.⁵¹

El fundamento material de los bienes jurídicos colectivos surge a partir de la realidad social actual⁵² que condiciona su aparición y protección, así como del modelo de Estado de Derecho actual, en la medida en que éste debe atender a las necesidades de todos los miembros que conforman la sociedad a fin de lograr la efectiva libertad personal (política, económica, etc.) e igualdad jurídica, lo que implica la necesaria protección jurídico-penal contra aquellos hechos que impidan o intenten impedir la atención de las necesidades⁵³ que busquen materializar el programa normativo establecido en la norma fundamental. Por ejemplo, es necesario la protección jurídico penal ante graves hechos que atenten contra el medio ambiente, el agua, la seguridad pública, la función jurisdiccional, el orden socioeconómico, etc. En este sentido, es plausible una solución que consista en la evolución del Derecho penal, que se adapte a la modernización de la sociedad y a los comportamientos desviados que en ésta acontecen,⁵⁴ comportamientos referidos ante todo a los delitos socioeconómicos. El cómo debería realizarse esta modernización lo veremos a continuación.

En este punto, es preciso tener en cuenta que bienes colectivos no son sólo los de naturaleza socioeconómica, se incluyen además la protección del medio ambiente, y dentro de él la protección del agua, la salud

pública, seguridad del tráfico que, desde hace mucho más tiempo que el orden socioeconómico han sido objeto de protección penal. Por lo que esto podría poner en tela de juicio o llevar a replantearse el modo de la discusión, en tanto que el problema no sería la legitimidad de la protección penal de los intereses colectivos, sino de la selección de los que deben ser dignos de esa protección penal. Nos encontramos, por tanto, ante dos niveles diferenciados de discusión: la cuestión de la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos y la cuestión de la selección del concreto bien jurídico colectivo. En este sentido, las finalidades derivadas de un Estado social y democrático de Derecho hacen surgir las necesidades de protección de estos intereses colectivos, ya que sólo cuando se articula la protección es posible asegurarla de los bienes jurídicos individuales. Porque el pleno ejercicio del derecho a la vida, a la libertad, a la integridad personal, a la propiedad, a la protección del patrimonio, no es posible sin la conexión con el criterio de la dignidad de la persona. La dignidad de la persona incluye que se garantice y se provea de manera progresiva y sustentable de condiciones normativas reales para la realización de estos derechos; estas condiciones normativas reales son los bienes jurídicos colectivos. La protección de la economía, de la salud (garantía de la seguridad social y las prestaciones más importantes: seguro de salud, seguro de pensiones, contingencias por riesgos laborales, etc.), del trabajo, del medio ambiente, del tráfico rodado, de la seguridad ciudadana (Fuerzas armadas, policía, administración de justicia), etc. Sin la garantía de estas realidades normativas, es discutible un pleno ejercicio de los derechos individuales.⁵⁵

⁵¹ Díez Ripollés, J.: *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Ed. Trotta, Madrid, 2003, pp. 97 y ss.

⁵² Tiedemann, K.: *Lecciones de Derecho penal económico*, Ed. PPU, Barcelona, 1993, pp. 34-35 y ss.

⁵³ Bustos Ramírez, J.: "Los bienes jurídicos...", op. cit., p. 196.

⁵⁴ Schünemann, B.: "La administración desleal de los órganos societarios: el caso Mannesmann", en *La administración desleal de los órganos societarios*, edits. Gómez-Jara Díez, C., García Caverio, P., Ed. ARA, Lima, 2010, p. 54. Este autor repara y nosotros coincidimos, en que es necesario tomar en serio las objeciones realizadas por los autores de la escuela de Frankfurt, entre los que destaca Hassemer.

