



El derecho penal «moderno» (*)

Raúl Pariona Arana

*Doctorando, LL.M.
Universidad de Munich*

Revista Penal, n.º 20.—Julio 2007

RESUMEN: El presente trabajo versa sobre la problemática de la expansión del Derecho penal. Se abordan las preguntas de la necesidad y legitimidad de las intervenciones penales en la lucha contra riesgos, así como de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto. En el artículo se defiende la necesidad de la intervención del Derecho penal a fin de proteger la sociedad ante los nuevos riesgos; presupuesto de dicha intervención debe ser su legitimidad. Asimismo, se postula que la valoración de la necesaria legitimidad de las intervenciones penales no debe realizarse en bloque, sino que debe ser resultado de un análisis individual que tome en consideración cada tipo penal; y, en esta tarea, el criterio de legitimación debe ser la teoría del bien jurídico.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal moderno, sociedad de riesgo, Derecho penal de riesgo, legitimidad de los tipos penales, delitos de peligro, bienes jurídicos colectivos, teoría del bien jurídico, estructura del delito, delitos contra el medio ambiente, Derecho penal de drogas.

ZUSAMMENFASSUNG: In der vorliegenden Arbeit geht es um die Problematik der Ausweitung des Strafrechts. Es werden die Fragen nach der Notwendigkeit und der Legitimität des strafrechtlichen Eingriffs im Kampf gegen Risiken behandelt, sowie die Frage nach der Legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikte. Es wird die Notwendigkeit des strafrechtlichen Eingriffs vertreten, mit dem Ziel die Gesellschaft vor neuen Risiken zu schützen. Voraussetzung dieses Eingriffs ist seine Legitimität. Danach soll die Bewertung der notwendigen Legitimität der strafrechtlichen Eingriffe nicht pauschal sein, sondern Ergebnis einer individuellen Analyse, die jeden einzelnen strafrechtlichen Tatbestand berücksichtigt. In dieser Bewertung sei die Rechtsgutstheorie der Maßstab der Legitimität.

SCHLÜSSELWÖRTER: Modernes Strafrecht, Risikogesellschaft, Risikostrafrecht, Legitimität von Straftatbeständen, Gefährdungsdelikte, Kollektivrechtsgüter, Rechtsgutstheorie, Deliktsstruktur, Umweltdelikte, Drogenstrafrecht

I.

La configuración del Derecho penal contemporáneo en las sociedades occidentales se caracteriza por una ampliación del ámbito de intervención penal. Esta política crimi-

nal lejos de encontrar aceptación en la comunidad jurídica ha sido objeto de críticas. Se objeta que esta intervención vendría socavando los principios del Derecho penal al flexibilizar los criterios de imputación penal, al debilitar las garantías penales del individuo, al dar prioridad a

(*) Trabajo realizado gracias a la beca concedida por el Servicio Alemán de Intercambio Académico – DAAD. El presente art. tiene como base la ponencia presentada bajo el título «*Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*» en el «Seminario de Derecho penal del medio ambiente y económico» dirigido por el Prof. Bernd Schünemann el mismo que se llevó a cabo en Fraueninsel am Chiemsee (Alemania) el 10 de julio del 2005.

Abreviaturas utilizadas: AT: Allgemeiner Teil; GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht; JA: Juristische Arbeitsblätter; KritV: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft; NK: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch; NSTZ: Neue Zeitschrift für Strafrecht; n. marg.: número de margen; SK: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch; PG: Parte General; StGB: Strafgesetzbuch; ZRP: Zeitschrift für Rechtspolitik; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

los intereses colectivos antes que a los intereses individuales o al preferir las estructuras típicas de los delitos de peligro abstracto antes que a la de los delitos de resultado.

Estos serios cuestionamientos plantean la necesidad de una discusión del conjunto de interrogantes que se desprenden de la instauración de esta política criminal; y la relevancia práctica de ellas nos alerta de su importancia: ¿debe el Derecho penal intervenir en la lucha contra riesgos a fin de prevenir su posible concreción en resultados? o ¿debe éste limitarse únicamente a sancionar las conductas que hayan lesionado bienes jurídicos?, ¿es ilegítimo el uso de los delitos de peligro abstracto?, ¿cómo se puede «controlar» la intervención del Derecho penal a fin de que preserve la legitimidad imprescindible en un Estado de Derecho?

Objeto del presente trabajo es dilucidar estas y otras cuestiones que plantea el Derecho penal contemporáneo, así como determinar la validez de algunos criterios que permitan evaluar la legitimidad de las intervenciones penales.

II.

La sociedad actual es compleja. Los avances tecnológicos, científicos y el fenómeno de la globalización han transformado a la sociedad tradicional convirtiéndola en una amenazada por riesgos. Desde una perspectiva sociológica se afirma que nos encontramos en una «sociedad de riesgo»¹. En ésta se observan grandes riesgos surgidos como consecuencia concomitante de los procesos de modernización social como pág. ej. el uso de energía nuclear o de tecnología genética como un sistema de alto riesgo cuya complejidad puede llevar a accidentes —ya solamente en razón al factor no descartado del error humano—². Dado el potencial catastrófico de estos accidentes —no delimitables ni espacial ni temporalmente— con vistas a las repercusiones para las futuras generaciones, estos riesgos constituyen cualitativa y cuantitativamente nuevos grandes riesgos.³ Ahora bien, el concepto sociológico de «sociedad de riesgo» en la discusión penal necesita algunas precisiones a fin de determinar su verdadero alcance explicativo, puesto que si bien dicho concepto es válido, no es completo. Lamentablemente en el ámbito penal se observa que en muchos casos se ha procedido a absolutizar-

lo. Lo característico de nuestra sociedad no es únicamente el riesgo reinante, sino sobre todo la complejidad creciente. La característica principal de nuestra sociedad es la complejidad de las relaciones sociales y de los procesos productivos. Como señala *Schünemann*, la característica de la sociedad actual radica en el extraordinario incremento de las interconexiones causales, la existencia de relaciones causales múltiples, y la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos en los que el contacto interpersonal es reemplazado por una forma de comportamiento anónima y estandarizada⁴.

Debido a esta complejidad de las relaciones sociales y de los peligros que de ella se derivan —tanto cualitativa como cuantitativamente—, así como también debido a una simultánea menguada capacidad del miembro individual de la sociedad para estimar correctamente los riesgos que están necesariamente unidos a comportamientos humanos, domina en la sociedad una amplia inseguridad y una creciente necesidad —resultante de esto— de un (re)aseguramiento normativo.⁵

Con el objeto de proteger los intereses sociales frente a estos riesgos, el legislador ha recurrido al Derecho penal. Los esfuerzos del legislador contemporáneo han tenido, y tienen aún, como objetivo la ampliación de los comportamientos penalmente relevantes⁶. Se puede observar un cambio de orientación en sus objetivos: la descriminalización como objetivo ha sido dejado de lado⁷. Esto se observa en la agravación del Derecho penal político como reacción frente a actividades terroristas fundamentalistas, frente a actividades terroristas de izquierda y frente a actividades terroristas neofascistas; en el surgimiento y expansión del Derecho penal de drogas, del Derecho penal del medio ambiente y del Derecho penal económico; así como en los esfuerzos por la lucha contra la criminalidad organizada y en el control de las investigaciones científicas a través del Derecho penal⁸.

La consecuencia es que el ámbito de intervención de este Derecho penal tiene que ver con el individuo sólo mediatamente. Inmediatamente serían instituciones de la sociedad o también del Estado. Los bienes jurídicos no serían bienes jurídicos individuales, sino bienes jurídicos universales que el legislador, en muchos casos, formula vaga y ampliamente y, además, recurriendo al tipo de delito de los «delitos de peligro abstracto». Esto sería una

1. Concepto desarrollado por Ulrich Beck en sus estudios sobre la sociedad actual, cfr. su obras: *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main. 1986; *Gegengifte – Die organisierte Unverantwortlichkeit*, 1988.

