

# **EVOLUCIÓN DE UN DERECHO PENAL MÍNIMO HACIA UN DERECHO PENAL MÍNIMO MÁXIMO DE LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS.**

**Carmen LAPUERTA IRIGOYEN**

**Jurista y Criminóloga**

## **I. INTRODUCCIÓN**

La necesidad de terminar con la inflación legislativa y hacer, de una vez por todas, realidad el llamado Derecho Penal Mínimo o Residual, no se podrá dar en la parte general, sino en la parte especial y de acuerdo con las necesidades de cada país.

Es claro que la legalidad, que es un objetivo o una finalidad, más que un principio, está concebido exactamente para que se ordene cómo una conducta debe ser descrita para que suministre certeza al juzgador, es decir, con la claridad suficiente que permita una descripción exacta de los elementos tipificados, ya sea en el Derecho Penal o en un Derecho con denominación y consecuencias diferentes. Ese principio de certeza que se pretende solucionar con la norma, viene a complementar la llamada legalidad. Es por ello que por dicha misma vía también se podría dar una concreción al principio de necesidad, en cuanto que la conducta descrita por el legislador debe ser de tal gravedad y necesidad, que obligue al legislador perentoriamente a verificar juicios de valor que lo lleven, precisamente, a pensar que no existe otro medio similar y menos grave de amparar los bienes jurídicos que la *ultima ratio*, esto es, el Derecho penal.

Universalmente se ha constatado que según diversos factores políticos, religiosos, culturales, entre otros, unas mismas conductas han sido tratadas como si fueran irrelevantes para el Derecho, y demasiado graves en otras ocasiones, de los que se consideran intocables bienes o intereses jurídicos. Pongamos como ejemplo la eutanasia, el aborto, la homosexualidad, la ingestión de sustancias psicotrópicas o alucinógenas, la injuria, entre otras conductas.

No obstante lo anterior, también se constata que existen disposiciones que, necesariamente, por los cambios sociales, pierden su valor, su finalidad, su esencia, de tal suerte que de igual manera deben quedar por fuera del Derecho penal y muchas veces subsisten sin aplicación alguna con el correspondiente descrédito que sufre todo Derecho cuando pasa al campo puramente formal y se pone de relieve su inutilidad.

Por otra parte, cuando los gobiernos se ven enfrentados a ciertos y determinados problemas de índole económica, laboral, etc., resuelven acudir al Derecho penal, que se

convierte así en un factor de miedo, de desestabilización, de inoperancia, de carencia de objetivos.

Se debería examinar de esta manera todo el orden jurídico, a fin de emplear el Derecho Penal para proteger bienes jurídicos y asegurar metas de las prestaciones vitalmente necesarias, sólo donde no basten para su consecución medios menos enérgicos. Naturalmente esto presupone una amplia investigación de la realidad del Derecho, así como mucha reflexión sobre las sanciones extrapenales adecuadas. Pero si no llevamos a cabo éste trabajo, habremos omitido plantearle al Derecho penal una de las exigencias más urgentes del Estado de Derecho<sup>1</sup>.

Tal como sostiene MORA ALARCON citando a QUINTERO OLIVARES<sup>2</sup> que, el principio de intervención mínima, “aparece en el fondo, ligado al de protección exclusiva de bienes jurídicos. Se fundamenta en la tesis de que el Derecho penal no sólo no se puede emplear para defender intereses minoritarios y no necesarios para el funcionamiento del Estado de Derecho, pues entonces no merecen ser protegidos con tan graves medidas coactivas -sin perjuicio de que sean o no respetables-, sino que tan siquiera es adecuado recurrir al Derecho penal y a sus gravísimas sanciones, si existe la posibilidad de garantizar una tutela suficiente con otros instrumentos jurídicos no penales”. “El convencimiento de que la pena es un mal irreversible, y una solución imperfecta, que debe utilizarse solamente cuando no haya más remedio, es decir, tras el fracaso de cualquier otro modo de protección, la pena entendida como *ultima ratio*, obliga a reducir al máximo el recurso al Derecho penal: “*intervención mínima*”...” El principio de intervención mínima supone que, para que la ley penal no se transforme en instrumento al servicio de los detentadores de la potestad legislativa y punitiva, es preciso oponer al ejercicio de ésta un límite fundamental: las leyes penales en un Estado de Derecho democrático solamente se justifican porque prestan tutela a un valor que, por ser esencial su respeto para las condiciones mínimas de convivencia, recibe protección penal. Si se apartan de esa misión, si no tutelan intereses comunitarios, si solamente establecen deberes, serán formalmente “leyes penales”, pero no serán “Derecho penal” propio de un Estado de Derecho. Que una ley penal no establece más que un puro deber de obediencia es algo que puede afirmarse en la medida en que sea demostrable que su finalidad no es tutelar un bien jurídico, sino proteger los parciales intereses del grupo dominante (...); la función de protección de bienes jurídicos y el principio de intervención mínima deben, además, verse acompañados por el postulado de *equilibrio* en la tutela de bienes jurídicos. Esto es, que sean atendidas las exigencias de una adecuada *selección y ponderación de los bienes jurídicos a proteger penalmente* [...]; “un correcto entendimiento de la idea de bien jurídico y del principio de intervención mínima, debe evitar que el Derecho penal sea *utilizado* como instrumento para imponer concepciones morales e ideológicas que sólo sienten un sector de la sociedad, como regla necesaria de la moralidad de todos”.

---

<sup>1</sup> CANCINO MORENO, A.J. Necesidad de la regulación del real Principio del Derecho Penal Mínimo. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Marcial Pons 2004, pp 39-41.

<sup>2</sup> MORA ALARCON, J. Sistema de Derecho Penal. Parte General y Especial, Edisofer, Madrid 1996 pp. 16 y ss.

## II. EL DERECHO PENAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Los derechos humanos establecen un marco que está en condiciones de cumplir de manera adecuada la función limitadora del poder punitivo del Estado.

La intelección de los bienes jurídico-penales desde el marco referencial de los derechos humanos implica una opción por un Derecho Penal mínimo de acuerdo con el pensamiento de que las restricciones de la libertad social de acción han de ser las menos posibles. También los bienes jurídico-penales existen, cabe decir, si son fundamentables discursivamente, no en condiciones ideales de justificación sino sobre la base del principio de realidad. El marco de los derechos humanos, fundamentados dialógicamente pero pasados por el filtro de la universalidad negativa, permite poner coto a un legislador que pretendiera intervenir criminalizando conductas por razones puramente políticas, filosóficas, morales o religiosas<sup>3</sup>, y se erige en eje de una teoría de la legislación en materia penal.

El referente de los derechos humanos cumple diferentes funciones, negativas y positivas, en el ámbito del Derecho Penal.

En primer lugar, y negativamente, ninguna intervención penal puede ser contraria a los derechos humanos. Esta función ha sido destacada especialmente por Roxin, para quien la protección de bienes jurídicos sólo se puede llevar a cabo con respeto a los derechos humanos<sup>4</sup>, y por Baratta, al llamar la atención sobre la función que cumplen los derechos humanos como límites de la intervención penal<sup>5</sup>. Por otra parte, y también negativamente, el referente de los derechos humanos permite dejar fuera del Derecho Penal la protección de intereses, bienes, necesidades, etc. no referibles ni directa ni indirectamente a los citados derechos.

Positivamente, el referente de los derechos humanos se traduce en la exigencia de que la incriminación de un comportamiento haya de estar dirigida a la protección de un bien vinculado directa o indirectamente a los derechos humanos. Este es un proceso complejo que requiere pasar diferentes filtros para la incriminación.

El primer filtro viene dado precisamente porque los derechos humanos entendidos dinámicamente, proporcionan el marco dentro del cual se deben encontrar y discutir, también discursivamente, los bienes jurídico-penales. La protección puede ser directa, como sucede con los bienes jurídicos nucleares vinculados a los derechos de la primera generación, como la vida, o indirecta, como el interés de todos al correcto funcionamiento de la Administración Pública, y puede recaer sobre bienes jurídicos de titularidad individual o colectiva. De acuerdo con esto, se hace necesaria una acabada sistematización de los bienes jurídicos colectivos a partir del marco referencial de los derechos humanos.

Otro filtro procede de la necesidad previa de concretar un concepto, el de derechos humanos, caracterizado por su alto grado de abstracción. Como dice Alexy a

---

<sup>3</sup> Roxin, Dependencia e independencia del Derecho Penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión, ADPCP, 2006, pp 5 y ss

<sup>4</sup> Roxin, Dependencia e independencia del Derecho Penal, ADPCP, 2006, pp 7 y ss

<sup>5</sup> Baratta. Principi del diritto penale minimo. Per una teoría dei diritti umani come oggetti e limiti della penale. Dei delittie delle pene, núm. 3, 1985, pp 465 y ss

propósito de la abstracción de los derechos humanos, podemos estar de acuerdo rápidamente en que cada uno tiene derecho a la salud, pero puede surgir una larga discusión sobre lo que esto significa. De ello se deriva que, en la protección penal de bienes jurídicos a partir del marco referencial de los derechos humanos, se hace necesaria la concreción del objeto de protección, esto es, se hace preciso decidir, dentro de aquel marco, sobre la elevación de un bien a bien jurídico-penal y en qué términos. Este segundo filtro requiere asimismo del procedimiento discursivo, entronca con la concepción procedimental discursiva de los bienes jurídico-penales<sup>6</sup> y se erige en elemento central de una teoría de la legislación.

El último filtro se halla en el ámbito de la técnica legislativa y requiere atender a ulteriores criterios de legitimación, como el principio de proporcionalidad en sentido amplio, de necesidad y merecimiento de pena o a criterios de imputación, en orden a limitar la tendencia a la anticipación de la tutela jurídica y a recuperar el cada vez más debilitado carácter fragmentario del Derecho Penal.

Se reivindica en suma la función político criminal del bien jurídico dentro de un Derecho Penal Mínimo construido a partir del marco referencial de los derechos humanos y una teoría del discurso que incorpora un particular principio de realidad.<sup>7</sup> Éste principio es aquel por el cual, en caso de divergencia entre lo que ocurre en la realidad y lo que se ha plasmado en los documentos, debe darse prevalencia a lo que surge en la práctica.<sup>8</sup>

### **III. LAS RESPUESTAS DE LOS TEÓRICOS DEL DERECHO PENAL «MÍNIMO» A LAS NUEVAS FORMAS DE CRIMINALIDAD.**

En los últimos decenios el rostro de la criminalidad en las sociedades europeas ha cambiado radicalmente al haber surgido nuevos fenómenos que han llegado a ser más numerosos y más graves, lo que en el pasado representaban una rareza, así los escándalos financieros, la corrupción en el mundo político y en los negocios, los atentados al medio ambiente, la criminalidad organizada, el terrorismo político y, en general, los atentados a la integridad de los Estados.

La exclusión del Derecho penal de graves fenómenos que afligen a las sociedades contemporáneas, pone de manifiesto el problema de individualizar las técnicas alternativas de control, ya que es difícil pensar que hechos de este género queden privados de una alguna respuesta.

Es así, que los autores del Derecho penal «mínimo» se inclinan por proponer la abolición «total» de categorías completas de normas incriminadoras: es el caso, por ejemplo, en la visión de Ferrajoli, de todos los delitos asociativos (asociación para delinquir, asociación mafiosa, asociación terrorista o subversiva, etc.), de la guerra civil, de la insurrección armada contra los poderes del Estado. Para estos delitos no sería

---

<sup>6</sup> VOGEL. Legislación penal y ciencia del Derecho Penal. Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 11, 2003. pp 255 y ss

<sup>7</sup> ALONSO ÁLAMO, M. Fundamentación pre-positiva de los bienes jurídico-penales y derecho penal mínimo de los derechos humanos. Revista General de Derecho Penal núm. 15, 2011 pp 31-33.

<sup>8</sup> SILVA ORMEÑO, M.A. El principio de la primacía de la realidad. Derecho y Cambio Social núm. 14, Lima 2008. Disponible en: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista014/primacia%20de%20la%20realidad.htm>

necesaria una respuesta -incluso extrapenal- del ordenamiento, por cuanto, por un lado, bastaría la represión del delito-objeto y por otro, sería ilegítimo mantener cualquier norma sancionatoria, pues se trataría de castigar la mera sospecha de otros delitos que no se logran probar<sup>9</sup>. La misma suerte -la abolición “total”- estaría reservada a los delitos de intento, ampliamente presentes en el ordenamiento italiano. Así, entre los delitos contra la personalidad del Estado (por ejemplo, los atentados contra la integridad, la independencia o la unidad del Estado, el atentado contra la Constitución, el atentado contra los órganos constitucionales, etc.). Según Ferrajoli, normas de este tipo, para ser legítimas, deberían comprender los extremos de la tentativa, y en particular, la idoneidad de los actos para lograr el objetivo hacia el cual se dirigen; así pues, para asegurar este resultado es suficiente la normativa general de la tentativa “prevista por vía general para todos los delitos”<sup>10</sup>.

Por regla general, los teóricos del Derecho penal «mínimo» creen indispensable el recurso a técnicas de control estatal alternativas a la penal. Un amplio espacio se le concede ante todo al Derecho administrativo, que lo caracteriza, de modo importante, por el empleo de meras sanciones pecuniarias. A diferencia del Derecho penal, la alternativa administrativista apunta, por tanto, a una sensible atenuación de la respuesta sancionatoria, conservando -en base a los cambios realizados por diversos legisladores europeos- las más importantes garantías propias del Derecho penal liberal (principios de legalidad, de irretroactividad, de culpabilidad, etc.). Según Hassemer, en el Derecho administrativo (*Ordnungswidrigkeitenrecht*) deberían situarse los actuales delitos contra la economía, contra el ambiente, las evasiones fiscales, los fraudes en las subvenciones públicas, el tráfico de armas y de droga<sup>11</sup>. En este sentido, Hassemer ha esbozado una propuesta de, -siempre dentro del cuadro del Derecho administrativo- junto a los instrumentos clásicos del Derecho administrativo sancionador alemán, un “Derecho de intervención” (*Interventionsrecht*) cuyos contenidos no han sido hasta aquí precisados, pero que muestra una característica preocupante: “no tiene las fuertes garantías del Derecho penal, al no contener sanciones de la misma gravedad”.

Asimismo, Baratta observa al Derecho administrativo como una alternativa a la pena. Entre los fenómenos que se rebajarían a ilícitos administrativos se incluirían, entre otros, la corrupción, los atentados a la seguridad del trabajo, las relaciones entre la mafia y los poderes legítimos, las graves desviaciones de los órganos militares y los servicios secretos. Según Baratta, el control administrativo podría directamente ceder el paso -para estos gravísimos hechos- a la intervención del Parlamento: el cual no impondría sanciones, ni siquiera administrativas, sino que propiciaría indagaciones y debates parlamentarios, que asegurarían “la participación y el control popular en la gestión de las contradicciones más relevantes del sistema político... Son estas —según Baratta— las medidas más adecuadas a la naturaleza de estas contradicciones, y son las que pueden asegurar transparencia pública a los aspectos fundamentales de la lucha de las clases populares contra las relaciones de explotación y dominación”.

<sup>9</sup> FERRAJOLI, Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale. Dei delitti delle pene, núm. 3, 1985, p 482

<sup>10</sup> FERRAJOLI, Diritto e ragione.. Dei delitti delle pene, núm. 3, 1985, p 482

<sup>11</sup> HASSEMER. Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre», en SCHOLLER-PHILIPPS (Dir), *Jenseits des un tionalismus-ArthurKaufmann zum 65. Geburtstag*, 1989, p. 93.

Cabe pues, afirmar que las propuestas de Derecho penal “mínimo”, cuando se ponen a prueba con fenómenos de enorme gravedad, como la criminalidad organizada o los atentados a las instituciones, o se arriesgan a abrir inquietantes lagunas represivas o resultan impracticables conforme a los más elementales criterios de la ciencia de la legislación penal. El rasgo común a las más diversas versiones del Derecho penal “mínimo” reside en la idea de que el Derecho penal debe autolimitarse, renunciando a penetrar de forma invasora en todos los aspectos de la vida social, y que, cuando lo haga, debe reducir la aspereza de sus sanciones. Estas ideas se prestan para ser sintetizadas en dos fórmulas significativas: la pena debe ser utilizada sólo como *última ratio* respecto a la política social y a las formas de control extrapenal; entre las sanciones penales, la pena privativa debe ser a su vez la *última ratio*, reservada para los hechos más graves, que no puedan ser controlados con instrumentos menos rigurosos. Es notorio que la ejecución de estos principios encuentre dificultades y obstáculos de todo tipo, por ello se aprecia favorablemente la adhesión de nuevas perspectivas de pensamiento, que vuelven a proponer estos principios bajo la etiqueta del Derecho penal “mínimo”. Lo que no se puede compartir es la idea, patrocinada por estas corrientes, de que la retirada del Derecho penal debe realizarse en perjuicio de los intereses colectivos afectados (...), el Derecho penal moderno debe sí corregir su natural tendencia a la hipertrofia, debe realizar una tutela equilibrada de todos los bienes fundamentales, individuales y colectivos y, la doctrina penal, precisamente en el momento en que la justicia penal comienza a prestar atención también a los grandes de la economía y la política, no puede patrocinar, ni siquiera inconscientemente, un retorno al pasado y la restauración de un estereotipo del delincuente sobre la base de “clases peligrosas”<sup>12</sup>.

#### **IV. LECTURA UTILITARISTA DEL DERECHO PENAL MÍNIMO**

El utilitarismo es el campo de la filosofía que estudia la utilidad de una idea, en el sentido de que, entre las ganancias y las pérdidas posibles, debe darse un saldo positivo. El derecho penal es el ámbito más represivo del ordenamiento jurídico y, por ello, debe ser empleado con moderación por parte del Estado. Su utilidad debe ser la protección de bienes jurídicos y la mínima restricción de la libertad individual. Corresponde al legislador procurar la mejor forma de lograr esa utilidad, con la elección de los bienes jurídicos más relevantes y el recurso a los medios menos represivos, antes de acudir al derecho penal.

Él utilitarismo es una forma de pensamiento y análisis del hecho que posee gran relevancia para el derecho penal. John Stuart Mill (1806 - 1873) fue uno de los grandes pensadores que priorizó la utilidad del acto sobre su valor. Si llevamos hasta sus últimas consecuencias las ideas de Mill en el derecho penal, el bien jurídico pierde valor en la teoría del delito, en favor del resultado pretendido por la prohibición. En consecuencia, debe tenerse cautela en el análisis de las consecuencias de una prohibición, para no

---

<sup>12</sup> MARINUCCI G. /DOLCINI E. Derecho Penal Mínimo y nuevas formas de Criminalidad. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, núm. 9. 2002, pp 147-167.

fundamentarla sin considerar lo que se quiere tutelar.

Las consecuencias de una prohibición penal, partiendo de una visión utilitarista, deben tener en cuenta dos vertientes: la mejor protección del bien jurídico y la menor restricción de la libertad. El concepto de bien jurídico, a pesar de su importancia reducida con el surgimiento de nuevas formas criminales, no puede ser descartado. De este modo, siguiendo la propuesta de Mill, un bien jurídico debe estar directamente vinculado a la preservación de la autonomía de la persona. En suma, la prohibición criminal debe ser eficaz en la protección de la autonomía individual, tutelando los intereses más importantes para el desarrollo humano. Al mismo tiempo, las restricciones a la libertad deben ser las menores posibles, en línea de principio solo cuando no haya consentimiento válido de la lesión al interés propio (sea en la autolesión, sea en la lesión provocada por tercero). La intervención exacerbada del Estado, prohibiendo conductas y escogiendo lo que es mejor para el individuo, contraría la preservación de la autonomía propuesta por Mill<sup>13</sup>.

## **V. EL DERECHO PENAL MÍNIMO DE LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS. LÍMITES EXTERNOS E INTERNOS.**

El bien jurídico penal desempeña *ab initio* un importante papel político criminal limitador de las intervenciones del legislador. Introduce una limitación externa al sistema que podemos calificar de limitación de primer nivel.

Ulteriormente, de acuerdo con las exigencias propias del principio de proporcionalidad en sentido amplio, el legislador penal se halla sujeto a limitaciones “internas” o de segundo nivel a tener en cuenta en la configuración de los tipos penales en particular comprobando la idoneidad y la necesidad de la intervención a la vista del bien jurídico que se pretende proteger frente a acciones lesivas o peligrosas.

Cuando se niega a los bienes jurídicos virtualidad para constituir un límite al legislador, a menudo, se pierde de vista -o se niega- la función que los bienes jurídicos cumplen en el mencionado primer nivel, un nivel antepuesto al Derecho positivo, antepuesto incluso a la Constitución -de tal manera que incluso si desapareciera la Constitución democrática de un Estado no por ello desaparecería este límite al poder punitivo-, límite situado en el marco referencial de los derechos humanos cuya existencia no depende ni de su reconocimiento por una legislación en particular ni de su reconocimiento por una Declaración o Convenio internacional. Es en este marco referencial de los derechos humanos en el que se sitúa la fundamentación discursiva no sólo de los bienes jurídicos individuales sino también de los bienes jurídicos colectivos. Dentro del marco referencial de las diferentes generaciones de derechos humanos -y sin que a efectos de fundamentar los bienes jurídicos penales colectivos sea imprescindible admitir derechos humanos colectivos ya que esto, a lo sumo, allana el camino hacia su reconocimiento- cabe fundamentar una concepción amplia de los bienes jurídicos colectivos. Pues los bienes jurídicos, como los derechos humanos, existen si se fundamentan

---

<sup>13</sup> ORSINI MARTINELLI, J. Puna lectura utilitarista del Derecho Penal Mínimo. AFDUC n 17, 2013, ISSN:1138-039X. pp 501-518.

discursivamente sobre la base de una teoría de la sociedad que parta de la intervención de todos en condiciones reales de igualdad.

Con tales presupuestos está justificada la protección penal no sólo de intereses individuales sino también de intereses colectivos generales y sectoriales que contribuyen a la afirmación de los derechos humanos y del Estado social y democrático de Derecho. Los derechos humanos se erigen en fundamento y, a la vez, en límite de las intervenciones del legislador en materia penal.<sup>14</sup>

## **VI. PROTECCIÓN DE BIENES JURIDICO-PENALES SUPRAINDIVIDUALES Y DERECHO PENAL MINIMO.**

En el contexto de la denominada "sociedad del riesgo", no puede dudarse del afianzamiento de este "nuevo" Derecho penal, pese a las críticas referidas. Este ámbito del Derecho penal, lejos de una pretendida instrumentalización de control formal, persigue proteger la confianza de los ciudadanos en el funcionamiento del sistema y a partir de ello asegurar el libre desarrollo de la personalidad. En este "nuevo" Derecho penal confluyen, por consiguiente, el nuevo sistema de Estado social, con un nuevo sistema de valores, y el nuevo sistema de Estado liberal, en el contexto de la sociedad tecnológica post-industrial. Esta evolución científica, tecnológica, socio-económica y, paralelamente, del pensamiento político, ha llevado al legislador a proteger penalmente nuevos bienes jurídicos, a la doctrina y jurisprudencia a reinterpretar el sentido de algunos bienes jurídico-penales tradicionales y, por último, al sistema judicial a perseguir efectivamente y a condenar por la comisión de un "delito de peligro" sin esperar a que se haya producido un resultado lesivo para la vida, la salud o la propiedad.

Las críticas a la falta de efectividad y a la poca o nula aplicación judicial, siendo en alguna medida ciertas, no sirven para deslegitimar la intervención penal frente a estos riesgos. Ello es así por diversas razones, en primer lugar, en relación con la eficacia, porque no puede negarse que la intervención penal en ámbitos tan distintos como el tributario o el medio ambiente ha sido eficaz, lo que no excluye que pudiera serlo más y, sobre todo, mejor. Mejor porque es cierto que en estos delitos no siempre se están castigando penalmente las conductas más graves, lo que no es algo exclusivo de estos delitos pero que en ellos es especialmente criticable. Sin embargo, desde una perspectiva de prevención general negativa, su eficacia es innegable, por cuanto, mientras un "empresario" (abarcando con este término a los administradores, gerentes consejeros...) puede minimizar cualquier sanción, por elevada que sea, y contabilizarla como gasto o/y repercutida en el producto, es más difícil que asuman personalmente un proceso penal, cuanto más una condena.