⁵⁵ Esta idea es producto de la reflexión de dos realidades vividas, el hecho de ser nacional de un país latinoamericano en el que normativamente siempre se han garantizado a nivel constitucional los derechos fundamentales individuales y también los colectivos; y el hecho de haber residido en países en donde estas garantías, son una realidad (progresiva), por ejemplo, España. Esto significa que, en el Ecuador, no ha existido una garantía y protección real por parte de las instituciones del Estado encargadas de lograr estas finalidades constitucionales (éste no es el momento de hablar de causas, aunque es importante dejar constancia que en la última década han existido cambios importantes en esta materia). Por lo que el derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física, a la propiedad, a la protección del patrimonio personal, etc., se ha tornado en una suerte de burla de la legislación, porque hemos sido testigos de los ataques más atroces y a la vez, de los más simples, que hacen imposible un pleno ejercicio de estos derechos individuales. La ciudadanía en general expuesta al temor por la sensación de inseguridad en la que se vive y se ejerce la libertad. Es una cruel ironía hablar de la protección de bienes jurídicos individuales, si no se garantizan de manera real y progresiva, los bienes jurídicos colectivos. Esto significa que toda política económica debe estar sujeta a la normativa constitucional, el ámbito de lo discutible debe estar situado en el límite posterior a las garantías materiales (financiación) que posibiliten el adecuado ejercicio de los derechos ciudadanos básicos. Sólo así se puede lograr la plena vigencia de la dignidad de la persona. Es una opinión personal, avalada por la experiencia y la historia latinoamericana y mundial.

El problema es hasta qué punto es precisa esa dependencia; si debemos considerarlos instrumentales para la protección de los individuales, en concreto de los que se derivan de esa definición de Estado y de sus principios. Si somos partidarios, como en efecto lo somos, de considerar que la intervención del Derecho penal en la libertad de las personas y de las empresas se justifica sólo a través de la protección de bienes jurídicos⁵⁶ (esta observación, ha dado lugar a la diferenciación y desarrollo dogmático introducida por algunos autores, entre los que destaca Mir Puig, que se corresponde con el denominado *principio de exclusiva protección de bienes jurídico-penales*,⁵⁷ esta exigencia de protección por parte del Derecho penal no implica que todo bien jurídico deba ser protegido penalmente [principio de subsidiariedad] ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penales penalmente tutelados ocasione la intervención del Derecho penal [carácter fragmentario]⁵⁸), lo que implica en definitiva, que la legitimación de los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos, se afirma cuando se observe y cumpla plenamente con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. El bien jurídico se concibe como la razón que permite justificar la necesidad del empleo del Derecho penal, es decir, como aquello que legitima el castigo.⁵⁹

El problema radica fundamentalmente en la selección de los bienes jurídicos. Lo relevante será no tanto discutir si se debe o no proteger un interés colectivo, sino qué tipo de intereses de esta naturaleza deben ser objeto de protección penal. Aceptada

la necesidad de protección de estos bienes jurídicos colectivos,⁶⁰ uno de los problemas que se plantean en este momento es el relativo al tratamiento que deban tener, si se deben tipificar en el Código Penal como norma penal, de acuerdo con los principios que rigen este sector del ordenamiento jurídico, o debe optarse, en palabras de Silva Sánchez por un Derecho penal de dos velocidades.

V. Nuevo Derecho penal y su tratamiento

Entre otros, dentro de la primera postura, sobre el tratamiento de los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos y que conforman el “*nuevo Derecho penal*”, Gimbernat Ordeig considera que los conceptos fundamentales de la Parte General del Derecho penal siguen siendo adecuados e irrenunciables para el tratamiento de los nuevos comportamientos establecidos en los tipos penales,⁶¹ entre estos, los delitos socioeconómicos y societarios, por tanto, los comportamientos que agreden gravemente el orden económico deberían integrarse en el Derecho penal, en definitiva, que su tratamiento quede sometido a las reglas y principios tradicionales de la imputación penal.⁶² Sobre la “*técnica legislativa*” respecto de su mejor sistematización y ubicación, es preferible ubicarlos de manera preponderante en el Código Penal, aunque no sea necesario,⁶³ mas sí recomendable en función del orden y mejor clasificación. Es decir que se puede regular como ley común, en el Código Penal, o como ley especial en un texto independiente del Código Penal, pero sujetos a

⁵⁶ Esta legitimación no es referida en relación a todos y cada uno de los bienes jurídicos que el Estado de Derecho ha garantizado sino sólo de aquellos que se encuentran en la esfera de protección de la ley penal.

⁵⁷ Mir Puig, S.: “Bien Jurídico...”, op. cit., p. 205 y ss.; en el mismo sentido, Octavio de Toledo y Ubieta, E.: “Función y límites del principio...”, op. cit., p. 5. En efecto, este autor sostiene que no todo bien jurídico requiere tutela penal, y en este sentido no todo bien jurídico es susceptible de convertirse en bien jurídico-penal.