2. Prittwitz, *Risiken des Risikostrafrechts*, en: Detlev Frehsee / Gabi Löschper / Gerlinda Smaus (Hrsg.), *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe*, Baden-Baden 1997, pág. 47 y ss.; Hassemer, ZRP 1992, pág. 378 y ss.; Wohlers, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik, moderner «Gefährdungsdelikte*, Berlin 1999, pág. 40.

3. Prittwitz (nota 2), págs. 47 y ss.; Hassemer, ZRP 1992, págs. 378 y ss.; Wohlers (nota 2), pág. 40.

4. *Schünemann*, GA 1995, págs. 211, 212.

5. Hassemer, ZRP 1992, págs. 378 y ss.; Wohlers (nota 2), pág. 40; Prittwitz (nota 2), págs. 47 y ss.

6. Cfr. Hassemer, ZRP 1992, págs. 378, 379 y ss.; Wohlers (nota 2), pág. 29.

7. Albrecht, StV 1994, págs. 265, 266, 267; Hassemer, ZRP 1992, págs. 378, 379 y ss.

8. Hassemer, ZRP 1992, págs. 378, 379, 380 y ss.

forma de aseguramiento penal que flexibiliza las estructuras tradicionales de imputación de responsabilidad penal y que amplía el ámbito de los comportamientos penalmente relevantes⁹. El legislador actual se orientaría a la consecución de objetivos preventivos y entendería a las normas penales como instrumento de control social estatal a través de cuya utilización deben ser influenciados o conducidos desarrollos sociales y corregidos desarrollos desviados¹⁰. El legislador alemán querría tanto una protección penal eficaz, como también un mejoramiento de las medidas preventivas.¹¹

III.

La continua expansión de los comportamientos penalmente relevantes con las características indicadas, es pues un hecho innegable¹². Controvertido es si esta expansión es *necesaria*, es decir, si existe la necesidad de la intervención penal para hacer frente a los riesgos de la sociedad actual¹³.

Según la concepción de los profesores de Frankfurt: Winfried Hassemer, Wolfgang Naucke y Peter-Alexis Albrecht, ante el cuadro de *lege lata* que presenta el ordenamiento jurídico-penal vigente de la República Federal de Alemania, se podría hablar en la ciencia del Derecho penal de un Derecho penal «clásico» y de un Derecho penal «moderno»¹⁴. Según la concepción de estos profesores, el concepto de Derecho penal «clásico» se asocia al modelo de ordenamiento jurídico desarrollado en el curso de los siglos XVIII y XIX que se apoyó en la filosofía de la ilustración y del idealismo alemán.¹⁵ Por el contrario, el Derecho penal «moderno» habría roto con las tradiciones del Derecho penal «clásico», orientado a la garantía de la libertad del ciudadano. El nuevo Derecho penal se desarrollaría como un medio de manejo social y como un instru-

mento de pedagogía social. Se habría producido un cambio de orientación: del paradigma de la justicia penal hacia el paradigma de la prevención¹⁶. La orientación a los resultados sería en la fase del Derecho penal «clásico», en el mejor de los casos, sólo un criterio que complementaba la dación correcta de leyes. Hoy, el objetivo del Derecho penal «moderno» sería alcanzar determinados resultados externos. Se afirma, en suma, que el Derecho penal no sería más para el legislador *ultima ratio*, sino, en medida creciente, *prima ratio*. ()

Como consecuencia de las conclusiones a las que arriba este sector doctrinario, se niega la necesidad de la intervención del Derecho penal en la lucha contra riesgos; puesto que dicha intervención supone el abandono de los principios del Derecho penal clásico y desvirtúa el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal. El Derecho penal debe limitarse a la protección de bienes jurídicos fundamentales, reprimiendo los comportamientos que los lesionen. El Derecho penal no debería intervenir contra riesgos puesto que su intervención importaría necesariamente la flexibilización de los criterios de imputación penal y relajaría las garantías penales como consecuencia del adelantamiento de las barreras del Derecho penal al ámbito previo a la lesión del bien jurídico mediante el uso de los delitos de peligro abstracto; y, esto constituiría una intervención ilegítima en el ámbito de libertad del ciudadano.

Luego —afirma este sector doctrinario— el Derecho penal debe limitarse a la protección de los bienes jurídicos individuales, admitiendo la protección de bienes jurídicos colectivos únicamente si éstos mediatamente sirven a la protección del individuo (reducción a un «Derecho penal nuclear»)¹⁷. Es en este marco que Hassemer propone tratar los problemas del Derecho penal «moderno» a través de un «Derecho de intervención» que se ubicaría entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador,

9. Albrecht, StV 1994, págs. 265, 266 y ss.; Hassemer, ZRP 1992, págs. 378, 381 y ss.

10. Wohlers (nota 2), pág. 36.

11. Albrecht, StV 1994, págs. 265, 266 y ss.

12. Wohlers (nota 2), pág. 30.

13. En los últimos años la ciencia del Derecho penal se ha abocado a la discusión sobre el Derecho penal del riesgo: La cuestión: ¿corresponde a la «sociedad de riesgo» un «Derecho penal del riesgo»? Cfr. los estudios de Prittwitz, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt am Main 1993; Hilgendorf, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der «Risikogesellschaft»*, Berlin 1993; Albrecht, *Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat*, en: KritV 1988, pág. 182 y ss.; Hassemer, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, en: NSStZ 1989, pág. 553 y ss.; Seelmann, *Risikostrafrecht*, en: KritV 1992, pág. 452 y ss. Sobre la discusión reciente cfr. Herzog, *Risikogesellschaft, Risikostrafrecht, Risikoregulierung —Über das Strafrecht hinausweisende Perspektiven*, en: Ulfrid Neumann/ Cornelius Prittwitz (Hrsg.), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, Frankfurt am Main 2005, pág. 117 y ss. En Perú, cfr. Caro Coria, «Sociedades de riesgo», bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo, en: *Revista peruana de ciencias penales*, año V, Nro. 9, Lima, pág. 180 y ss. En España, cfr. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2da. ed., Madrid 2001, pág. 17 y ss.

14. Cfr. al respecto Hassemer, ZRP 1992, págs. 378, 379 y ss.; Naucke, KritV 1993, págs. 135, 154 y ss.; *el mismo*, GA 1984, pág. 199 y ss.; Albrecht, StV 1994, págs. 265, 266, 267, 268, 269.

15. Cfr. Hassemer, ZRP 1992, pág. 378 y ss.; Naucke, KritV 1993, págs. 135, 137 y ss.

16. Albrecht, StV 1994, págs. 265, 266 y ss.; Hassemer, ZRP 1992, págs. 378, 379 y ss.

17. Hassemer, ZRP 1992, págs. 378 y ss.

entre el Derecho civil y el Derecho público. Y, a fin de hacer efectiva la actuación de este Derecho, éste tendría menos garantías que el Derecho penal, pero en compensación, las sanciones ha prever serían menos intensas¹⁸. Este sector doctrinario concluye: el Derecho penal debería dejar fuera de su ámbito de acción la intervención contra «riesgos» contra los que no podría actuar eficazmente, sino con meros efectos simbólicos y que, por lo demás, su intervención contra éstos constituiría una intervención ilegítima.

Pese a lo fundado del temor que pueda generar tal política criminal es un error plantear la problemática de la intervención del Derecho penal ante los nuevos riesgos en forma de un dilema entre la defensa de viejos principios europeos o la necesaria intervención del Derecho penal con fines preventivos aún a costa del sacrificio de principios¹⁹. Este modo de abordar la problemática conduce a un callejón sin salida.