Así mismo, tampoco puede menospreciarse su eficacia desde una perspectiva de prevención general positiva, por cuanto, su criticada naturaleza de Derecho penal simbólico sirve como reconocimiento de la importancia de los bienes protegidos.

---

<sup>14</sup> ALONSO ÁLAMO, M. Derecho Penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos. Revista Penal núm. 32. Julio 2013 pp. 23-40.



Siendo cierto que un precepto penal que sólo tiene un valor simbólico debe rechazarse, no lo es menos que el significado simbólico es positivo cuando confluye con otras funciones. En ese supuesto, la protección penal sirve al reconocimiento social de la importancia de ese concreto bien jurídico y con ello se produce una mayor sintonía entre las valoraciones sociales y las jurídicas. Por consiguiente, la función simbólica que tienen algunos de estos delitos contra bienes jurídicos supraindividuales no sólo no es criticable sino que es necesaria, siempre y cuando ésta no sea la única función que cumplan.

Respecto de la mayor o menor eficacia, atendiendo a la nula o cuasi nula aplicación judicial, no puede olvidarse dos factores esenciales al respecto. Primero que para la aplicación judicial de un nuevo delito no es suficiente con la creación de un nuevo precepto en el Código Penal, sino que son necesarios medios que permitan una investigación correcta de los hechos, en este sentido estaría la creación de Fiscalías anticorrupción o, actualmente, de Fiscalía en materia de seguridad en el trabajo. Segundo, que es necesario que los jueces conozcan, comprendan y sepan aplicar adecuadamente esos nuevos preceptos, respecto de los que se carece de una jurisprudencia consolidada. Al respecto habría que plantearse sino serían necesarios también Tribunales especializados, que no es lo mismo que Tribunales especiales, para conocer de determinadas materias fuertemente especializadas, como pueden ser las relativas al medio ambiente, societario, propiedad intelectual, propiedad industrial... En definitiva en la aplicación judicial o no de determinadas delitos confluyen muchos aspectos y la inaplicación no deslegitima por sí misma esos delitos sino que debería obligar a analizar las causas de esa inaplicación y sólo en el caso de que se advirtiera de la ineficacia o imposibilidad absoluta de su aplicación se justificaría su desincriminación. Al respecto es llamativo que los delitos contra la seguridad en el tráfico, de larga tradición en nuestro Código Penal, no hayan sido aplicados con normalidad hasta épocas muy recientes y que, por ejemplo los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo no comiencen a ser aplicados hasta fechas muy recientes, cuando la nueva regulación del Código Penal de 1995 es en realidad muchos más restrictiva que la prevista en el Código Penal de 1973.

También hay que recalcar que muchos de los problemas que suscita la incriminación de nuevas conductas provienen de la técnica legislativa utilizada, es decir, no sólo los aplicadores deben esforzarse sino que también el legislador debe crear tipos suficientemente concretos, sin caer en una técnica legislativa casuística, pudiendo, o debiendo recurrir en estos sectores de actividad, que son objeto de protección también en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, a la técnica de la ley penal en blanco que, correctamente utilizada, puede ser la más adecuada en estos casos. Así mismo, de *lege ferenda* sería conveniente la incriminación cerrada de la tentativa y reconsiderar los supuestos en los que está previsto el castigo de los actos preparatorios y de la comisión imprudente, especialmente cuando sucede en relación con delito de peligro.

Lo fundamental es que aun admitiendo que el “nuevo” Derecho penal pueda, en algunos casos, exceder los límites de un estado liberal, lo que no ofrece discusión es que

un Derecho penal de “tres velocidades” lesiona directamente los límites del estado democrático para el que, un valor esencial, es el principio de igualdad. Ello es así porque la consecuencia directa de esta concepción es la “legalización” de la existencia de ciudadanos de primera, segunda y tercera, por cuando, un estudio criminológico de las personas que cometen unas y otras clases de delitos así nos lo demuestra. Por el contrario, es preciso arbitrar medidas para evitar los posibles excesos y defectos del “nuevo” Derecho penal.<sup>15</sup>

## VII. CONCLUSIONES

1. El Derecho penal mínimo como modelo ideal de Derecho penal ha vuelto a traer a la palestra la discusión acerca de los medios para limitar el poder de punir, esta vez con nuevos interrogantes ya que los sistemas penales actuales no resuelven el problema que genera el delito en la sociedad actual con la pena privativa de libertad. La privación de libertad, no solo es un obstáculo para un tratamiento resocializador, sino que tiene además, efectos negativos contrarios a la resocialización. Las bases para una reducción del ámbito penal podríamos tenerlas en cuanto al objeto de protección (nos estaríamos refiriendo a los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal) y en cuanto a los sujetos activos del ilícito penal.
2. Descriminalizar no puede ser sino excluir una conducta del ámbito de la pena criminal, sin perjuicio de integrarla en otras esferas del derecho punitivo; mientras que despenalizar es erradicarla totalmente de éste. La despenalización implica la renuncia, por parte del Estado, a toda potestad y, por consiguiente, a toda competencia sancionadora, sin embargo, la problemática del cambio de competencia puede subsistir si subsisten consecuencias jurídicas no penales del la conducta despenalizada.
3. En todo caso se trata de anclar a premisas de orden constitucional la calificación del Derecho Penal como *extrema ratio* de tutela, delimitando el objeto de la intervención sancionadora penal a bienes o intereses de específica relevancia constitucional.
4. Desde el llamado Derecho Penal Mínimo se discute la legitimidad del control de riesgos por medio de la conminación a través de consecuencias penales y, en particular, de penas privativas de libertad, así como de la legitimidad de la intervención penal en la protección de los llamados “nuevos riesgos”. No obstante lo anterior, en una sociedad altamente tecnificada e industrializada como es la nuestra, en la que existen interacciones interpersonales anónimas crecientes, se tienen que cuestionar y redefinir dinámicamente los intereses

---

<sup>15</sup> CORCOY BIDASOLO, M. Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y Derecho Penal Mínimo. Cuadernos de Derecho Judicial. Núm. VIII/2007. Pp 18-20.

merecedores de tutela penal, por lo que, junto a bienes altamente personales, como la vida, la libertad sexual o el patrimonio, la sociedad occidental va asumiendo la necesidad de intervención penal para la prevención de “nuevos riesgos” que tienen su origen en la complejidad estructural de esta sociedad, en la que en la actualidad, puede afirmarse, que los ciudadanos, en general, no se cuestionan la necesidad de represión penal de los riesgos de tipo atómico, químico, ecológico, genético o socioeconómico.

5. La actual “sociedad de riesgo” ha hecho mella en las iniciales concepciones del Derecho Penal mínimo que lo han hecho trascender hacia posiciones más amplias, en las que éste no puede renunciar a la protección de los bienes jurídicos colectivos en tanto su funcionalización de bienes jurídicos individuales esto es, en tanto que aquellos, tengan siempre como referente un bien jurídico individual. No obstante, el peligro no es el único límite normativo respecto de lo que puede calificarse como riesgo típico, sino que en ello será determinante la idea de utilidad.
  
6. No se puede rechazar la tutela penal de los bienes jurídicos colectivos, pues ello implicaría desconocer las nuevas necesidades que surgen producto de la evolución social. Téngase en cuenta que el bien jurídico penalmente protegible está sujeto al cambio histórico y condicionado por las estructuras sociales o culturales de una comunidad y que ocupa un espacio y tiempos determinados. Lo que sí habrá de exigirse es una valoración de caso concreto, mediante el merecimiento y la necesidad de pena, para determinar si realmente nos hallamos ante un objeto dotado de un auténtico contenido material que justifique una protección jurídica reforzada es decir que, para su protección jurídica se requiera de la actuación penal.