⁵⁸ Mir Puig, S.: *Derecho penal...*, op. cit., p. 120. Lo que conduce a afirmar la existencia de una clara delimitación conceptual, y la consideración del bien jurídico-penal como una definición de la forma lógica por género anterior y diferencia específica.

⁵⁹ Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal Económico...*, op. cit., pp. 139-140. Para este autor debe entenderse el bien jurídico desde una perspectiva procedimental y no sustancial, en términos de justificación y no de objeto, por tanto, se podrá objetar y criticar una norma jurídico-penal, cuando no justifique suficientemente la intervención penal, a pesar de haber sido seleccionada como objeto de protección por parte del legislador.

⁶⁰ Gómez Pavón, P.: “Algunas cuestiones en torno al art. 284 del Código penal”, en *Dogmática y Ley Penal, LH al Prof. Dr. Enrique Bacigalupo*, coords. López Barja de Quiroga, J., Zugaldía Espinar, J., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 952. El orden socioeconómico es tan digno de protección penal como otros intereses supraindividuales o generales; el problema es más de selección que de legitimación.

⁶¹ Gimbernat Ordeig, E.: “¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de un Parte General son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?”, en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Ed. UNED, Madrid, 2001, p. 356.

⁶² Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal...*, op. cit., p. 157.

⁶³ Nos referimos a la técnica legislativa de colocar las prohibiciones penales dentro del Código penal y no en una ley especial sobre la materia de referencia, como, por ejemplo, el ordenamiento italiano que ha introducido las prohibiciones de carácter penal sobre delitos societarios en el Codice Civile (Código Civil), en la parte correspondiente a la regulación de las sociedades mercantiles.

Acerca de la justificación de la intervención penal en los delitos económicos

los mismos principios y reglas. En un sentido diferente, Silva Sánchez, propone un Derecho penal de dos velocidades que permita por un lado salvaguardar el modelo clásico de imputación y de principios para el núcleo duro de los delitos que penan con prisión y otro Derecho penal, más alejado del núcleo de lo criminal, con imposición de penas próximas al Derecho administrativo como multas, sanciones administrativas para el ejercicio de determinados derechos, etc., en el que se flexibilicen los criterios de imputación y las garantías político-criminales.⁶⁴ Martínez-Buján Pérez⁶⁵, considera más adecuada la propuesta del modelo dual de Silva Sánchez, como opción de mayor seguridad jurídica, ante todo como mejor solución frente a la planteada por Hassemer sobre el Derecho de la intervención, en general por cuanto no se han establecido los contornos de este “nuevo” derecho y por lo difícil que sería aceptar este nuevo ordenamiento sin tradición jurídica alguna.⁶⁶

Por nuestra parte, consideramos más adecuado en función de la metodología propia de la ciencia del Derecho penal, aceptar que los principios tradicionales de la imputación rijan para todas las proposiciones jurídico-penales, nuevas y antiguas. Los nuevos tipos penales al igual que todos los demás tipos penales de la Parte Especial, deben estar sujetos a las mismas reglas y restricciones de la Parte General y de la Constitución Española. Recordemos que la ciencia del Derecho penal tiene por objeto el estudio de las normas jurídico-penales y no de otras, la tesis de Silva Sánchez propone incluir como objeto de la ciencia del Derecho penal, el tratamiento de proposiciones jurídicas no penales en sentido estricto y, por tanto, debe ser rechazada. El fundamento del rechazo es material y desde dos perspectivas. Primero, porque las proposiciones jurídicas respecto del supuesto de hecho, serían

jurídico-penales, porque se trataría de supuestos que atentan gravemente contra los intereses más valiosos de la sociedad, por lo que no se entendería la necesidad de un derecho de dos velocidades. Como consecuencia de lo anterior y, en segundo lugar, porque a pesar de que se deben proscribir estos comportamientos, propone anudar como consecuencia jurídica de la adecuación de la conducta al supuesto de hecho, no una pena, sino una sanción propia de las que se utilizan en el Derecho administrativo, todo, sin justificación material alguna.⁶⁷ Las normas del Derecho penal constituyen proposiciones jurídicas que establecen los delitos y su consecuencia jurídica: la pena y en determinados supuestos medidas de seguridad.⁶⁸ Estas proposiciones jurídico-penales tienen relación con la restricción del ejercicio de los más importantes derechos garantizados por la Constitución Española y en concreto, con la limitación de uno de los más preciados bienes jurídicos de la moderna configuración de la sociedad: la libertad. Por lo que, no queda otra opción más coherente y segura, que adherirnos a la tesis de Gimbernat Ordeig, sobre la rigidez de la aplicabilidad de los mismos conceptos fundamentales del Derecho penal a este tipo de comportamientos: optar por la regulación única, con respeto a los principios que inspiran y limitan el Derecho penal en la actualidad.