La solución a esta problemática pasa por un correcto entendimiento de la tarea del Derecho penal en la sociedad. El Derecho penal ¿tiene únicamente la función de reaccionar ante las lesiones de los bienes fundamentales de la sociedad? o ¿debe intervenir también ante riesgos que podrían concretarse en graves daños? Según la concepción mantenida en este trabajo, la finalidad preventiva del Derecho penal no puede reducirse pues al efecto colateral de evitar futuras lesiones a través —únicamente— del mensaje a la generalidad que se deriva de la imposición de una sanción penal a quien ha lesionado un bien. La finalidad preventiva del Derecho penal precisa que el Derecho

penal intervenga ya antes de la lesión de bienes fundamentales de la sociedad, cuando su intervención posterior haría que los efectos del daño tenga consecuencias irreparables para la sociedad. A fin de cumplir con su función de protección, el Derecho penal debe intervenir ya ante riesgos que se plasmen en peligros concretos o abstractos para los bienes jurídicos²⁰. Un ejemplo claro al respecto se puede observar en el Derecho penal del medio ambiente. Aquí la protección de la vida y la salud de las personas precisa ya una intervención cuando se producen afectaciones al medio ambiente como condición de existencia de la vida humana.

Tarea del Derecho penal es, también, influir en la conducta del individuo de tal modo que deben ser excluidos situaciones de peligro potenciales²¹. Las normas penales tienen que cumplir necesariamente funciones sociales porque si no, caen bajo la sospecha de inconstitucionalidad²² al ser consideradas ataques desproporcionados a la esfera de libertad del individuo —uso del medio más violento del que dispone el Estado—. Un Derecho penal que solamente sirve a la retribución de lesiones se enfrentaría a importantes reparos. Una sociedad que no entiende la existencia de la violencia estatal como finalidad *en sí misma* sólo puede legitimar el ejercicio de violencia estatal a través de *consecuencias positivas*. Por tanto, la renuncia a una justificación de la pena estatal en resultados positivos para la sociedad debería ser visto como un retroceso en la cultura jurídica²³.

En la solución de la problemática del Derecho penal moderno no se trata de llevar las posturas al extremo y

18. Cfr. Hassemer, ZRP 1992, págs. 378, 381, Naucke, KritV 1993, págs. 135, 154.

19. Hassemer, ZRP 1992, págs. 378, 379 y ss. Esta propuesta de Hassemer ha merecido no pocas críticas en la dogmática penal. Fundamental es la crítica formulada por Lüderssen (Abschaffen des Strafsens? Frankfurt am Main 1995, pág. 11 y ss.) quien indica que la propuesta de Hassemer en los hechos conduciría a un «Derecho penal de clases» puesto que al simple ladrón se le aplicaría una pena, mientras que al empresario que delinque se le aplicaría sanciones reducidas del Derecho de intervención. En España Silva Sánchez realiza un planteamiento similar al que denomina «Derecho penal de dos velocidades». Según este planteamiento, de un lado estaría el Derecho penal que prevé penas privativas de libertad y que resguarda las plenas garantías penales. De otro lado estaría el Derecho penal de sanciones distintas a la pena privativa de libertad en el que las garantías penales podrían ser flexibilizadas. Cfr. Silva Sánchez (nota 13), pág. 159 y ss. Una concepción similar es sostenida en Perú por García Caveró, Derecho penal económico, Lima 2003, págs. 127, 128, 129, quien subraya que el criterio diferenciador debe ser no la pena privativa de libertad, sino más bien un criterio «dependiente de las características del hecho sancionado».

20. En España el rechazo al discurso crítico del Derecho penal moderno es presentado por Gracia Martín quien argumenta que dicho discurso es «insostenible e inaceptable desde la perspectiva histórico-material de las exigencias éticas y políticas de nuestro tiempo». Cfr. Gracia Martín, ¿Qué es modernización del Derecho penal?, en: Estudios de Derecho penal, Lima 2005, págs. 714, 715; *el mismo*, Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, Valencia 2003, págs. 37 y ss. En esta línea Gómez Navajas considera que el Derecho penal no debe reducirse al denominado «Derecho penal nuclear», sino que éste debe intervenir en ámbitos del denominado Derecho penal moderno como «en el ámbito de los delitos contra la intimidad», cfr. Gómez Navajas, La protección de los datos personales, Navarra 2005, págs. 79, 87. En Argentina Pastor postula una mayor intervención del sistema penal en el ámbito de los delitos «no tradicionales», subrayando que esta intervención no debe limitarse al Derecho penal material, sino ésta debe alcanzar sobre todo al Derecho procesal penal. Cfr. Pastor, ¿Es conveniente la aplicación del proceso penal «convencional» a los delitos no «convencionales»? en: Delitos no convencionales (compilación de Julio B. J. Maier), Buenos Aires 1994, págs. 274, 275.

21. Cfr. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4ta. ed., München 2005, § 2, n. marg. 68.

22. Wohlers (nota 2), pág. 47; Jakobs, ZStW 97 (1985), págs. 751, 767.

23. Cfr. Roxin, Schlussbericht der Tagung zum Thema «Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts», en: Ulfrid Neumann/ Cornelius Prittwitz (Hrsg.), Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, Frankfurt am Main 2005, pág. 178.

plantear dilemas que en realidad no existen. No se trata que el viejo Derecho penal europeo sea el buen Derecho penal y el Derecho penal moderno sea ilegítimo *per se*. Como ya lo han señalado *Roxin, Kuhlen, Schünemann y Wohlers*, se debe proceder, más bien, analizando en *cada caso*²⁴ cuándo nos encontramos ante intervenciones ilegítimas y cuándo estas intervenciones están justificadas bajo el manto de legitimidad en el cumplimiento de los fines propios del Derecho penal.

IV.

Una de las explicaciones del surgimiento de esta política criminal plasmada en el Derecho penal «moderno», indica que el Derecho penal «clásico» sería un instrumento inadecuado para satisfacer las exigencias de eficacia preventiva. Como consecuencia de ello se presentaría en las sociedades una falta de credibilidad en la intervención penal. La razón de dicha «crisis» sería el modelo de imputación de responsabilidad penal, basado rígidamente en los principios tradicionales de imputación de resultado *individual-culpable*. Se «sobrexigiría» al modelo de imputación tradicional en la consecución de objetivos preventivos cuando éste tiene que enfrentarse y superar problemas en contextos sociales con relaciones causales altamente complejas²⁵. Ataques al orden social basados en procesos sistemáticos complejos mediante contribuciones causales personales no determinables claramente, apenas pueden ser tratados con la atribución de responsabilidad penal individualizada.²⁶

En la búsqueda de la solución, aparentemente se tendría: o bien que modificar las reglas tradicionales de imputación de responsabilidad penal que impiden una lucha efectiva contra los problemas sociales de modo tal que el modelo tradicional de imputación de responsabilidad personal sea remplazado por estructuras de imputación que posibiliten reaccionar previsoría, rápida y flexiblemente ante potenciales riesgos cambiantes, o bien, se tendría que reconocer que el Derecho penal, dado su naturaleza, es un instrumento en gran parte inadecuado para influir decididamente en los desarrollos sociales y en estos ámbitos de problemas.²⁷ Sin embargo, es equivocado hacer tal contraposición. El Derecho penal debe cumplir necesariamente su función social. Ello supone que el De-

recho penal debe ser eficaz en la lucha contra estos riesgos dentro del marco que le corresponde y, por supuesto, su intervención debe ser legítima. La consecución de estos objetivos dependerá de en qué medida los principios tradicionales de imputación de responsabilidad penal pueden ser modificados sin abandonar el irrenunciable aseguramiento de libertad del individuo en un Estado de Derecho, de tal modo que la efectividad preventiva del Derecho penal sea maximizada²⁸, esto es, sin menoscabar los irrenunciables principios del Derecho penal.²⁹ Lo importante es pues si la penalización de comportamientos potencialmente peligrosos para los bienes jurídicos —que aparece como *eficaz* bajo puntos de vista funcionales— puede ser fundada como legítima con vista a las «justificadas exigencias de libertad del individuo»³⁰.

V.

Ahora, como se puede observar de un análisis del Derecho penal contemporáneo, si el legislador decide intervenir mediante normas penales para prevenir determinados comportamientos, o si desea garantizar penalmente el cumplimiento de determinados comportamientos que son necesarios para el funcionamiento de contextos de acción anónimos tiene que necesariamente recurrir a tipos que no se fundan en el daño o peligro concreto de un determinado objeto de la acción, sino que se agotan en la simple descripción de comportamientos que en razón a su *no dominabilidad* general no deben suceder³¹.

En el ordenamiento jurídico penal se observan diversos tipos de delitos que permiten abarcar —comprender en sí— diversos grados de daño y de peligro para el objeto de protección. Así, los *delitos de lesión*, en los cuales el tipo comprende comportamientos que tienen como consecuencia una afectación directa de los intereses protegidos. *Delitos de peligro*, los que comprenden comportamientos que no llevan hacia una afectación inmediata de un objeto del bien jurídico protegido, sino que crean una situación de la cual se puede desarrollar una afectación, pero que no necesariamente tiene que desarrollarse.³²

Luego, se puede diferenciar dentro de los delitos de peligro, entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. Los *delitos de peligro concreto* exigen que en el caso concreto concorra un verdadero peligro para el obje-

24. *Wohlers* (nota 2), pág. 23.

25. Cfr. *Roxin*, AT I, § 2, n. marg. 70; *Kuhlen*, GA 1994, págs. 362 y ss.; *Schünemann*, GA, 1995, pág. 213 y ss.; *Wohlers* (nota 2), págs. 311, 338, 343; *el mismo*, GA 2002, págs. 15, 20.

26. *Albrecht*, KritV 1993, págs. 163, 164 y ss.

27. *Wohlers* (nota 2), pág. 46.

28. *Wohlers* (nota 2), pág. 46.

29. *Prittitz* (nota 2), pág. 47 y ss., cfr. *Stratenwerth*, ZStW 105 (1993), pág. 679 y ss.

30. Cfr. al respecto *Stratenwerth*, ZStW 105 (1993), págs. 679, 691 y ss.; *Prittitz* (nota 2), págs. 50, 51 y ss.; *Wohlers* (nota 2), pág. 50.

31. *Schünemann*, GA 1995, pág. 213 y ss.; en el mismo sentido *Wohlers* (nota 2), pág. 24.

32. *Wohlers* (nota 2), pág. 48.

to protegido a través del tipo en cuestión³³. El caso práctico más importante es la «puesta en peligro del tráfico rodado» —previsto en el § 315c StGB— en el que fuera del peligroso modo de conducción allí descrito, es exigido adicionalmente, que sean puestos en peligro «el cuerpo y la vida de otra persona, o cosas ajenas de valor importante». En realidad, en estos casos estamos ante delitos de resultado³⁴. Otra cosa distinta ocurre con los *delitos de peligro abstracto*. En estos delitos se sanciona penalmente un comportamiento típicamente peligroso como tal, sin que en el caso concreto tenga que concurrir un resultado peligroso.³⁵ Para los delitos de peligro concreto la realización del tipo está sujeta a la entrada de la situación de peligro en el caso particular. La producción del resultado peligroso es pues un elemento del tipo. Por el contrario, en los delitos de peligro abstracto la peligrosidad del comportamiento penalizado no constituye ningún elemento del tipo, sino sólo la razón o el motivo para la existencia de la norma penal.³⁶

Ahora bien, con vistas a la legitimidad de los tipos penales, el delito de lesión es visto generalmente como el tipo normativo fundamental de las normas penales. Su empleo no precisa de ninguna legitimación adicional —sí y en tanto proteja un bien jurídico penal—³⁷. Entre los delitos de peligro, los de peligro concreto tampoco son muy problemáticos. Este tipo de delito ni es controvertido por su estructura, ni es puesta en duda su legitimidad en lo fundamental³⁸. Los tipos del Derecho penal «moderno» orientados a la prevención de riesgos graves son pues los delitos de peligro abstracto (). Con vistas a la protección de bienes jurídicos suprapersonales que en el marco del Derecho penal «moderno» están en primer plano, se tiene que recurrir a los *delitos de peligro abstracto*³⁹.

El empleo de los delitos de peligro abstracto no ha estado libre de cuestionamientos. Algunos sectores de la doctrina han criticado esta técnica legislativa, indicando que atentaría contra las garantías del Derecho penal al sancionar conductas muy alejadas de aquello que pueda significar un «daño» para el objeto de protección. Sin embargo, dicha crítica no toma en cuenta la complejidad de la sociedad actual. Si se pretende una intervención preventiva del Derecho penal en nuestra sociedad, se precisa una intervención mediante los delitos de peligro abstrac-

to. Los delitos de resultado serían inútiles⁴⁰ en la consecución de estos objetivos.

No se debe descalificar de plano el empleo de los delitos de peligro abstracto⁴¹. Esta actitud errada y extremista evita el debate y con ello el desarrollo científico que en este ámbito debe producirse. Elimina, asimismo, la posibilidad que tendría la dogmática penal de ejercer un control crítico de la legitimidad de la intervención penal mediante esta técnica legislativa. El camino a seguir debe ser, más bien, someter a una estricta evaluación de legitimidad *cada delito de peligro abstracto*, contribuyendo de este modo a que el legislador haga un uso de esta clase de tipos bajo los criterios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad.

De otro lado, se debe subrayar que el análisis de las normas penales —bajo las formas de delitos de peligro abstracto y con bienes jurídicos colectivos— no puede realizarse *en bloque*. Es dogmáticamente errado analizar la legitimidad del Derecho penal «moderno», o de los delitos de peligro abstracto, o de los bienes jurídicos colectivos, de manera general. Se debe proceder a analizar cada norma en particular y predicar de ella su legitimidad o ilegitimidad. Como lo señala *Roxin*, en esta tarea debe seguirse el camino —inespectacular— del análisis individual de cada norma en base a su específica estructuración y los problemas propios que de ella se deriven⁴².

VI.

Ahora bien, incluso si un ordenamiento jurídico penal dirigido a la prevención de daños ante riesgos graves resulta *eficaz* en la consecución del objetivo planteado —premuniendo de instrumentos jurídicos como los delitos de peligro abstracto, bienes jurídicos colectivos, entre otros— permanece la tarea de fundamentar su *legitimidad*. La legitimidad es el presupuesto necesario e ineludible de las intervenciones del Derecho penal en todo Estado de Derecho, puesto que dichas intervenciones constituyen siempre una afectación de los derechos fundamentales del ciudadano. La simple funcionalidad de una norma penal no fundamenta su legitimidad. Esto significa que las diferentes normas penales no pueden ser legitimadas solamente bajo la consideración de que un or-

33. *Roxin*, AT I, § 11 II, n. marg. 127 y ss.; *Wohlers* (nota 2), pág. 281.

34. Cfr. *Hurtado Pozo*, Manual de Derecho penal. Parte General I, 3ra. ed., Lima 2005, págs. 444, 445; *Mir Puig*, Derecho penal. Parte general, 6ta. ed., Barcelona 2002, págs. 227 y ss.; *Bacigalupo*, Principios de Derecho penal. Parte General, 4ta. ed., Madrid 1997, pág. 154 y ss.; *Quintero Olivares*, Curso de Derecho penal. Parte General, Barcelona 1996, 283 y ss.

35. *Roxin*, AT I, § 11 II, n. marg. 121 y ss.