VI. Forma de tipificación

La solución a la que hemos llegado nosotros entiende que la legitimación de los delitos, entre los que se incluyen los que protegen bienes jurídicos colectivos, se afirma cuando se observe y cumpla plenamente con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Esto, porque nosotros hemos demostrado que los bienes jurídicos colectivos tienen autonomía frente a los

⁶⁴ Silva Sánchez, J.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, tercera edición, Ed. B de F, 2011, pp. 178-179.

⁶⁵ Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal...*, op. cit., p. 162.

⁶⁶ Hassemer, W., Muñoz Conde, F.: “Viejo y nuevo Derecho penal...”, op. cit., pp. 46 y ss.

⁶⁷ Respecto de la cuestión acerca de la pena que se deba imponer, no existen dudas de que, en determinados supuestos, se debe permitir junto con la imposición de la pena y/o, de manera individualizada pero justificada, la imposición de penas o sanciones próximas al Derecho administrativo, tales como multas, sanciones administrativas para el ejercicio de determinados derechos, etc. Esto es especialmente importante en los supuestos de RPPJ, en los delitos de funcionarios, en los delitos empresariales, en los delitos societarios, etc. En puridad, la pena es una limitación del ámbito de organización, de la libertad de organización, por tanto, desde esta perspectiva se puede permitir la imposición de las penas y sanciones que se utilizan en el Derecho administrativo, con las garantías que derivan del proceso penal. Esto no quiere decir que se acepte que para la imposición de estas sanciones se renuncie a las garantías procedimentales propias del Derecho penal o propiamente del Derecho procesal penal, todo lo contrario, se debe preservar la mejor y mayor fuerza comunicativa del Derecho penal frente a los demás ordenamientos, y al mismo tiempo, la virtud de imparcialidad del proceso penal frente al proceso administrativo.

⁶⁸ Gimbernat Ordeig, E.: *Concepto y método de la Ciencia del Derecho penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, p. 22.

individuales. No obstante, son bienes jurídicos de carácter instrumental de los bienes individuales, porque constituyen condiciones esenciales para su adecuado funcionamiento, sin que esto signifique el requisito extremo de funcionalización con los individuales para asegurar su protección. No se requiere una referencia directa o indirecta a los bienes jurídicos individuales, se trata de bienes jurídicos instrumentales y no complementarios, porque no complementan al individual, sino que garantizan su protección, aunque luego se independicen; lo que no significa perder ese carácter instrumental, sino que propiciaría que, en caso de demostrarse la ineficacia para ello, no pudiera mantenerse la justificación del empleo del Derecho penal. Entonces, tal y cómo habíamos afirmado antes, el problema no es de legitimación. Indiferentemente de que es necesario escoger adecuadamente, el problema de selección si se realiza correctamente, tampoco impide la protección de bienes jurídicos colectivos.⁶⁹ Sólo nos queda retomar y zanjar la cuestión de la técnica legislativa.

La técnica legislativa debe procurar la correcta y adecuada traducción e inserción en la ley de la decisión legislativa previamente adoptada.⁷⁰ La tipificación de la norma penal para que sea correcta, deberá superar los dos niveles de racionalización: jurídico formal y lingüística. La racionalidad jurídico-formal exige que en el momento de aprobarse o de reformarse una ley, aquella guarde armonía y coherencia con el ordenamiento jurídico. Las normas jurídico-penales deberán estar configuradas en función a la finalidad objetiva de la ley y de los valores que las inspiran. Esto significa lograr que las leyes constituyan un conjunto sin lagunas, contradicciones ni redundancias y que permita que el Derecho pueda ser observado como un mecanismo de previsión del comportamiento personal y sus consecuencias, esto es, como un sistema de seguridad.⁷¹ La racionalidad lingüística tiene como finalidad el garantizar las habilidades comunicativas de las normas; serán irracionales las leyes cuya formulación impida o dificulte la transmisión de sus contenidos a los destinatarios de su cumplimiento o aplicación.⁷² En el ámbito de la investigación jurídico-penal, estos dos niveles de racionalidad deben tener como sustrato los