36. Cfr. *Roxin*, AT I, § 11 II, n. marg. 127 y ss.; *Schünemann*, JA 1975, pág. 787 y ss.

37. *Roxin*, AT I, § 11 II, n. marg. 127 y ss.; *Schünemann*, JA 1975, pág. 787 y ss.; *Wohlers* (nota 2), pág. 282.

38. *Wohlers* (nota 2), pág. 282.

39. *Wohlers* (nota 2), pág. 284.

40. *Wohlers* (nota 2), pág. 48; también *Schünemann*, GA 1995, págs. 201, 212 y ss.

41. *Wohlers* (nota 2), pág. 285.

42. *Schünemann*, GA 1995, pág. 213.

denamiento jurídico penal orientado a la efectiva protección de bienes jurídicos no puede renunciar a dichos tipos penales.⁴³

El análisis de legitimidad de las normas penales tiene su punto de partida en la correcta comprensión de la tarea asignada al Derecho penal en el ordenamiento social. La tarea del Derecho penal fija pues el ámbito en el que éste puede intervenir, pero a la vez, fija también el ámbito hasta dónde puede intervenir, es decir, traza sus límites. Según la concepción sostenida aquí, la tarea del Derecho penal es y seguirá siendo en el futuro la protección subsidiaria de bienes jurídicos⁴⁴. Luego, una intervención penal será legítima sólo si está dirigida a su protección y si, además, se adecúa a los mandatos de *necesidad, eficacia, proporcionalidad y racionalidad*. La teoría del bien jurídico tiene pues el rol central entre los criterios⁴⁵ que permiten evaluar la legitimidad de las intervenciones penales.

Según la teoría del bien jurídico sostenida en el presente trabajo, el Estado está legitimado para intervenir a través del Derecho penal sólo si tiene como objetivo la protección de bienes jurídicos⁴⁶. En materia penal el le-

gislador no es totalmente libre, sino que tiene límites. Ese límite al *ius puniendi* del Estado se desprende de la teoría del bien jurídico. Luego, ya en el plano metodológico, la premisa mayor radica en la tarea del Derecho penal como objeto y límite de la intervención penal. Esta premisa constituye el marco en el cual debe ser buscado el criterio de legitimidad del Derecho penal. Luego, en un segundo nivel de concretización, viene el principio de protección de bienes jurídicos que debe desplegar su carácter crítico al ser puesto en relación con las normas penales, esto es, al ponerse en relación los *tipos* de bienes jurídicos con las *estructuras* de las normas penales.

En la doctrina no se ha aceptado pacíficamente el rol central de la teoría del bien jurídico⁴⁷ como criterio legitimador. Es más, se puede observar que en los últimos tiempos se la ha cuestionado radicalmente negándole rol alguno en la dogmática penal, y en el mejor de los casos negando su carácter crítico. A esto se suma el ya «clásico cuestionamiento» al concepto material del bien jurídico⁴⁸. Cabe pues preguntarse: ¿agoniza ciertamente la teoría del bien jurídico? ¿asistimos acaso a sus últimos días en la dogmática penal?

43. En este sentido también *Roxin*, AT I, § 2, n. marg. 70; *Greco*, «Princípio da ofensividade» e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito, en: Revista Brasileira de Ciências Criminas, Nro. 49, 2004, pág. 126 y ss., 135; *Kuhlen*, GA 1994, págs. 362 y ss.; *Schünemann*, GA, 1995, pág. 213 y ss.; *Wohlers* (nota 2), págs. 311, 338, 343; *el mismo*, GA 2002, págs. 15, 20. En España, Cfr. *Gracia Martín*, ¿Qué es modernización del Derecho penal? (nota 20), págs. 765, 766, 767. De modo crítico con los delitos de peligro abstracto, en Perú, cfr. *Urquiza Olaechea*, Principio de legalidad: nuevos desafíos, en: Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología, Madrid 2001, pág. 71.

44. *Roxin*, AT I, § 2, n. marg. 70. En este mismo sentido *Wohlers* (nota 2), págs. 311, 338, 343; *Kuhlen*, GA 1994, pág. 367; *Schünemann*, GA 1995, pág. 213 y s.

45. *Wohlers* (nota 2), pág. 49.

46. En este sentido la doctrina dominante, cfr. *Roxin*, AT I, § 2, n. marg. 1 y ss.; *el mismo*, ZStW 116 (2004), pág. 944; *Baummann/Weber/Mitsch*, Strafrecht. AT, 11va. ed., Bielefeld, 2003, § 3, n. marg. 10 y ss.; *MünchKommStGB/Freund*, vor §§ 13, n. marg. 37; *NK-Hassemer/Neumann*, vor § 1, n. marg. 108 y ss.; *Maurach/Zipf*, Strafrecht. Allgemeiner Teil I, 8va. ed. 1992, § 19, n. marg. 4 y ss.; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5ta. ed., Berlin 1996, pág. 257; *SK-Rudolphi*, vor, § 1, n. marg. 2; *Lackner/Kühl*, vor § 13, n. marg. 4; *MünchKommStGB/Joelcke*, Einl., n. marg. 30. En Perú cfr. *Abanto Vásquez*, Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas, Lima 1997, pág. 41 y ss.; *Hurtado Pozo*, PG, pág. 24 y ss. En Argentina cfr. *Lascano*, Lecciones de Derecho penal. Parte General, Córdoba 2000, pág. 18 y ss. En España cfr. *Mir Puig*, PG, pág. 124 y ss.; *García-Pablos de Molina*, Derecho penal. Introducción, Madrid 2000, pág. 88 y ss.; *Muñoz Conde/García Arán*, Derecho Penal. Parte General, 2da. ed., Valencia 1996, pág. 58 y ss.; *Santana Vega*, La protección penal de los bienes jurídicos colectivos, Madrid 2000, pág. 41 y ss. En Italia cfr. *Moccia*, 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, Barcelona 1997, pág. 114 y ss. De otra opinión, entre otros, *Jakobs*, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2da. ed., Berlin/New York 1991, 2/12 y ss. En Perú *Caro John* se muestra crítico ante la teoría del bien jurídico indicando que «la conocida teoría de la lesión de bienes jurídicos pierde peso porque el significado de un hecho penalmente relevante se expresa sólo mediante la defraudación de una expectativa normativa y no así mediante la lesión de un bien jurídico», cfr. *Caro John*, Sobre la recepción del sistema funcional normativista de Günther Jakobs en la Jurisprudencia penal peruana, en: Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs, El funcionalismo en Derecho penal, Bogotá 2003, págs. 149, 150, 151.

47. En el presente trabajo nos centramos en la teoría del bien jurídico. Sobre los demás presupuestos de legitimidad de las intervenciones penales cfr. *Appel*, Verfassung und Strafe – Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens, 1998, 30 y ss.; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte – Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalität, 1996, pág. 21 y s., 231 y ss.; *Weigend*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt, en: Libro Homenaje a Hans Joachim Hirsch, Berlin/New York 1999, pág. 917 y ss.

48. Cfr. también *Jäger*, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, Stuttgart, pág. 121, 122, 123; *Rudolphi*, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, en: Libro Homenaje a Richard M. Hönl, Göttingen 1970, págs. 151, 167; *Marx*, Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“, Köln/ Berlin u.a. 1972, pág. 70 y ss.; *Otto*, Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand, en: Heinz Müller-Dietz (Hrsg.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, Köln/Berlin u.a. 1971, pág. 14 y ss.

VII.