conocimientos que la dogmática del Derecho penal, como materia y conocimiento del problema, provee para la construcción de los preceptos. La coherencia de las normas penales exige: a) una correcta e inconfundible manifestación de lo que el legislador ha querido; b) el mensaje debe ser claro e inteligible; y, c) debe guardar estrecha relación con el nivel de racionalidad exigido por la dogmática jurídico-penal. Si se cumple con estos requisitos, la proposición jurídico-penal habrá logrado una racionalidad adecuada desde la perspectiva de la técnica legislativa.

El problema con el que nos encontramos en el ámbito de los delitos socioeconómicos (y en muchos otros, porque este problema no es privativo de la realidad jurídica estudiada) está en que muchas veces, no se cumplen con estos requisitos. Algunas ocasiones, no sabemos qué es lo que el legislador ha querido, por ejemplo, el art. 286 bis CP, que prohíbe la corrupción en los negocios, es un tipo penal cuya redacción no coincide con lo que aparentemente dice haber buscado el legislador en el Preámbulo de la ley que sanciona este delito. El segundo requisito, sobre la racionalidad lingüística que impone la necesidad de que el mensaje deba ser claro e inteligible, en algunos supuestos tampoco se cumple, por ejemplo, en el mismo tipo penal de la corrupción en los negocios, la falta de claridad es una nota esencial, que genera confusión y dispares propuestas interpretativas. El tipo penal del art. 301 CP, que regula el blanqueo de capitales, es otro ejemplo patente, en este tipo penal se establece un abanico pluriforme de conductas y unos elementos típicos que reconducen a la idea de afirmar la responsabilidad sólo por dolo y, aun así, el tipo penal permite la punición de las conductas por imprudencia. En definitiva, son textos que sobresalen por la incoherencia y la imposibilidad de entender con facilidad la materia de la prohibición. Ejemplo de esta cuestión, lo era también el suprimido tipo penal de administración desleal societaria del art. 295 CP, en el que se no se conocía con certeza cuál era el sujeto pasivo del delito porque del texto punitivo ninguno de los sujetos pasivos descritos lo era la sociedad; y tampoco, por esta razón, se sabía cuál era el objeto de la acción, entre otras muchas cuestiones criticables. El último requisito es

⁶⁹ En el ámbito de nuestra investigación, la tarea de selección se realizó en el apartado respecto del bien jurídico que se protege en los delitos socioeconómicos.

⁷⁰ Navarro Frías, I.: "Técnica legislativa y Derecho penal", en *EPCr*, vol. XXX, 2010, p. 236.

⁷¹ Atienza Rodríguez, M.: *Contribuciones a una teoría de la legislación*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 32.

⁷² Díez Ripollés, J.: *La racionalidad de las...*, op. cit., p. 97.

fundamental, porque la exigencia de identidad con la racionalidad de la dogmática es muy importante. Aquí es donde los problemas se agudizan, hasta hacer impracticable, determinados tipos penales. Por ejemplo, tipificar un tipo como de peligro abstracto cuando lo propio está en que sea uno de peligro concreto; exigir determinados elementos que ya se encuentran colmados por otros en el mismo tipo penal, v. gr., el ánimo de apropiación en el hurto que el Tribunal Supremo entiende que se encuentra colmado en el dolo; la falta de determinación de los comportamientos típicos que hacen posible la comisión, v. gr., el vigente delito de administración desleal, en el que no se establece con claridad cuáles son los comportamientos típicos, etc.

Sobre las diferentes situaciones mediante las que los tipos penales infringen las reglas de una correcta tipificación o adecuada técnica legislativa, se podría escribir mucho, ese no es el objeto de esta investigación, sino demostrar que efectivamente, respecto del problema en orden a la naturaleza del interés jurídico y el de la técnica de tipificación, lo importante será llegar a un punto que permita mantener siempre el respeto con el principio de lesividad, y esto se logra por ejemplo, entendiendo que todo delito de peligro lo es para el interés jurídico mediato, que subyace al colectivo, que por su parte, con la realización de la acción ya resulta lesionado si se entiende la lesión como menoscabo de ciertas condiciones respecto de la situación del interés. Por lo que, en el ámbito de los delitos socioeconómicos, una vez que se acepta su legitimación por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, no es posible descartar la infracción del principio de lesividad, que tendría lugar por la técnica legislativa utilizada para realizar la tipificación. En conclusión, si se cumple (negativamente) con los requisitos y/o criterios de racionalidad para la tipificación de las normas penales, se corre el riesgo de construir una proposición jurídico-penal irracional e infractora de los principios esenciales del Derecho penal, que incluso una adecuada interpretación típica difícilmente pueda corregir. Sobre esto último, la interpretación de la modalidad de distracción de dinero del antiguo tipo penal de apropiación indebida, es un ejemplo patente.

VII. Conclusiones

El fundamento material de los bienes jurídicos colectivos surge a partir de nuestra realidad social que condi-

ciona su aparición y protección, así como del modelo de Estado de Derecho actual, en la medida en que éste debe atender a las necesidades de todos los miembros que conforman la sociedad a fin de lograr la efectiva libertad personal (política, económica, etc.) e igualdad jurídica, lo que implica la necesaria protección jurídico-penal contra aquellos hechos que impidan o intenten impedir la atención de las necesidades que busquen materializar el programa normativo establecido en la norma fundamental. Por ejemplo, es necesario la protección jurídico penal ante graves hechos que atenten contra el medio ambiente, el agua, la seguridad pública, la función jurisdiccional, el orden socioeconómico, etc. En este sentido, es plausible una solución que consista en la modernización del Derecho penal, que se adapte a la modernización de la sociedad y a los comportamientos desviados que en ésta acontecen, comportamientos referidos ante todo a los delitos socioeconómicos.

Por otro lado, es preciso tener en cuenta que bienes colectivos no son sólo los de naturaleza socioeconómica, se incluyen además la protección del medio ambiente, y dentro de él la protección del agua, la salud pública, seguridad del tráfico que, desde hace mucho más tiempo que el orden socioeconómico han sido objeto de protección penal. Por lo que esto podría poner en tela de juicio o llevar a replantearse el modo de la discusión, en tanto que el problema no sería la legitimidad de la protección penal de los intereses colectivos, sino de la selección de los que deben ser dignos de esa protección penal. Nos encontramos, por tanto, ante dos niveles diferenciados de discusión: la cuestión de la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos y la cuestión de la selección del concreto bien jurídico colectivo.

La solución a la que hemos llegado nosotros entiende que la legitimación de los delitos, entre los que se incluyen los que protegen bienes jurídicos colectivos, se afirma cuando se observe y cumpla plenamente con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Esto porque se ha demostrado que los bienes jurídicos colectivos tienen autonomía frente a los individuales. No obstante, son bienes jurídicos de carácter instrumental de los bienes individuales, porque constituyen condiciones esenciales para su adecuado funcionamiento, sin que esto signifique el requisito extremo de funcionalización con los individuales para asegurar su protección. No se requiere una referencia directa o indirecta a los bienes jurídicos individuales,

se trata de bienes jurídicos instrumentales y no complementarios, porque no complementan al individual, sino que garantizan su protección, aunque luego se independicen; lo que no significa perder ese carácter instrumental, sino que propiciaría que, en caso de demostrarse la ineficacia para ello, no pudiera mantenerse la justificación del empleo del Derecho penal. Entonces, tal y cómo habíamos afirmado antes, el problema no es de legitimación. Indiferentemente de que es necesario escoger adecuadamente, el problema de selección si se realiza correctamente, tampoco impide la protección de bienes jurídicos colectivos.