A lo largo de la historia de la dogmática penal, se ha intentado construir un concepto de bien jurídico que comprenda el objeto de protección de todos los tipos penales y, a la vez, resguarde un carácter crítico. Así, en tiempos de la ilustración y bajo su filosofía se definió al delito como lesión de derechos subjetivos. En este sentido *Feuerbach*⁴⁹ vio como objeto de protección de cada norma penal un derecho subjetivo del individuo o de la sociedad. No obstante, el primer intento de construcción del concepto de bien jurídico vino de *Birnbaum*⁵⁰ quien en 1834 introdujo el concepto «bien» en la ciencia del Derecho penal. Su objetivo fue lograr una definición natural del delito, independiente del Derecho positivo. Sin embargo, *Binding*⁵¹, quien utilizó en la dogmática por vez primera el concepto de «bien jurídico», consideró trascendental la decisión del legislador para proteger jurídicamente un bien. El bien jurídico sería un estado valorado por el legislador, todo lo que a los ojos del legislador es valioso para la vida saludable de la comunidad jurídica. Posteriormente, desde una concepción ya clásica, *v. Liszt*⁵² definió los bienes jurídicos como «intereses humanos» que se derivan de la vida misma.

Más recientemente se ha definido al bien jurídico como: «intereses vitales de la comunidad que el Derecho penal protege»⁵³, «circunstancias dadas o finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, para la realización de sus derechos fundamentales y para el funcionamiento de un sistema estatal basado en esos fines»⁵⁴, «oportunidades de participación en la sociedad»⁵⁵, «intereses dignos de protección»⁵⁶, «estado especialmente valorado de la realidad vital externa»⁵⁷, «valor ideal»⁵⁸,

«unidades sociales de función sin el cual nuestra sociedad estatal no podría sobrevivir»⁵⁹, entre otros⁶⁰.

Ante este variado panorama, ha sentenciado *Stratenwerth*⁶¹ que a pesar de los múltiples esfuerzos no se ha logrado hasta hoy siquiera mediana claridad sobre el concepto de bien jurídico. Todos los intentos por encontrar una definición que comprenda a todos los tipos penales cuya legitimidad esté fuera de duda han fracasado. Ciertamente este panorama ofrece espacio para aquellos que ponen en duda la utilidad del concepto de bien jurídico: los conceptos dados hasta ahora, o bien son demasiados selectivos, lo cual elimina su capacidad de servir de concepto que abarque a todos los bienes protegidos por el ordenamiento jurídico penal, o bien son demasiado abstractos, lo que hace de ellos un concepto vago que no enuncia sus atributos y que al final de cuentas lo comprende «todo»⁶².

Pese a todo la opinión de *Stratenwerth* es exagerada. Los conceptos de bien jurídico ofrecidos hasta hoy, si bien dejan ver limitaciones, no son del todo equivocados⁶³. La búsqueda de un concepto «mágico» de bien jurídico que lo abarque todo con precisión milimétrica y que sea válido en todo espacio es un camino equivocado. Esta búsqueda está destinada al fracaso ya desde el inicio. Un concepto omnicompreensivo de bien jurídico —que diga con precisión qué es un bien jurídico y qué no lo es— es pues imposible. La ciencia del Derecho penal ha puesto demasiadas (infundadas) expectativas en este concepto sobreexigiéndole en sus funciones. Por lo mismo, su cuestionamiento basado en dichas falsas expectativas es injustificado. No se trata pues de construir previamente un concepto mágico de bien jurídico, sino de derivar de ella principios que permitan en cada caso asegurar la legitimidad de la intervención penal.

49. Cfr. *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat*, 5. ed., Köln/Berlín/München 2004, § 2, n.marg. 5 y ss.; *Stratenwerth*, *Zum Begriff des «Rechtsgutes»*, en: Libro Homenaje a Theodor Lenckner, Munich 1998, pág. 388 y ss.

50. Cfr. *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat*, 5. ed., Köln/Berlín/München 2004, § 2, n.marg. 5 y ss.; *Stratenwerth*, *Zum Begriff des «Rechtsgutes»*, en: Libro Homenaje a Theodor Lenckner, Munich 1998, pág. 388 y ss.; *Müssig*, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt am Main, 1994, pág. 58 y ss.; *Frisch*, *An der Grenzen des Strafrechts*, en: Wilfried Küper und Jürgen Welp (Hrsg.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wesels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1993, pág. 71 y ss.

51. *Feuerbach*, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1847, § 21.

52. *Birnbaum*, *NArch.CrimR*, tomo 15, 1934, pág. 149 y ss.

53. *Handbuch des Strafrechts*, tomo 1, 1885, pág. 169 y ss.

54. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 10ma. ed., 1900, pág. 53 y ss.

55. *Jescheck/Weigend*, *AT*, pág. 256.

56. *Roxin*, *AT I*, § 2, n. marg. 7.

57. *Calliess*, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, 1974, pág. 13.

58. *Maurach/Gössel/Zipf*, *AT I*, § 19, n. marg. 4 y ss.

59. *Mayer*, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1953, pág. 53.

60. *Baumann/Weber/Mitsch*, *AT*, § 3, n. marg. 18.

61. *Rudolphi* (nota 48), pág. 163.

62. Un panorama en detalle de las diferentes definiciones del bien jurídico lo ofrece *Koriath*, *GA* 1999, pág. 565.

63. *Stratenwerth/Kuhlen*, *AT I*, § 2, n. marg. 7.

VIII.

Tarea central de la teoría del bien jurídico es la de servir de límite al poder sancionador del Estado. El carácter crítico es inherente al bien jurídico⁶⁴. En la moderna discusión se indica, sin embargo, que el bien jurídico únicamente serviría como instrumento en la interpretación de los tipos penales, pero que carecería de carácter crítico. Las voces que lanzan estas críticas tienen como antecedente a aquellas que indican que el bien jurídico es únicamente un resumen conceptual del «sentido y finalidad de los tipos penales»⁶⁵, una «abreviatura del pensamiento final»⁶⁶ o la simple «ratio legis»⁶⁷ de los tipos penales.

Un concepto hermenéutico del bien jurídico es inadecuado para el Derecho penal y para las funciones que éste tiene en el ordenamiento jurídico de un Estado de Derecho. Dicho concepto abriría las puertas del arsenal penal al legislador, sin ningún límite, lo que podría llevar a casos extremos de criminalización como imponer a través del Derecho penal convicciones políticas, morales o religiosas. El principio de protección de bienes jurídicos debe resguardar pues su función crítica.

En el debate actual sobre la teoría del bien jurídico es bueno observar que los esfuerzos de la ciencia del Derecho penal están dirigidas no a rechazar de plano el bien jurídico, sino a realizar un examen crítico de éste⁶⁸. Es pues un imperativo seguir en esta tarea, pues su negación sería un retroceso en la cultura jurídica. En la dogmática penal alemana puede observarse esfuerzos en este sentido.

Desde una perspectiva crítica, *Wohlers*⁶⁹ presenta una interesante y por lo demás constructiva concepción que significa un avance importante en la búsqueda de criterios que permitan evaluar la legitimidad del Derecho penal «moderno». Él parte de considerar que la tarea consiste en buscar la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, pues estos son los tipos mediante el cual el Derecho penal «moderno» se presenta. *Wohlers* no niega la utilidad del principio del bien jurídico como lo hacen algunos autores. Para él, el punto de partida del análisis de legitimidad de los tipos penales debe seguir siendo la teoría del bien jurí-

dico: la determinación de los intereses protegidos por la norma, esto es, los *bienes jurídicos*. Sin embargo, según su concepción crítica, luego se debe recurrir a otros criterios. Así, si un bien jurídico se comprueba como digno de protección en lo fundamental, entonces la legitimidad de la norma dependerá decisivamente de la *estructura del delito* que resulta de la relación de los comportamientos correspondientes comprendidos por tipo penal con el «algo» protegido como bien jurídico. De entre los delitos de peligro abstracto él diferencia tres tipos de delitos: *delitos de peligrosidad concreta*, *delitos por acumulación*⁷⁰ y *delitos de preparación*. Luego la legitimidad de las normas penales debe ser evaluada en confrontación con los criterios específicos que esboza para cada tipo de delito⁷¹.

También *Hefendehl*⁷² aborda la problemática de los cuestionamientos a la teoría del bien jurídico. Los esfuerzos de *Hefendehl* están dirigidos a reforzar la validez de la teoría del bien jurídico en la dogmática penal. Él no recorre el camino de concebir una nueva definición, sino se plantea «materializar el concepto de bien jurídico desde abajo»⁷³ elaborando ciertos criterios. Así plantea que el bien jurídico ha de ser siempre un objeto *real* lo cual implica que éste no debe ser sólo un valor ideal ni tampoco sólo un conjunto de objetos corporales. La alternativa a lo «ideal» no es lo «material» (corporal), sino lo «real». Que la configuración personal de la constitución y de las actividades estatales deben llevar a la conclusión de que el hombre es el valor superior sobre el cual el Estado se funda. Luego, una comprensión correcta de este postulado no debe llevar a absolutizar los intereses individuales, sino debe llevar a equilibrar dichos intereses. Los intereses colectivos son pues las condiciones que posibilitan el desarrollo del individuo. Igualmente, sugiere que el principio de proporcionalidad debe ser puesto en conexión con la teoría del bien jurídico para así alcanzar su dimensión constitucional. Bajo estos postulados, *Hefendehl* procede, luego, a realizar un análisis de la estructura de los bienes jurídicos colectivos y luego una clasificación de éstos en sub grupos para así facilitar el análisis de legitimidad de

64. Se llega a parar a la nada feliz elección entre vaguedad y selectividad, cfr. NK-*Hassemer/Neumann*, vor § 1, n. marg. 144; *Hefendehl*, GA 2002, pág. 22.

65. Similar *Abanto Vásquez* (nota 46), pág. 44.

66. En sentido similar *Greco* sostiene el carácter crítico del bien jurídico. Cfr. *Greco* (nota 43), pág. 97 y ss.; también cfr. *Moccia*, (nota 46), pág. 142; *Mir Puig*, PG, pág. 124 y ss.; *Abanto Vásquez* (nota 46), pág. 42, 55, 57.

67. *Honig*, Die Einwilligung des Verletzten, 1919, págs. 30 y ss.

68. *Grünhut*, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, en: Festgabe für Reinhard von Frank, tomo 1, 1930, pág. 8.

69. *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930, pág. 25.

70. El reciente trabajo de *Greco* es una muestra representativa de esta tendencia. Cfr. *Greco* (nota 43), pág. 89 y ss.

71. Cfr. *Wohlers* (nota 2), pág. 21 y ss.; *el mismo*, GA 2002, pág. 15 y ss.; *el mismo*, Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur – Zu den Kriterien fairer Zurechnung, en: Roland Hefendehl / Andrew von Hirsch / Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden 2003, pág. 196 y ss.

72. Concepto creado por *Kuhlen*, cfr. GA 1986, págs. 389 y ss.

73. *Wohlers* (nota 2), pág. 343; *el mismo*, GA 2002, págs. 15, 20.

las normas penales. El bien jurídico es para *Hefendehl* la piedra angular⁷⁴ de dicho análisis.

Tampoco para *Schünemann* el bien jurídico constituye únicamente una guía en la interpretación de las normas penales, sino que ésta guarda un carácter crítico. Así, afirma que cuando el concepto de bien jurídico «no es utilizado para el «ambicioso» fin de limitar constitucionalmente la legislación penal, no constituye meramente el resumen conceptual de un resultado perseguido mediante otras operaciones (como sugiere la conocida formulación de la «abreviatura del pensamiento teleológico»), sino que cumple un importante papel productivo ya en este plano primario de la determinación de la estructura delictiva y, a continuación, (en el plano secundario) de la determinación del marco de las acciones que son descritas por el tipo penal como ejecutadas *en desmedro del bien jurídico*»⁷⁵. Luego argumenta criticando a *Stratenwerth*, que el «requerimiento de una definición clasificatoria del concepto de bien jurídico, en la que sólo debería efectuarse la subsunción al analizar los tipos penales en particular, parte de bases metodológicas desacertadas y, por eso, no es apropiado para demostrar la falta de valor del principio de protección del bien jurídico para la formación del Derecho»⁷⁶.

IX.

Los resultados finales del debate sobre el bien jurídico están aún por verse. Pero una cosa se puede avizorar con claridad: que la categoría «bien jurídico» con su carácter dogmático, sistemático y sobre todo crítico, le restan todavía muchos años de vida. En el Derecho penal actual la importancia de la teoría del bien jurídico está hoy más presente que nunca⁷⁷. Es inimaginable una dogmática del Derecho penal que no incluya la teoría del bien jurídico. Una dogmática que la rechace se enfrentará pues con mayores problemas que aquella que la incluya. Por lo demás, y subrayando lo dicho anteriormente, no se trata de dejar de lado la discusión sobre la teoría del bien jurídico simplemente rechazándola. Más bien, se trata de desplegar esfuerzos por un análisis crítico de esta teoría y así posibili-

tar su desarrollo; el bien jurídico es pues la base material de la dogmática penal a pesar de todos los pronósticos apocalípticos.

Sin embargo, no se trata de construir un nuevo concepto de bien jurídico, sino de considerar a toda la teoría del bien jurídico como una pauta político criminal y normativa⁷⁸ que permita en cada caso en concreto —léase «ante cada norma en particular»— evaluar la legitimidad de la intervención penal. La teoría del bien jurídico debe ser entendida como una pauta político criminal y normativa que materializa en sí los principios que se derivan de la filosofía política de la ilustración. Según ella, el Estado no es un ente en sí mismo, sino que está al servicio del ciudadano. El acuerdo político permite al Estado restringir la libertad del individuo únicamente en la medida que ésta sea necesaria para asegurar la libertad de todos. El Estado tiene pues límites en su actuación.

En el análisis de legitimidad de las intervenciones penales, la teoría del bien jurídico permite determinar claramente cuándo estamos ante verdaderos bienes jurídicos, ante qué tipo de bienes jurídicos y como consecuencia de ello, qué tipo de estructura de delito corresponde emplear, lo cual determinará un cierto *nivel de exigencia* —necesario— para la legitimidad de las intervenciones penales.

Estas «virtudes» pueden ser observadas, sólo por mencionar unos ejemplos, en el *Derecho penal de drogas*. Aquí, la teoría del bien jurídico permite dilucidar cuándo se está realmente ante un verdadero bien jurídico y, como consecuencia de ello, si estamos ante tipos legítimos. Normalmente se justifica la existencia de los tipos penales que sancionan el consumo y la posesión de drogas argumentando que mediante dichos tipos penales se busca proteger la *salud pública*. Sin embargo, este concepto, que supuestamente constituiría un bien jurídico de carácter colectivo para cuya protección se haría necesario los tipos de peligro abstracto, no es sino un concepto vacío. En realidad al hablar de salud pública se está haciendo referencia a la salud de cada individuo que forma parte de la sociedad. No estamos pues ante un bien jurídico colectivo, sino ante una suma de bienes jurídicos individuales⁷⁹. Esta constatación tiene consecuencias importantes para la dogmática del Derecho penal de drogas, pues como señala *Hefen-*

74. Cfr. *Hefendehl*, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln/Berlin 2001, §§ 3 II, 4, 7, 9; *el mismo*, GA 2002, pág. 21 y ss.; *el mismo*, *Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm*, en: Roland Hefendehl / Andrew von Hirsch / Wolfgang Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden 2003, pág. 119 y ss.

75. Respecto a la propuesta de materializar el concepto de bien jurídico desde abajo, cfr. también *NK-Hassemer/Neumann*, vor § 1, n. marg. 145.

76. *Hefendehl*, *Das Rechtsgut* (nota 74), pág. 132.

77. *Schünemann*, *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der Verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation*, en: Roland Hefendehl / Andrew von Hirsch / Wolfgang Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden 2003, págs. 133, 134.

78. *Schünemann* (nota 77), pág. 135.

79. *SK-Rudolphi*, vor § 1, n. marg. 3; *MünchKommStGB/Freund*, vor §§ 13 ff., n. marg. 42; *Hassemer*, *Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?*, en: Roland Hefendehl / Andrew von Hirsch / Wolfgang Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden 2003, pág. 57 y ss.; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 3, n. marg. 17; *MünchKommStGB/Joecks*, Einl., n. marg. 37.



*dehl*⁸⁰ sobre un bien jurídico individual puede el propio titular del mismo disponer y decidir. Luego, la decisión de una persona de llevar una vida «insana» no justifica la intervención del Derecho penal, pues esa decisión pertenece a la esfera de libertad del individuo⁸¹. Desde otra perspectiva podría indicarse que en el consumo de drogas se trata de una mera autopuesta en peligro⁸². Estas normas no son legitimables desde una concepción del Derecho penal basado en la protección de bienes jurídicos⁸³, puesto que las conductas ahí descritas no podrían jamás poner en peligro la salud pública —ni siquiera abstractamente— pues ésta no existe.

Otro ejemplo se presenta en el *Derecho penal del tráfico rodado*. Aquí la teoría del bien jurídico permite determinar ante qué tipo de bien jurídico realmente nos encontramos y como consecuencia de ello determinar un cierto nivel de exigencia para la legitimación de dichas normas. Por lo general, en supuestos como los de «conducción en estado de ebriedad» se justifica la intervención del Derecho penal afirmando que se protege la «seguridad en el tráfico». Sin embargo, aquí no nos encontramos realmente frente a un bien jurídico colectivo, sino que las normas penales que sancionan conductas peligrosas en el marco del tráfico rodado protegen en realidad, anticipadamente, bienes jurídicos individuales, como la vida, la salud o los bienes de los participantes en el tráfico automovilístico⁸⁴. Se trata pues de un adelantamiento —en este caso justificado— de las barreras del Derecho penal a fin de garantizar una mejor protección de dichos bienes jurídicos *individuales*. Ahora bien, dado que en realidad se trata de bienes jurídicos individuales y no de bienes jurídicos colectivos se precisa de ciertos criterios que fundamenten la imputación y que vayan más allá del simple «conducir»⁸⁵.

Finalmente, el caso del *Derecho penal del medio ambiente*. Aquí la teoría del bien jurídico permite fundamentar el deber de protección que tiene el Estado de los intereses fundamentales para la existencia de la sociedad, esto es, desarrolla una tarea legitimadora⁸⁶. Como se ha observado, parte de la doctrina ha cuestionado la legitimidad de los tipos penales que protegen el medio ambiente. Dado que en este ámbito se trataría de prevenir riesgos *futuros*, se cuestiona que el Derecho penal deba intervenir. Desde una concepción basada en la teoría del bien jurídico se le-

gítima sin mayor problema la intervención del Derecho penal para la protección del medio ambiente, puesto que éste constituye una condición fundamental para la existencia actual de la persona humana y de las generaciones futuras y, como tal, es un interés fundamental digno de protección penal.

Además, en este caso, la teoría del bien jurídico nos permite afirmar que estamos ante un verdadero bien jurídico colectivo. Esta constatación es de importancia, puesto que sólo el ataque a los objetos de acción de verdaderos bienes jurídicos colectivos produce una afectación de los mismos. Luego, al ser el medio ambiente un verdadero bien jurídico supraindividual, cada derrame de desechos industriales en un río produce ya una afectación del bien jurídico por lo que se justifica la sanción de dicha conducta, sin la necesidad de esperar un efecto acumulado.

X.

Resumiendo y a manera de conclusión, debe ser subrayado que es necesaria la intervención del Derecho penal a fin de proteger la sociedad ante los nuevos riesgos. Esta intervención es incluso un deber ético del Estado. Presupuesto constituye únicamente el respeto a los postulados de necesidad, eficacia y legitimidad. No se puede sacrificar bajo ninguna consideración la necesaria legitimidad de las intervenciones penales, pues ésta salvaguarda los espacios de libertad del individuo.

Ahora bien, la valoración de legitimidad de las intervenciones penales no puede realizarse *en bloque*. No se puede predicar sobre la legitimidad del Derecho penal «moderno» en general, o ya sólo de determinado tipo de delito —como los delitos de peligro abstracto—, o de un determinado tipo de bien jurídico —como los bienes jurídicos colectivos—. Más bien, se tiene que valorar la legitimidad de cada una de las normas penales, individualizadamente. Es frente a cada norma que se debe valorar su legitimidad constitucional.

Criterio para esta valoración ha sido, es y seguirá siendo durante mucho tiempo aún, la teoría del bien jurídico. Estas conclusiones llevan a reafirmar la concepción según la cual la teoría del bien jurídico tiene carácter crí-

80. Cfr. *Roxin*, AT I, § 2, n. marg. 12; *Schünemann* (nota 77), pág. 137; *Hassemer* (nota 79), pág. 58; *NK-Hassemer/Neumann*, vor § 1, n. marg. 146, consideran a la teoría del bien jurídico como «un importante topos de argumentación para una adecuada política criminal y para la aplicación del Derecho penal».

81. Cfr. *Hefendehl*, Das Rechtsgut (nota 74), pág. 121; *Greco* (nota 43), págs. 114, 115, 116, 117.

82. *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter (nota 74), § 4, págs. 142, 143.

83. Similar *Nestler*, Grundlagen und Kritik des Betäubungsmittelstrafrecht, en: Arthur Kreuzer (Hrsg.), Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts, München 1998, § 11, n. marg. 102 y ss. También *Haffke* rechaza la legitimidad de la intervención del Estado en este ámbito, pero con argumentos que consideran a la «adicción» como una enfermedad, cfr. *Haffke*, ZStW 107 (1995), 761, 780, 791 y s.

84. Cfr. *Schünemann* (nota 77), pág. 146 y s.; también *Roxin*, AT I, § 2, n. marg. 32 y ss.

85. *Roxin*, AT I, § 2, n. marg. 69.

86. Cfr. *Schünemann* (nota 77), pág. 152; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter (nota 74), § 4, pág. 140 y ss. En sentido similar, criticando los «crimes de transito», cfr. *Greco* (nota 43), pág. 112 y ss. En relación al § 316 StGB (conducción en estado de ebriedad) *SK/Rudolphi*, vor § 1, n. marg. 9a; *MünchKommStGB/Freund*, vor §§ 13, n. marg. 46.

... tico y, por lo mismo, constituye el límite que se debe oponer al legislador. La teoría del bien jurídico es pues la piedra fundamental de la dogmática penal. Sin embargo, la concepción sostenida aquí no es unidimensional, puesto que no considera a la teoría del bien jurídico como único criterio que garantiza la legitimidad. Se pueden desarrollar otros criterios para garantizar la legiti-

dad de las intervenciones penales; no obstante, considero que la teoría del bien jurídico tiene el papel central en esta tarea. En ella deben ser enlazadas los criterios que se desarrollen en el futuro. Mi postura científica apuesta pues por el desarrollo de la teoría del bien jurídico, en este sentido puede afirmarse que es una concepción abierta.

87. *Schünemann* (nota 77), pág. 152.

88. *Hassemer* hace referencia al «bien jurídico» como criterio que permite fundamentar el deber de protección que tiene el Estado (*Rechtsgut als Untermalßverbot*), cfr. (nota 79), págs. 63, 64; en sentido similar *Schünemann* (nota 77), pág. 153; *Moccia* (nota 46), pág. 114 y ss.; *Abanto Vázquez* (nota 46), pág. 55 y ss.