En lo que se refiere a la técnica legislativa, hemos afirmado que para que sea correcta la tipificación de la norma penal, deberá superar los dos niveles de racionalización: jurídico formal y lingüística. La racionalidad jurídico-formal exige que en el momento de aprobarse o de reformarse una ley, aquella guarde armonía y coherencia con el ordenamiento jurídico. Las normas jurídico-penales deberán estar configuradas en función a la finalidad objetiva de la ley y de los valores que las inspiran. Por su parte, la racionalidad lingüística tiene como finalidad el garantizar las habilidades comunicativas de las normas; serán irracionales las leyes cuya formulación impida o dificulte la transmisión de sus contenidos a los destinatarios de su cumplimiento o aplicación. En el ámbito de la investigación jurídico-penal, estos dos niveles de racionalidad deben tener como sustrato los conocimientos que la dogmática del Derecho penal, como materia y conocimiento del problema, provee para la construcción de los preceptos. En resumen, la coherencia de las normas penales exige: a) una correcta e inconfundible manifestación de lo que el legislador ha querido; b) el mensaje debe ser claro e inteligible; y, c) debe guardar estrecha relación con el nivel de racionalidad exigido por la dogmática jurídico-penal. Si se cumple con estos requisitos, la proposición jurídico-penal habrá logrado una racionalidad adecuada desde la perspectiva de la técnica legislativa.

VIII. Bibliografía

- Abanto Vázquez, M.: «Acerca de la teoría de bienes jurídicos», en *Revista Penal de la Universidad de Huelva*, núm. 18, (publicado en el Libro-Homenaje a JUAN BUSTOS RAMÍREZ, coord. URQUIZO, J.), 2006.
- Alexy, R.: “Derechos individuales y bienes colectivos”, en *El concepto y la validez del Derecho*, Ed. Gedisa, trad. Seña, J., Barcelona, 2004.
- Alonso Álamo, M.: “Bien Jurídico Penal: más allá del Constitucionalismo de los Derechos”, en *EPCr*, vol. XXIX, 2009
- Álvarez García, J.: “Bien jurídico y Constitución”, en *CPC*, núm. 43, 1991.
- Atienza Rodríguez, M.: *Contribuciones a una teoría de la legislación*, Ed. Civitas, Madrid, 1997.
- Bacigalupo Zapater, E.: *Principios de Derecho penal*, Parte General, Ed. Akal, quinta edición, Madrid, 1998.
- Baratta, A.: “Integración-Prevención: una ‘Nueva’ Fundamentación de la Pena Dentro de la Teoría Sistemática”, en *Revista Doctrina Penal*, año 8, núm. 29, 1985.
- Bustos Ramírez, J.: “Los bienes jurídicos colectivos”, en *Control social y sistema penal*, Ed. PPU, Barcelona, 1987.
- _____, *Manual de Derecho penal*, Parte General, cuarta edición, Ed. PPU, Barcelona, 1994.
- Carbonell Mateu, J.: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- Cerezo Mir, J.: *Curso de Derecho Penal Español*, Ed. Tecnos, 2004.
- Díez Ripollés, J.: *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Ed. Trotta, Madrid, 2003.
- Feijoo Sánchez, B.: “Bien jurídico y delitos socioeconómicos”, en *Diccionario de Derecho penal económico*, dir. Boix Reig, J., coord. Lloria García, P., Ed. Iustel, Madrid, 2008.
- Fernández, G.: *Bien jurídico y sistema del delito*, Ed. B de F, Montevideo, 2004.
- García-Pablos de Molina, A.: *Introducción al Derecho penal*, Ed. Ramón Areces, cuarta edición, Madrid, 2006.
- Gimbernat Ordeig, E.: “¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de un Parte General son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?”, en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Ed. UNED, Madrid, 2001.
- _____, *Concepto y método de la Ciencia del Derecho penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.
- Gómez Pavón, P.: “Algunas cuestiones en torno al art. 284 del Código Penal”, en *Dogmática y Ley Penal*,

Acerca de la justificación de la intervención penal en los delitos económicos

- LH al Prof. Dr. Enrique Bacigalupo, coords. López Barja de Quiroga, J., Zugaldía Espinar, J., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.
- González Cussac, J.: "Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal", en *Revista del Poder Judicial*, núm. 28, 1992.
- Hassemer, W., Muñoz Conde, F.: "Viejo y nuevo Derecho penal", en *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- Hassemer, W.: "¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?", en *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, edición española a cargo de Alcácer, R, Martín, M, Ortiz de Urbina, Í., Madrid-Barcelona, 2007.
- _____, "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en *Pena y Estado*, dir. Bustos Ramírez, trad. Larrauri, E., Ed. Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1995.
- _____, "Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno", en *ADPCP*, trad. Larrauri, E., t. XLV, 1992.
- Hefendehl, R.: "¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto", en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, núm. 19, trad. Salazar Ortuño, E., 2001.
- Hegel, G.: *Fenomenología del Espíritu*, Ed. Fondo de Cultura Económica, trad. Roces, W., primera edición 1966, Madrid, 1985.
- Herzog, F.: "Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo: perspectivas más allá del Derecho penal", en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, coords. Arroyo Zapatero, L., Neumann, U., Nieto Martín, A., trad. Crespo, E., Cuenca, 2003.
- Hormazábal Malaree, H.: *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, Ed. PPU, Barcelona, 1991.
- Jakobs, G.: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Ed. Civitas, trad. Cancio Meliá, M., Feijóo Sánchez, B., primera edición 1996, segunda reimpresión, Madrid, 2000.
- Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico y de la empresa, Parte General*, tercera edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- Maurach, R.: *Tratado de Derecho penal*, Ed. Ariel, traducción y notas de Derecho español por Córdoba Roda, J., Barcelona, 1962.
- Mendoza Buergo, B.: *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Ed. Civitas, 2001.
- Mir Puig, S.: "Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como Límites del Ius Puniendi", en *EPCr*, XIV, Universidad de Santiago de Compostela, 1991.
- _____, *Derecho penal, Parte General*, novena edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 2011.
- _____, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994.
- Moccia, S.: "De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales", en *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Ed. Bosch, trad. Ragués i Vallès, R., edit. Silva Sánchez, J., Barcelona, 1997.
- Muñoz Conde, F., García Arán, M.: *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, octava edición, 2010.
- Muñoz Conde, F.: *Derecho penal, Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, décimo octava edición, Valencia, 2010.
- Navarro Frías, I.: "Técnica legislativa y Derecho penal", en *EPCr*, vol. XXX, 2010.
- Octavio de Toledo y Ubieto, E., Huerta Tocildo, S.: *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Rafael Castellanos, t. I., segunda edición, Madrid, 1986.
- Octavio de Toledo y Ubieto, E.: "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en *ADPCP*, t. I, Madrid, 1990.
- Polaino Navarrete, M.: *El bien jurídico en el Derecho Penal*, Anales de la Universidad de Sevilla, Serie Derecho, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, núm. 19, 1974.
- Radbruch, G.: *Filosofía del Derecho*, Ed. Revista de Derecho Privado, cuarta edición, Madrid, 1959.
- Roxin, C.: "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen", en *RECPC*, trad. Cancio Meliá, M., 15-01, 2013.
- _____, *Derecho Penal, Parte General, t. I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, traducción de la segunda edición alemana y notas por: Luzón Peña, D., Díaz y García Conlledo, M., de Vicente Remesal, J., Ed. Civitas, Madrid, 1997.
- _____, *Problemas actuales de dogmática penal*, Ed. ARA, Lima, 2004.

- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J.: “Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho penal”, en *CPC*, núm. 71, 2000.
- Santana Vega, D.: *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000.
- Schünemann, B.: “La administración desleal de los órganos societarios: el caso Mannesmann”, en *La administración desleal de los órganos societarios*, edits. Gómez-Jara Díez, C., García Cavero, P., Ed. ARA, Lima, 2010.
- Serrano Gómez, A.: *Curso de Derecho penal, Parte Especial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2012.
- Silva Sánchez, J.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, tercera edición, Ed. B de F, 2011.
- Soto Navarro, S.: “Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos”, en *ADPCP*, vol. LVIII, 2005.
- _____, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Ed. Comares, 2003.
- Stratenwerth, G.: “La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos”, en *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, edición española a cargo de Alcácer, R, Martín, M, Ortiz de Urbina, Í., Madrid-Barcelona, 2007.
- Tiedemann, K.: *Lecciones de Derecho penal económico*, Ed. PPU, Barcelona, 1993.
- Von Hirsch, A.: “El concepto de bien jurídico y el principio del daño”, en *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, edición española a cargo de Alcácer, R, Martín, M, Ortiz de Urbina, Í., Madrid-Barcelona, 2007.
- Zaffaroni, E.: *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Ediar, segunda edición, Buenos Aires, 2002.

ISSN 2007-4700



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal

PGR

PROCURADURÍA GENERAL
DE LA REPÚBLICA



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES