

PROF. MIRENTXU CORCOY BIDASOLO. LEGITIMIDAD DE LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICO-PENALES SUPRAINDIVIDUALES. 89-120. REVISTA CENIPEC. 30. 2011. ENERO-DICIEMBRE. ISSN: 0798-9202

PROF. MIRENTXU CORCOY BIDASOLO

**LEGITIMIDAD DE LA PROTECCIÓN DE BIENES
JURÍDICO-PENALES SUPRAINDIVIDUALES.**

Recepción: 16/03/2011.

Aceptación: 20/05/2011.

Prof. Mientxu Corcoy Bidasolo
UNIVERSIDAD DE BARCELONA
BARCELONA - ESPAÑA
mcorcoy@gmail.com

Resumen

El Derecho penal asume la protección de “nuevos riesgos”, a través de los denominados delitos de peligro, en el ámbito socioeconómico, en la protección de los consumidores, el medio ambiente, la seguridad en el trabajo o la seguridad vial. Ante esta situación un sector doctrinal adopta una postura crítica, deslegitimando la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales, sin aportar soluciones válidas, de *lege lata*. En este trabajo, a partir de la existencia de preceptos de esta naturaleza, se propone una interpretación que conjugue el respeto de los límites a la intervención penal, derivados de los principios y garantías propias del Derecho penal, con la constatación, de la concurrencia de lesividad *ex post*, en base a la afectación del bien jurídico-penal supraindividual protegido.

Palabras clave: lesividad, ultima ratio, fragmentariedad, subsidiariedad, exigibilidad, peligro, riesgo permitido.

The legitimacy of the protection of supra-individual legal-penal interests.

Abstract

Criminal law assumes the responsibility for protecting against “new risks” through so called crimes of danger in the socioeconomic sphere, consumer protection, the environment, workplace safety and road safety. In relation to this domain, doctrinal work adopts a critical posture, delegitimizing the protection of supra-individual legal-penal interests without providing any *lege lata* solutions. The present article draws on the existence of precepts of this kind to propose an interpretation which integrates the respect for the limits of penal intervention, derived from the principles and guarantees that are inherent to criminal law, and the verification of the occurrence of ex post harm, involving the supra-individual legal-penal interest that is protected.

Key words: harm, ultima ratio, fragmentariness, subsidiary condition, accountability, danger, permitted risk.

Légitimité de la protection des biens juridico-pénaux supra-individuels.

Résumé

Le droit pénal assume la protection de « nouveaux risques », et pour cela il se sert des délits dits de danger, relevant du domaine socio-économique et visant la protection des consommateurs, de l'environnement, de la sécurité de l'emploi ou de la sécurité de la route. Vis-à-vis de cette situation, une partie du secteur doctrinal adopte une posture critique, laquelle délégitime la protection des biens juridico-pénaux supra-individuels, sans apporter pour autant de solutions valides, de *lege data*. Dans notre travail, nous proposons une interprétation combinant le respect des limites de l'intervention pénale, dérivés des principes et des garanties propres au droit pénal et la constatation de la concurrence d'une atteinte *ex post*. Cette interprétation est faite à partir de l'existence des préceptes du droit pénal confirmant l'affectation du bien juridico-pénal protégé.

Mots clés: lésion d'un droit, ultima ratio, qualité fragmentaire, qualité subsidiaire, exigibilité, danger, risque permis.

Legitimidade da proteção de bens jurídico-penais supra individuais.

Resumo

O direito penal assume a proteção de “novos riscos”, através dos denominados delitos de perigo, no âmbito socioeconômico, na proteção dos consumidores, o meio ambiente, a segurança no trabalho ou a segurança nas estradas. Frente esta situação, um setor doutrinal adota uma postura crítica, deslegitimando a proteção de bens jurídico-penais supra individuais sem aportar soluções válidas, de *lege lata*. Neste trabalho, a partir da existência de preceitos desta natureza, se propõe uma interpretação que combine o respeito dos limites à intervenção penal, derivados dos princípios e garantias próprias do Direito penal, com a constatação, da concorrência de lesividade *ex post*, com base na afetação do bem jurídico-penal supra individual protegido.

Palavras chave: lesividade, ultima ratio, fragmentariedade, subsidiariedade, exibibilidade, perigo, risco permitido.

Introducción.

La legitimidad del control de riesgos por medio de la conminación, a través de consecuencias penales, en particular, de penas privativas de libertad, es el punto de partida de la discusión en la dogmática penal actual, con posturas aparentemente irreconciliables. La cuestión se plantea, en última instancia, a partir de cuestiones de legitimidad de la intervención penal en la protección de los llamados “nuevos riesgos”. En lo esencial, aun cuando han surgido también posicionamientos intermedios, dichas posturas antagónicas se concretan, por un lado, en las tesis de quienes defienden la legitimidad de la intervención penal únicamente en la medida en que se circunscriba al ámbito propio de un Derecho penal mínimo, reducido al Derecho penal tradicional o *clásico*¹, es decir, a un Derecho penal nuclear –*Kernstrafrecht*-. En el reverso se encuentran las tesis que aceptan la legitimidad de la intervención penal en nuevos ámbitos de actividad social, en sectores en los que el referente supraindividual², está en un primer plano, aceptándose la legitimidad del llamado Derecho penal accesorio (*Nebenstrafrecht*) postulando a favor de tesis garantistas, tesis que en gran medida son las que se adoptan en este trabajo³.

Históricamente, desde fines del S. XIX y hasta el primer cuarto del S. XX, en la legislación penal alemana, junto al StGB für das Deutsche Reich de 1871, ha existido una extensa legislación penal accesorio. En esos momentos el concepto que se empleaba por la dogmática alemana no era

¹ En este sentido, las posturas más representativas serían las propuestas por, Hassemer, “Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno”, (trad. Elena Larrauri), ADPCP 1992, p. 235 ss.; Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., revisada y ampliada, Ed. Civitas, Madrid, 2001.

² Aun cuando en este contexto es usual la utilización del término “colectivo” como análogo a “supraindividual”, entiendo que el uso del término “colectivo” puede dar lugar a confusión al interpretarse como derecho de un determinado colectivo. Por el contrario, en este contexto cuando me refiero a supraindividual me refiero a un valor o interés de todos los ciudadanos no de colectivos.

³ En este sentido, con diversos matices, se manifiestan, entre otros, Ferrajoli, *Derecho y razón*, 2ª ed. Ed. Trotta, Madrid, 1997; Gracia Martín, “¿Qué es la modernización del Derecho Penal?”, en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002; Martínez-Buján Pérez, “*Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídicos penales (especial referencia al ámbito económico)*”, en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

el de *Nebenstrafrecht*, sino el de «leyes penales accesorias» (*strafrechtlichen Nebengesetze*), contraponiéndose así al Derecho penal del Código -y a algunas otras leyes penales- consideradas principales. Muy especialmente, tras la Primera Guerra Mundial, reclamada la necesidad de intervención del Estado en la vida social surge, en las legislaciones penales europeas -a reflujos de la alemana-, un fenómeno de incriminación de conductas caracterizadas “porque en la conciencia de los particulares se conciben como neutras”, al no existir, desde el punto de vista ético-valorativo, una clara conciencia de su antijuricidad social. De este modo, cuando se analiza el contenido material de las distintas leyes penales, junto al Derecho penal nuclear, surge la idea de un Derecho penal accesorio, conceptualizado como Derecho penal administrativo desde el momento en que lo que se sanciona es la violación de reglamentaciones administrativas que tienen una cierta trascendencia en el plano económico, y así -materialmente- el concepto de «Derecho penal accesorio» puede utilizarse para aludir a los delitos que, con independencia de que se ubiquen en el Código penal o en Leyes penales especiales, van referidos a un sector de actividad en el que, generalmente, ya existe una previa actividad de control, por parte de las autoridades administrativas.

La doctrina alemana actual, de forma unánime, sigue utilizando el criterio formal para aludir al Derecho penal accesorio. Así, se entiende por *Nebenstrafrecht* todos aquellos preceptos penales que se contienen fuera del StGB, en leyes especiales, con independencia de su contenido. Por tanto, con el significado que actualmente posee el Derecho penal accesorio en Alemania, no puede afirmarse que se corresponda únicamente con el Derecho penal económico, ni que se trate en todo caso de conductas ético-valorativamente neutras. A la par parece justificado afirmar que el Derecho penal accesorio materialmente alude a ámbitos en los que existe una previa actuación normativa por parte de las respectivas autoridades administrativas. En suma, el concepto de Derecho penal accesorio -*Nebenstrafrecht*-, en sentido formal, se opone al concepto de Derecho penal principal -*Hauptstrafrecht*-, mientras que desde un punto de vista material se contrapone al de Derecho penal nuclear -*Kernstrafrecht*.

En relación con estos dos contenidos o/y acepciones del Derecho penal se ha planteado la cuestión referida a si la diferencia entre el Derecho penal nuclear y el Derecho penal accesorio es cualitativa o cuantitativa. La respuesta

que se dé a esta pregunta, como apunta Hassemer⁴ no depende tan sólo de cuestiones de naturaleza sistemático-jurídica, sino que obedece también a otras de naturaleza político-jurídica, por cuando está conectado con decisiones políticas. Esto evidencia que el Derecho penal accesorio, en sentido material, tiene, junto a un significado de origen histórico, otro de corte ideológico que tiene que ver con consideraciones de política-criminal relativas al bien jurídico y a la relevancia y significado ético-social. Así, con la expresión Derecho penal accesorio se quiere aludir a aquellos ámbitos sobre los que se discute la legitimidad de la intervención penal.

Bajo la superficie de esta dialéctica conceptual laten otro tipo de tensiones. En efecto, el Derecho penal nuclear se concibe como el Derecho penal de los bienes jurídico-penales altamente personales, protegido mediante tipos configurados como delitos de lesión. Por su parte, el Derecho penal accesorio toma como referente, como *ratio* de tutela, a los bienes jurídico-penales supraindividuales, utilizando, como recurso de técnica legislativa lo que se denomina delito de peligro y, en general, recurriendo, formalmente a la técnica de la ley penal en blanco o materialmente, a través de la introducción de elementos normativos. En particular, junto al déficit de legitimidad, se ha criticado la merma de garantías que supone el recurso legislativo a los delitos de peligro. Desde esta perspectiva la cuestión debe resolverse a partir de comprender el significado real del concepto “delito de peligro”. Esta modalidad delictiva recibe su denominación en atención a que, con la realización de la conducta típica, los bienes jurídico-penales individuales se ponen en peligro pero no se lesionan, es decir, a su conceptualización como “adelantamiento de la barrera de protección”. En consecuencia, el punto de partida sería determinar si lo que se pretende proteger es el bien jurídico-penal individual o, por el contrario, es el bien jurídico-penal supraindividual. Si lo que se protege directamente es el bien jurídico penal supraindividual, con la realización de la conducta típica debe probarse que resulta efectivamente lesionado –afectado-, por lo que carece de sentido su caracterización como “delitos de peligro”. A *sensu* contrario, de entenderse que sólo es legítimo proteger bienes jurídico-penales individuales habría que afirmar que la

⁴ “*Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*”, (trad. Elena Larrauri), ADPCP 1992, p. 235 y ss.

técnica legislativa de los delitos de peligro no está legitimada en ningún caso, por infringir el principio de lesividad, al adelantar de forma desproporcionada las barreras de protección.

1.- Principio de exclusiva protección de bienes jurídico-penales.

Por consiguiente, la discusión se concreta, en la doctrina penal, en la legitimidad o ilegitimidad de la protección penal de bienes jurídicos supraindividuales que, a su vez, se debe encuadrar en el marco de la sociedad del riesgo o, al menos, compleja⁵, en la que nos encontramos inmersos en los albores del S. XXI⁶. Así como de las consecuentes nuevas necesidades, nuevos valores y nuevos problemas de los miembros de esta sociedad que, aun cuando en algunos aspectos no se conciba como “sociedad del riesgo”, al menos hay que calificarla como “sociedad compleja”. En una sociedad altamente tecnificada e industrializada como es la nuestra, en la que existen una serie de relaciones de interacción interpersonales anónimas crecientes, se tienen que ir cuestionando y redefiniendo dinámicamente los intereses merecedores de tutela penal. 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 estas sociedades. En principio, no 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, por enumerar algunos ejemplos⁷.

⁵ El concepto de “sociedad del riesgo”, acuñado por BECK, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Ed. Paidós, Madrid, 2008 (1ª edición alemana: *Risikogesellschaft. Auf den Wege in eine andere Moderne*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt am Main 1986, ha sido objeto de críticas, en el sentido de que no hay un mayor riesgo objetivo actualmente, sino que se trata de una sensación subjetiva, por ejemplo, por parte de Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, cit., me lleva a sumar a la idea de “riesgo” la de “complejidad”.

⁶ Cfr. Schünemann, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Ed. Universidad Externado de Colombia, p. 14 ss; Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2003, p. 22 ss., entienden que el Derecho penal no puede seguir anclado en el S. XIX y que debe adecuarse a los valores y circunstancias del S. XXI.

⁷ Las graves catástrofes de Chernobil, Doñana, Prestige, Colza, Contergan, Madoz, Lehman Brothers..., ponen de manifiesto la realidad de los riesgos que se producen en la actualidad y que afectan ámbitos tan diferentes como los son el medio ambiente, la salud pública o la economía.

Frente a esta percepción se alzan voces, entre las que destaca las que provienen de la denominada Escuela de Frankfurt⁸, a cuya cabeza se encuentra Hassemer, que entienden que en tales circunstancias el Derecho penal deviene *soft law*. El Derecho Penal –dicen⁹– se ha convertido en un medio de solución de conflictos que no se percibe distinto, por su aptitud y peligrosidad, de otros medios de solución de conflictos: de esta manera el Derecho penal deviene *simbólico*. A partir de estas críticas, Hassemer plantea soluciones concretas: la reducción del Derecho penal a su núcleo mínimo – *Kernstrafrecht*–; pero asumiendo que, en tanto que el Derecho penal no puede hoy renunciar a los bienes jurídicos colectivos, debe operarse una funcionalización en atención a bienes jurídicos individuales y describirse éstos del modo más preciso posible. En definitiva, su propuesta pasa, en todo caso, por la protección de bienes jurídico-individuales de forma directa o de forma indirecta, cuando se protejan los colectivos (o universales en su propia terminología) en tanto éstos deben tener siempre como referente un bien jurídico individual. De ser de otro modo el Derecho penal simbólico se corresponderá con «*la representación de inseguridad global en una sociedad de riesgo y tendrá una función de engaño*».

Desde estas posturas la caracterización de la protección de bienes jurídicos supraindividuales como Derecho penal simbólico pone en entredicho la legitimidad de la intervención penal en estos ámbitos, a partir de negar su eficacia, en base a la poca aplicación judicial de determinados tipos delictivos o/y a su aplicación en supuestos que, en comparación con otros de la misma naturaleza que no son perseguidos, deberían clasificarse como “delitos bagatela”. Esta aseveración debe ponerse en cuestión, por cuanto, la inaplicación o la incorrecta aplicación del Derecho, y, en concreto, en estos casos del Derecho penal, no se debe a la naturaleza de estos delitos sino a

O el caso de la central de Fukushima en Japón, que en los momentos que escribo esta nota, se encuentra en una situación límite, con alta radiación y posibilidad de fusión de los reactores, como consecuencia del terremoto y posterior maremoto, que tuvo lugar el 11 de marzo de 2011.

⁸ Al respecto es ilustrativo el libro, A.A.V.V., *La insostenible situación del derecho penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt/Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, Ed. Comares, Granada 2000. Sobre esta obra, vid. Arroyo Zapatero/Neumann/Nieto Martín (coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurth*, Cuenca, 2003.

⁹ Hassemer, ADPCP 1992, p. 235 y ss.

la falta de voluntad política de perseguir realmente estas conductas, dotando de medios adecuados a las instancias encargadas de perseguirlos. No se acaba de comprender el por qué estas conductas pueden controlarse más eficazmente a través del Derecho administrativo y/o mercantil, cuando en la aplicación de estas áreas jurídicas se utilizan conceptos eminentemente formales, mientras que el Derecho penal actúa a través de conceptos y criterios materiales. Interpretación material que posibilita desenmascarar situaciones en las que las formalidades del Derecho mercantil o administrativo se han utilizado para delinquir¹⁰.

Tampoco pueden admitirse, sin ulteriores consideraciones, las críticas que, desde las posturas que defienden el Derecho penal mínimo, se vierten en el sentido de que una intervención efectiva del Derecho penal en al ámbito de los nuevos riesgos comporta una merma de las garantías inherentes al Estado de Derecho. Puede afirmarse que la situación es exactamente la contraria, puesto que, desde esas posiciones se propugna, como solución a la pretendida dialéctica entre garantismo y eficacia, la creación de un modelo de «Derecho de la intervención» que

... esté situado entre el Derecho penal y el Derecho contravencional, entre el Derecho civil y el público, y que ciertamente dispondría de garantías y procedimientos reguladores menos exigentes que el Derecho penal, pero que a cambio estaría dotado de sanciones menos intensas frente a los individuos¹¹.

En una línea diferenciada, Silva¹², propone un Derecho penal de “dos velocidades”, en el que la primera se correspondería con el Derecho Penal nuclear, en el que se mantendrían todas las garantías, mientras que en la segunda las garantías podrían relajarse y en contraprestación no estarían previstas penas privativas de libertad. A estas dos “clases” de Derecho penal

¹⁰ No obstante, la situación que se está consolidando en la doctrina jurídico-penal es la opuesta puesto que se tiende a una interpretación formal del Derecho penal a través de conceptos tales como peligro estadístico o *rol* y al olvido del principio de lesividad. Situación que se pone de manifiesto en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuya justificación contrasta con lo que sucede en la doctrina mercantil en la que el “levantamiento del velo” en el criterio generalizado.

¹¹ Cfr. Hassemmer, ADPCP 1992, p. 235 ss.

¹² Silva, *La expansión del Derecho penal* (cit).

habría que añadir una tercera, el llamado “Derecho penal del enemigo”¹³, en cuyo caso no sólo se disminuyen las garantías sino que éstas desaparecen al entender que las personas a las que se les aplica este Derecho penal no son ciudadanos y, por consiguiente, no son titulares de derechos.

Puede advertirse fácilmente que, como se señalaba al inicio del apartado, estas propuestas, a través de un cambio de etiquetas, lo que promueven es la existencia de tres clases de Derecho penal que se corresponden con tres “clases” de ciudadanos, de primera de segunda y de tercera. Ello es así porque los ilícitos que se consideran no deben incluirse en el Derecho penal nuclear, son conductas que sólo pueden ser cometidas por quiénes tienen poder y/o dinero. En general, sólo los ciudadanos con capacidad económica y/o en situación de poder, pueden cometer delitos fiscales, societarios, contra el medio ambiente, de corrupción. . . Propuesta común, entre quiénes defienden estas tesis, es que, en estos casos, no es adecuada la aplicación de penas privativas de libertad. Cuando, desde una perspectiva criminológica y político-criminal, es precisamente en estos supuestos cuando la única sanción que tiene eficacia preventiva es la privación de libertad o, en todo caso, que la sanción carente de eficacia preventiva es la multa, que es la que proponen. Estas afirmaciones se confirman a través de la continua incorporación, en los diferentes ordenamientos jurídicos, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bajo la aparente voluntad de proteger a la sociedad de los riesgos derivados de la actividad empresarial, como veremos, se esconde la voluntad de que la responsabilidad penal recaiga sobre la persona jurídica y no sobre la física. Con ello se acentúa, si cabe en mayor medida la existencia de “ciudadanos de primera” puesto que no sólo no les será impuesta una pena privativa de libertad sino que ni tan siquiera serán imputados en un proceso penal o, en todo caso, no serán condenados.

Por consiguiente, para resolver la cuestión del “aseguramiento del futuro con los medios del Derecho penal”, proponemos aquí una “tercera vía”¹⁴, sin que ello obedezca a una concepción del Derecho penal puramente funcionalista,

¹³ Este término ha sido acuñado por Jakobs. Sobre este concepto, vid., Pritwitz, “*Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del Derecho penal?*”, en *Política criminal en Europa* (Dir. Mir/Corcoy; Coord. Gómez), Ed. Atelier, Barcelona 2004, p. 107 ss.; Jakobs/Cancio, *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Ed. Thomson/Civitas, Madrid 2006.

¹⁴ En la línea propuesta por Stratenwerth, *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts*, ZStW (105) 1993.

recomendando ir más allá de la protección de bienes jurídicos anclada en el pensamiento antropocéntrico, protegiendo jurídico-penalmente “normas de conducta sin retroreferencia a intereses individuales”. La nueva dogmática penal debe ir en esta dirección y, sin olvidar los principios garantistas, servir a los intereses predominantes de la actual sociedad. Sin “retroreferencia a intereses individuales” sólo implica que, desde una perspectiva de tipicidad penal, no hay una relación ni mediata –en la línea de su consideración como bienes jurídicos intermedios¹⁵–, ni inmediata con los bienes jurídico-penales individuales. La autonomía de los bienes jurídico-penales supraindividuales no excluye que, en cuanto se concibe el bien jurídico-penal como “intereses predominantes en la sociedad”, sólo podrán ser calificados como tales y, en consecuencia legitimada la intervención penal para su protección, aquéllos que sirvan al mejor desarrollo personal de cada uno de los individuos que la conforman.

La legitimidad de la intervención penal no debe decidirse exclusivamente a partir de los principios de subsidiariedad y *ultima ratio*, sino que también debe atenderse al principio de fragmentariedad, en cuanto sólo deberán castigarse las conductas especialmente graves en relación con cualquier bien jurídico-penal¹⁶ y, en consecuencia, la delimitación entre las conductas típicamente-relevantes y aquellas que sólo pueden calificarse como ilícito civil o mercantil, debe plantearse también respecto de bienes jurídico-penales individuales tan “clásicos” como pueden ser la intimidad, el honor o la propiedad. No deja de sorprender que un amplio sector de la moderna doctrina alemana, italiana y española defienda un “Derecho penal nuclear”, en el que se excluye de la intervención penal los riesgos que a los ciudadanos le parecen más graves, como son la mayoría de los mencionados como “nuevos riesgos” –seguridad en tráfico, medio ambiente, delincuencia fiscal, corrupción. . . -, pero sin que exista apenas discusión acerca de si el hurto o los ataques a la propiedad intelectual, por insignificantes que sean, deben seguir recibiendo protección penal, por enunciar únicamente dos ejemplos.

¹⁵ Cfr. Mata y Martín, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Ed. Comares, Granada, 1997.

¹⁶ Sobre el significado del principio de subsidiariedad y fragmentariedad, vid. Mir, *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2008.

Ello no sólo es así sino que ninguno de los autores que tan críticamente han llamado la atención sobre la instrumentalización del “nuevo” Derecho penal con fines políticos o sobre que infringe los límites del Derecho penal liberal...¹⁷, no se han manifestado de igual forma frente a la actual tendencia político-criminal de incriminar exponencialmente el llamado Derecho penal “clásico”, sin respeto alguno del principio de igualdad y proporcionalidad¹⁸. Al respecto es necesario poner de relieve que hoy día no puede fundamentarse la ilegitimidad de la intervención en los nuevos ámbitos en base a que en la *conciencia de los particulares* estos riesgos- medio ambiente, tráfico, trabajo, consumo...- se conciben como “*neutrales desde el punto de vista ético-valorativo*”, ni que no exista “*una clara conciencia de antijuricidad social*”, ni que tengan una “*valoración ético-social neutra*”. Estas afirmaciones podían ser válidas en el S. XIX e, incluso, en gran parte del S. XX, pero no en las últimas décadas del S. XX y menos aun en el S. XXI. Por consiguiente, la cuestión de la legitimidad de la intervención penal debe estar sujeta a constante revisión de todas las figuras delictivas: los principios limitativos del *Ius puniendi* deben operar necesariamente en la totalidad del sistema penal, ya se trate del derecho penal del homicidio, de los delitos contra intereses patrimoniales, o del derecho penal medioambiental. El Derecho es el instrumento adecuado para valorar los límites que deben establecerse respecto de los riesgos tolerados, y será el Derecho penal el instrumento adecuado para sancionar la superación de los valores límites de estos riesgos¹⁹.

Desde esta perspectiva, la denominación “delitos de peligro” puede aceptarse sólo en tanto en cuanto es un término asentado en el Derecho penal y que

¹⁷ Ejemplo de estas críticas al “nuevo” Derecho Penal, en Mendoza, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.

¹⁸ Claro ejemplo de la grave situación que se está suscitando, en esta dirección, lo encontramos, entre otras modificaciones del Código penal de 1995, en las recientes LO 7/2003, 11/2003, 15/2003 y 5/2010, que vulneran gravemente estos principios.

¹⁹ Cfr. Kindhäuser, “*Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal*” (trad. Nuria Pastor) *InDret* 1/2009, Barcelona. Este autor maniente la tesis de que no puede afirmarse que existan otros bienes jurídicos que los individuales y lo que sucede es que éstos son afectados en su seguridad cuando se realiza un delito de peligro. Creo que esta postura, aun cuando el autor niega que con ello se justifica cualquier delito de peligro por la amplitud que tiene el concepto de seguridad, la realidad es que tener como único referente la seguridad de los bienes jurídicos personales, unido en su concepción a la confianza en el legislador democrático, no aporta criterios para diferenciar entre antijuricidad formal y material.

permite, a su vez, distinguir entre delitos de peligro abstracto y concreto. Ello es así porque sólo se les puede calificar como “delitos de peligro” si se ponen en relación con otros delitos en los que el bien jurídico-penal protegido es individual, es decir, se conciben como adelantamientos de la barrera de protección, en terminología clásica, respecto de la vida, la salud o la propiedad²⁰. Desde la postura aquí defendida sólo es aceptable el término delito de peligro desde la referencia al libre desarrollo de la personalidad pero no en atención al bien jurídico penal supraindividual protegido, respecto del cual debe probarse su lesión. Para algunos la falta de lesividad de estas modalidades delictivas proviene de que son “delitos de acumulación”, por que sólo representan un peligro relevante, en cuanto idóneos para lesionar, cuando se repiten²¹. Pienso que esta afirmación es discutible o, al menos, podemos afirmar que para la destrucción del bien jurídico, excepto en el homicidio, también es necesaria la repetición de conductas de esa clase. ¿Es que siempre que se lesiona a una persona pierde la salud? ¿es que a quién le estafan, le roban... , en general, pierde su patrimonio? ¿es que a quién se le descubren determinados aspectos de su vida íntima le “desaparece” la intimidad?... Lo que sucede es que, repito, excepto en el homicidio, la lesión del bien jurídico penal, tanto en los delitos en los que se protegen bienes jurídico-penales individuales como en aquéllos en los que se protegen otros supraindividuales, la lesividad no implica la destrucción del bien jurídico sino su afectación²².

2.- Principio de intervención mínima.

La configuración de nuestra sociedad como “sociedad del riesgo” también es puesta en entredicho por quiénes niegan la legitimidad de la intervención penal para la protección de los llamados sectores de riesgo, como pueden ser la seguridad de los trabajadores, seguridad en el consumo, el medio ambiente...²³. En esta dirección se ha afirmado que el riesgo al que se

²⁰ Un amplio sector de la doctrina alemana y española son críticos antes los denominados delitos de peligro por considerar que su contenido de injusto y culpabilidad no justifican una pena, así, por ejemplo, Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991; Mendoza, *El derecho penal*, cit..

²¹ Silva, *La expansión del Derecho penal* (cit).

²² Corcoy, *Delitos de peligro* (cit.); Martínez-Buján, *Libro Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir* (cit).

²³ Curiosamente en la actualidad ya no se discute la intervención penal en la protección de la seguridad en el tráfico. Y digo “curiosamente” porque es el único sector de riesgo en el que para

refieren es únicamente “subjetivo”, por cuanto, cada vez se vive más años y en mejores condiciones y que, en consecuencia, ese riesgo es sólo un “peligro subjetivo”, en cuanto se percibe así por el ciudadano medio o se lo hace sentir así los medios de comunicación²⁴. Al respecto es necesario señalar que “riesgo” es un “peligro” que se puede y debe evaluar, en cuanto se puede y debe conocer y que, en consecuencia, se puede y debe controlar. Por ello, estaremos de acuerdo en que los factores que caracterizan la sociedad actual como “sociedad del riesgo” no se basan en la existencia de un mayor peligro objetivo, en cuanto esperanza de vida y salud, sino en que han cambiado, esencialmente, dos circunstancias. Antes: a) Los peligros que existían y existen, se prevenían-conocían en abstracto pero no se podían y, en su caso, debían prever-conocer, en concreto; b) En la medida en que se conocían difícilmente se podían controlar y, en consecuencia, no se podía exigir su control. Hoy día: a) Muchos de esos peligros se perciben como riesgos porque hay personas que los conocen, o los pueden conocer, con relativa exactitud, pero no todos los ciudadanos; b) Los riesgos que esas determinadas personas pueden conocer son los que se pueden controlar por esos ciudadanos pero no por el ciudadano medio. Esos “peligros” que se pueden conocer y controlar es lo que denominamos “riesgos” y son los que se puede exigir que sean controlados por quiénes, en las concretas circunstancias, están obligados a ello y es, en el caso de que incumplan gravemente ese deber de controlar, cuando el Derecho penal está legitimado para intervenir.

A efectos penales, por consiguiente, el peligro objetivo sólo tiene relevancia penal cuando puede ser calificado como riesgo. Es decir, el peligro, en cuanto riesgo con relevancia penal, no tiene una naturaleza causal-naturalística sino normativa. A efectos de imputación objetiva de un resultado de peligro o de lesión a una conducta peligrosa hay que distinguir entre la situación de riesgo -grado de peligro normativo penalmente relevante- y juicio de peligro. Dicho peligro normativo se concibe como “probabilidad de lesión de un bien jurídico-

ser “autor” no se necesita una especial capacidad económica ni social, por cuanto “cualquiera” tiene acceso hoy día a conducir un vehículo.

²⁴ Cfr. Silva, “Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 I y II”, *La Ley* 1997, p. 3; el mismo, “Crítica a los principios inspiradores del pretendido “Derecho penal europeo”. En sentido similar, Mendoza, *El derecho penal* (cit).

penal”, debiendo suponer dicha probabilidad una entidad rayana en la seguridad de lesión para que se pueda aceptar la legitimidad de la incriminación de esta conducta. Por otra parte, hay que tener en cuenta, en la valoración de dicha probabilidad, otras variables como la entidad del bien jurídico-penalmente protegido o la ponderación de la utilidad social de la actividad en cuestión. A resultas de todo ello, para calificar una conducta como peligrosa, desde una perspectiva penal, habrá que verificar la probabilidad de lesión en el caso concreto –evaluación del riesgo- atendiendo a los bienes jurídico-penales potencialmente puestos en peligro y al ámbito de actividad donde se desarrolla esa situación. Y ello con independencia de la posibilidad de evitación de la lesión por el autor. La situación de peligro *ex ante* opera como límite a la actuación incriminadora del legislador: la legitimidad del castigo de conductas peligrosas está vinculada al respeto a dichos límites axiológicos. Sólo en la medida en que se incriminen conductas con suficiente peligrosidad normativa, en abstracto, se respetarán los postulados del Estado de Derecho, en particular, el principio de intervención mínima y *ultima ratio* del Derecho Penal.

La gravedad del riesgo no es el único límite normativo respecto de lo que puede calificarse como riesgo típico, por cuanto al respecto es determinante la idea de utilidad. El riesgo permitido está íntimamente relacionado con la idea de utilidad social, esencial a la hora de establecer una frontera entre los riesgos permitidos y los jurídico-penalmente relevantes. Ello no implica una concepción del Derecho penal estrictamente utilitarista, por cuanto, la utilidad del riesgo no servirá para excluir su relevancia penal cuando ese riesgo pueda ser evitado o controlado con un coste asumible. En este sentido, adquieren una especial relevancia los avances tecnológicos, por cuanto un riesgo dejará de ser permitido cuando existan medios no excepcionales para controlarlo. Es indudable que en este planteamiento subsiste un importante componente valorativo, por cuanto, será necesario decidir sobre la excepcionalidad o normalidad del medio necesario para controlar un determinado riesgo. En este punto son de gran utilidad las normativas sectoriales de seguridad, sin que ello suponga que el deber de control del riesgo, desde una perspectiva penal, sea equiparable, sin una

posterior valoración, al cumplimiento o incumplimiento de una norma extrapenal²⁵. Ello es así porque mientras las normas sectoriales tratan de prevenir, en abstracto, hipotéticos riesgos, la norma penal lo hace (o debería hacerlo) siempre en concreto, es decir, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso.

Un problema específico, en relación con la exigibilidad del control de riesgos, y su consecuente configuración como riesgo permitido, o, por el contrario, como riesgo típico, se suscita en relación con aquéllos derivados de la investigación. La investigación implica riesgos pero al mismo tiempo es necesaria para el avance de la sociedad. Siendo los beneficios de la investigación indiscutibles, también lo son los riesgos que implica y, por consiguiente, debe ser, conjuntamente, la comunidad científica, la Administración y la propia sociedad quienes establezcan los límites de aquélla²⁶. Así, por ejemplo, en el ámbito de la Biotecnología, uno de los ámbitos en los que la investigación más avanza y que, al mismo tiempo, más miedos provoca, la Convención sobre Derechos Humanos y Bioética, de 4 de abril de 1997, establece, en su art. 28, que los Gobiernos firmantes deben velar para que

... las cuestiones fundamentales planteadas por el desarrollo de la biología y de la medicina sean debatidas públicamente y de manera adecuada, atendiendo en particular a las correspondientes aplicaciones médicas, sociales, económicas, éticas y jurídicas y porque sus posibles aplicaciones sean objeto de obligada consulta.

Que deben existir límites no obsta para advertir que la producción y creación científica constituye un derecho fundamental recogido en la Constitución, art. 20. 1. b), y que los poderes públicos, de acuerdo con el art. 44. 2. CE, deben promover la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.

²⁵ Sobre la distinción entre deber de cuidado y regla técnica, Corcoy, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. Barcelona, 2ª ed. Ed B de F, Buenos Aires, 2005.

²⁶ Corcoy, "Límites y controles de la investigación genética. La protección penal de las manipulaciones genéticas", en *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001.

En relación con los límites objetivos a la exigencia de control de riesgos tiene, por último, una especial importancia la idea del consentimiento. Al respecto la pregunta sería: ¿existe deber de controlar un riesgo asumido por la persona que se encuentra en peligro? La respuesta será: cuando la conducta arriesgada es imputable a la víctima el comportamiento es atípico. No obstante, esta irrelevancia no se produce en virtud de un permiso de riesgo genérico, como el que ofrece el riesgo permitido, sino en virtud de la existencia de un consentimiento válido en ese riesgo concreto²⁷. En el nivel del riesgo permitido, sólo se incluye el consentimiento cuando supone una autopuesta en peligro que genera una situación de conflicto entre la libertad y la seguridad. La eficacia del consentimiento, como criterio restrictivo del peligro objetivo en cuanto idóneo, dentro del nivel del riesgo permitido, surge a partir del interés que fundamenta la permisión del riesgo: la voluntad de una persona de ponerse en peligro, su derecho al ejercicio de la libertad y, más en concreto, el derecho al libre desarrollo de la personalidad²⁸. El consentimiento sólo puede constituir riesgo permitido cuando el peligro afecta al bien jurídico -o los bienes jurídicos- de un sujeto y, éste, en ejercicio de su derecho a la libertad, consiente en el peligro²⁹. Sólo en ese caso el consentimiento restringe el tipo y además se suscita un conflicto de intereses que han de ser ponderados. En las actividades deportivas, junto a la valoración sobre su utilidad social, que debe ser puesta en relación con el grado de peligro que implica cada deporte, la permisión de la actividad requiere como presupuesto el consentimiento de los participantes³⁰. En definitiva, la consecución de seguridad sólo está justificada cuando sirve a la libertad, no tiene sentido cuando la restringe. No puede, tal y como se plantea en la actualidad, contraponer libertad y seguridad. La búsqueda de la seguridad sólo es legítima cuando sirve al ejercicio de la libertad.

²⁷ Cancio, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998.

²⁸ Corcoy, "Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico", en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Ed. Comares, Granada, 1999.

²⁹ Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Berlín 1991.

³⁰ Frisch, *Tatbestandmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg 1989.

3.- Principio de culpabilidad y exclusión de la responsabilidad objetiva.

Como venimos señalando, el peligro, en cuanto concepto extra-penal, es el punto de partida o indicio que debe servir para fundamentar y legitimar después la atribución de relevancia penal de un determinado riesgo. Una de las metas es encontrar un concepto de riesgo propio del Derecho Penal, que trascienda su ámbito de operatividad a los tradicionales delitos de resultado (imputación objetiva, tentativa, justificación, error...). En este contexto la idea de exigibilidad es esencial ya que, en tanto en cuanto en Derecho Penal rige el principio de responsabilidad subjetiva, los únicos peligros que pueden llegar a ser relevantes para el Derecho penal serán aquéllos que debían ser conocidos y controlados por el sujeto en cuyo ámbito de dominio se encuentran. Por ello, por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad por el producto no sería legítimo considerar jurídicopenalmente relevante un riesgo desconocido, atendiendo al estado de los conocimientos científicos vigentes en el momento en que se fabricó o distribuyó el producto, en sentido contrario a lo que sucede en Derecho civil, donde cabe exigir responsabilidad por riesgos desconocidos, en base al llamado principio de precaución. Ello explica que la Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre “Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos” (transposición de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985), no exonere de responsabilidad al fabricante, importador o distribuidor de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, aun cuando la existencia del riesgo no fuera apreciable en el momento de la puesta en circulación en base al estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en ese momento. Tenemos, por tanto, un límite subjetivo infranqueable respecto de los riesgos que pueden considerarse como jurídicopenalmente relevantes, en cuanto otro planteamiento supondría infringir el principio esencial de responsabilidad subjetiva, vigente en nuestro Derecho penal (en este sentido, expresamente artículos 5 y 10 del Código Penal).

Una vez delimitados, por abajo, qué riesgos pueden ser relevantes desde la perspectiva penal, esto es sólo aquéllos cognoscibles en el momento en el que el sujeto realiza la conducta. Es decir desde una perspectiva *ex ante*, habrá que establecer si sólo pueden ser riesgos jurídicopenalmente relevantes aquéllos conocidos por el sujeto que crea el riesgo, o que tiene el deber de

controlarlo, o si también pueden serlo aquéllos riesgos que no eran conocidos por el sujeto pero que, en atención a las circunstancias concurrentes *ex ante*, tenía el deber de conocer. En otras palabras si sólo son jurídico-penalmente relevantes los riesgos conocidos por el autor –dolosos- o si también pueden serlo los cognoscibles –imprudentes-. En esta dirección, previamente, es necesario delimitar sobre qué aspectos debe recaer el conocimiento del riesgo y cuál es el grado de conocimiento exigible. Desde la perspectiva penal el nivel de conocimiento exigible no es un conocimiento científico y exacto del por qué se pueden producir unos determinados resultados lesivos, ni tan siquiera es necesario que se conozcan, o deban conocerse, qué resultados exactamente son los previsibles. El conocimiento que se requiere se enmarca en la esfera del profano, es decir, es suficiente conocer que una conducta es idónea para provocar resultados lesivos, sin que sea necesario conocer por qué se pueden producir, ni exactamente cuáles serán. Sí debe conocerse, o sí se tiene el deber de conocer, por el contrario, que existe una cierta probabilidad de producción de resultados lesivos y de que forma puede controlarse ese riesgo. Es decir, se debe conocer, o se debería conocer, la peligrosidad en abstracto y las medidas a adoptar, que pueden ser tanto introducir medidas de seguridad como, sencillamente, no llevar a efecto esa actividad, respecto de la que no se tiene la suficiente capacidad para controlar debidamente los riesgos inherentes.

En consecuencia, es necesario determinar si sólo tendrán relevancia jurídico-penal los riesgos conocidos por el sujeto que los crea, y que tiene el deber de controlar, o sí también deben tenerla aquéllos que no son conocidos pero que, atendiendo a las concretas circunstancias, debía conocer. La conclusión a la que se llegué determinará la legitimidad o no de la incriminación de conductas imprudentes en la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. La respuesta no es fácil porque, desde una perspectiva garantista, y sobre todo atendiendo al principio de fragmentariedad, ésta sería negativa, es decir, sólo deberían incriminarse las conductas dolosas³¹, mientras que desde una perspectiva político-criminal, que atienda a la eficacia y utilidad del Derecho penal, así como a

³¹ Corcoy, *Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López* (cit).

finalidades preventivas y de protección de bienes jurídicos, es conveniente incriminar también las imprudentes, aun cuando se limiten a los supuestos de imprudencia grave. La cuestión es especialmente compleja porque en los ámbitos en los que se producen los riesgos aquí examinados, en general, la regulación penal concurre con otra administrativa, laboral, mercantil. . . , siendo necesaria su delimitación tanto desde una perspectiva teórica como práctica. La duplicidad sancionatoria debería ser la clave para llegar a la mejor solución político-criminal. Ello es así porque, existiendo otra rama del ordenamiento jurídico que sanciona esas conductas, las necesidades preventivas se reducen al no existir lagunas de punibilidad, en sentido amplio. Si a ello sumamos la necesidad de diferenciar entre delitos e ilícitos, civiles, administrativos o laborales, e integramos los principios de *ultima ratio*, fragmentariedad y subsidiariedad, la respuesta debería ser la derogación o no creación de tipos que castiguen conductas imprudentes en estos ámbitos.

4.- Principio de responsabilidad personal.

La existencia de un riesgo, incluso de un riesgo que se haya calificado como no permitido o jurídico-penalmente relevante, no es suficiente para poder atribuir responsabilidad penal a una o varias personas. Junto al límite subjetivo, al que se hizo referencia Supra IV, derivado del principio de responsabilidad subjetiva, se encuentra el límite derivado del principio de responsabilidad personal. Este límite supone que la atribución de responsabilidad penal, en concepto de autor o partícipe, requiere identificar una persona física a quien se le atribuya el dominio funcional del riesgo calificado previamente como jurídico-penalmente relevante o/y, a partir de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas³², una persona jurídica a la que se le atribuya, en base a un déficit de organización. La atribución de responsabilidad a título individual no puede fundamentarse exclusivamente

³² Son ejemplos de ello, el art. 31 bis, introducido por la LO 5/2010 de reforma del Código Penal español, que prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas para un número muy elevado de delitos. En la legislación italiana, Decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231. Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000 n. 300. Sobre los países europeos en los que se ha introducido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Cuadrado, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante ... un paso hacia atrás?"; Revista Jurídica de Castilla y León, nº 12 (2007), p. 127.

en el *rol* que formalmente tenía esa persona, sino en las competencias que materialmente había asumido. En el supuesto de las personas jurídicas, los argumentos en los que se fundamenta la necesidad de establecer su responsabilidad penal son de diversa índole, pero su análisis excede con mucho del sentido de este trabajo³³. En todo caso, también respecto de las personas jurídicas la atribución debe requerir la prueba de que el hecho típico es atribuible a un déficit de organización, lo que supone al menos imprudencia, en cuanto incumplimiento de los llamados “Códigos éticos corporativos”³⁴.

Desde la perspectiva material propuesta, para la atribución de responsabilidad penal son relevantes los aspectos subjetivos, a los que nos referíamos en el apartado anterior y que son los que determinan que la atribución de responsabilidad penal recaiga sobre las personas físicas. La responsabilidad penal a título doloso sólo podrá atribuirse a quién conocía los riesgos, aun cuando lo fuera en la esfera del profano, y a título imprudente sólo a quién, por su concreta situación, tenía el deber jurídico-penal de haberlos conocidos. La cuestión se traslada a la determinación de cuándo podemos decir que una persona tiene el deber de conocer unos determinados riesgos, es decir, al límite subjetivo que se planteaba en el apartado IV. La exigibilidad del conocimiento –cognoscibilidad- es, por consiguiente, un límite a la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a título imprudente³⁵. En la imprudencia el deber subjetivo de cuidado –cognoscibilidad- y el deber de control, que podríamos equiparar a un deber de garante fundamentador de la autoría, en cuanto determina la competencia o dominio sobre el hecho, confluyen.

La idea de exigibilidad en la atribución de responsabilidad penal adquiere una especial importancia en relación con la posibilidad de exigir responsabilidades

³³ Vid. **Infra apartado 4**. Sobre los argumentos favorables a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Dopico Gómez-Aller, en Ortiz de Urbina (coord.), *Memento Experto Reforma Penal 2010*, 1/112, Ed. Francis Lefebvre, 2010. Respecto de la regulación introducida en el Código Penal español, Gómez, *Actualización de la obra de Santiago Mir Puig. Derecho Penal. Parte General. 8ª Edición, 2008, a la LO 5/2010, de modificación del Código Penal, que entra en vigor el 23.12-2010*, Ed. Reppertor, Barcelona 2010.

³⁴ Arlen y Kraakman, “Controlling Corporate Misconduct, An Analysis of Corporate Liability Regimes”, Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series. Paper 216, 1997, http://lsr.nellco.org/harvard_olin/216

³⁵ Corcoy, *El delito imprudente* (cit).

penales a otros partícipes distintos de quién(es), individual ó conjuntamente, tienen la competencia y dominio sobre el riesgo. En otras palabras ¿el dominio y competencia de un(os) sujeto(s) sobre el control del riesgo excluye siempre la responsabilidad de quiénes tienen una competencia subordinada? ¿ello es así también cuando quién tiene la competencia subordinada, por la situación jerárquica, tiene al mismo tiempo la competencia concreta sobre ese riesgo y por ende un mayor conocimiento sobre la naturaleza, alcance, eficacia... del riesgo?. En este punto el criterio de la exigibilidad es determinante, por cuanto, la respuesta a la pregunta anterior pasa por decidir cuándo una persona que, a nivel de empresa está subordinada jerárquicamente a otra, está obligada a controlar un riesgo y tiene capacidad para hacerlo. En principio, un primer límite lo tendremos en la posibilidad de actuar en relación con el control de ese riesgo, es decir, en atención a la idea de evitabilidad. Pero ¿qué sucede cuando la única posibilidad de control es denunciar la situación, primero ante los superiores y luego ante los órganos administrativos o judiciales competentes? ¿es exigible esta conducta que puede suponer un despido?.

En este contexto, como ya se ha mencionado, la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es central por cuanto, en la actualidad, es uno de los temas estrella de la política criminal y por ende de la doctrina penal. Es evidente que, como decía, en el contexto de este trabajo no es posible abordar en profundidad el tema pero sí creo relevante plantear algunas cuestiones. La primera en relación con la pretendida necesidad político-criminal de introducir esta modalidad de responsabilidad. Siempre se hace referencia a las dificultades que existen para atribuir responsabilidad personal en el ámbito de estructuras complejas y en los riesgos que esta modificación permitiría controlar. Sin embargo, no se pone un sólo ejemplo en el que no fuera posible el mismo control atribuyendo responsabilidad a la/s persona/s física/s que, en el caso concreto, tenían el deber de controlar el riesgo. No vale decir que los verdaderos responsables pueden haber interpuesto testaferros porque este problema no lo subsana la atribución de responsabilidad a la persona jurídica, que puede ser otro “testaferro”, y porque, en relación con la interposición de personas físicas o jurídicas para eludir responsabilidad, la doctrina mercantilista ya ha desarrollado la teoría del “levantamiento del velo”. Es cuanto menos sorprendente que mientras desde el Derecho mercantil, eminentemente formal,

se establecen estas concepciones materiales, desde el Derecho penal, eminentemente material (o debería serlo), acudimos al *rol* o la responsabilidad formal de la persona jurídica. El hecho de que, en la mayoría de ordenamientos, se establezca un sistema vicarial, responsabilidad de la persona física y la jurídica, no cambia lo dicho. Desde una perspectiva constitucional, si se atribuye responsabilidad a la persona física y a la jurídica ¿no se está infringiendo el principio de *non bis in idem*?. Desde una perspectiva criminológica³⁶, si la policía primero, la Fiscalía después y, en último término, el Tribunal o el Jurado, pueden atribuir responsabilidad a la persona jurídica no se van a “molestar” en determinar las personas físicas responsables. Como algunos autores ya han puesto de manifiesto, en EEUU, la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica es el último paso del capitalismo más radical para eludir responsabilidades.

Lo anterior no excluye que, cuando la persona jurídica se ha beneficiado de la actuación de las personas físicas, responda civil o administrativamente, especialmente, indemnizando a los perjudicados. Tampoco excluye la posibilidad de establecer medidas de seguridad o consecuencias accesorias de intervención judicial, cierre temporal o definitivo, interdicción de contratar con la administración o recibir subvenciones... Pero no olvidemos que la persona jurídica sólo es un papel en el registro mercantil y que si una sociedad se ha creado para delinquir, si la cerramos es extremadamente sencillo crear otra. Simplificando mucho, en el mercado encontramos dos clases de personas jurídicas, aquéllas que tiene detrás una verdadera estructura empresarial, con trabajadores, proveedores, clientes... y las que únicamente son una dirección, en ocasiones virtual, en ocasiones en paraísos fiscales... En las primeras la mera imputación de una actividad delictiva, sobre todo si cotizan en bolsa, supone la “muerte”³⁷, en las segundas carece en absoluto de eficacia. Más aun, en las primeras, la “muerte” perjudica no sólo a los directivos, verdaderos responsables, sino también a los trabajadores, accionistas, clientes y proveedores.

³⁶ Demostrado empíricamente por lo que sucede en Estados Unidos y en Francia, por ejemplo.

³⁷ Llamativo es el caso de la empresa auditora Andersen. En el caso ENRON, la imputación supuso la desaparición de la empresa, aun cuando finalmente se archivó el caso contra Arthur Andersen.

5.- Principio de lesividad.

Hasta aquí el juicio de peligro, en cuanto atribución de relevancia jurídico-penal a un riesgo, se ha concebido como un juicio aplicativo que lleva a cabo el espectador objetivo situado *ex ante*, retrotrayéndose al momento de realización de la conducta enjuiciada, y debe determinar, en todo caso, las circunstancias a tomar en consideración en el juicio sobre el peligro con criterios dogmáticos y político-criminales. Por ello, se ha propuesto diferenciar entre un «juicio objetivo de peligro» y un «juicio subjetivo de peligro»: mientras que el primero tiene validez general respecto de un caso concreto, en el juicio subjetivo -como juicio de imputación-, se deben tomar en consideración los conocimientos personales del autor sobre la situación de peligro objeto. La principal consecuencia que se deriva de esta delimitación tiene trascendencia en el tipo subjetivo: si el conocimiento que tiene el autor sobre la peligrosidad de su conducta no coincide con el peligro objetivo idóneo, nos encontraremos ante una situación de error de tipo, a tratar conforme a los criterios generales.

Junto a ese juicio de atribución *ex ante* debe concurrir un juicio de imputación *ex post*, en este caso estrictamente objetivo, en el que se valora la lesividad de esa conducta en atención al bien jurídico-penal protegido. Ello es así porque la lesividad es el fundamento de la antijuridicidad material y su concurrencia no puede limitarse a los delitos de resultado. Es necesario diferenciar entre resultado material separado espacio-temporalmente de la conducta, que sólo concurre en los llamados delitos de resultado, y el resultado en sentido jurídico, lesividad, que debe concurrir siempre. Resultado en sentido jurídico que se concibe como afectación *ex post* del bien jurídico-penal protegido, ya sea individual o supraindividual. En otras palabras: *ex post* se deberá probar que la conducta, efectivamente, en ese caso concreto, atendiendo no sólo a las circunstancias conocidas *ex ante* sino también a las que se conocieron *ex post*, ha afectado el bien jurídico. El concepto “afectar” abarca la referencia tradicional tanto a la “lesión” como a la “puesta en peligro”.

Dado que la valoración sobre la afectación de un bien jurídico-penal supraindividual puede ofrecer un margen excesivamente amplio de arbitrio, en aras a una mayor seguridad jurídica es conveniente probar primero que a la conducta, calificada *ex ante* como jurídico-penalmente relevante, le es

imputable la afectación del objeto del delito. Así, por ejemplo, en los delitos contra el medio ambiente es necesario probar que la contaminación del suelo, el aire o el agua -objetos del delito medioambiental- es imputable a una determinada conducta. A partir de esa contaminación, la idoneidad de la conducta para afectar gravemente el equilibrio del ecosistema –bien jurídico-penal protegido-, puede ser valorada motivadamente. En el mismo sentido, en los delitos contra la seguridad en el consumo, si se requiere en todo caso que el producto de consumo –objeto del delito- sea nocivo es posible la valoración y motivación de la idoneidad de la conducta para afectar la seguridad en el consumo –bien jurídico-penal protegido-. Lo mismo cabe decir, por ejemplo, de un delito tan clásico como lo son las falsedades documentales. En ellos el documento falso es el objeto del delito y sobre esa falsedad habrá que valorar su idoneidad para afectar el bien jurídico-penal protegido, la seguridad en el tráfico jurídico.

Por consiguiente, en todos los delitos y, en particular, en aquéllos en los que se protege un bien jurídico-penal supraindividual, es necesario realizar un doble juicio de imputación *ex post*. A través del primero, acudiendo a los criterios admitidos de imputación objetiva (realización del riesgo o finalidad de protección de la norma) y, especialmente, al de realización del riesgo en el resultado, debe probarse que la afectación/lesión del objeto del delito es imputable a la conducta típica. En el segundo, debe valorarse si esa afectación/lesión es idónea para afectar/lesionar el bien jurídico-penal protegido. De esta forma en primer lugar la seguridad jurídica es mucho mayor pero, sobre todo, se respeta el principio de lesividad o antijuricidad material excluyendo la relevancia penal y el castigo de cualquier modalidad de presunción o peligro estadístico.

6.- Conclusiones: ¿es factible un “derecho penal medio”?

En definitiva, 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 estas modalidades delictivas pero que en ellas 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 pecuniaria, por elevada que sea, y contabilizarla como gasto o/y repercutirla 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. Siendo cierto cuando un precepto penal sólo tiene un valor simbólico debe rechazarse, no lo es menos que el significado simbólico es positivo, cuando confluye con otras funciones. En ese caso, 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 pueden 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 la Fiscalía en materia de seguridad en el trabajo³⁸. Segundo, 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 si sería conveniente la creación de Tribunales especializados (que no es lo mismo que Tribunales especiales) para conocer de determinadas materias complejas, 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 su inaplicación no los deslegitima, por sí misma, sino que debería conducir 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 aplicadas 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 1973³⁹.

Hay que señalar 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

³⁸ Corcoy, "Delitos laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos de los trabajadores". En *Derecho Penal Económico* (Dir. Conde-Pumpido Tourón), CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial 2003, p. 87 ss.

³⁹ Corcoy, "Delitos laborales (cit)

de la ley penal en blanco que, correctamente utilizada, puede ser la más adecuada en estos casos. El Tribunal Constitucional, por ejemplo, STC 122/1987 o STC 127/1990, pone como requisitos para la legalidad de la ley penal en blanco, que el reenvío normativo sea expreso, la conducta calificada como delictiva suficientemente precisada y esté justificada la remisión en razón del bien jurídico protegido. Atendiendo al último requisito “en razón del bien jurídico protegido”, en los delitos en los que se protegen bienes jurídico-penales supraindividuales, respecto de conductas técnicas y con mayor complejidad, y con regulación en otros sectores del ordenamiento, está técnica legislativa aparece como la más adecuada. Reconociendo que la ley penal en blanco suscita problemas, en ningún caso, “en aras a la seguridad jurídica”, se puede pretender la accesoriedad del Derecho penal, infringiendo principios tan esenciales como el de lesividad y la correlativa antijuricidad material. En consecuencia, no son legítimas presunciones *iuris et de iure* de que una determinada infracción administrativa *per se* constituya delito⁴⁰.

Por otra parte, aun admitiendo que el “nuevo” Derecho penal, en algunos casos, podría 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 en el que es un valor esencial 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, tal y como señalábamos al principio de este trabajo, por cuando, un estudio criminológico de las personas que cometen unas y otras clases de delitos nos lo demuestra. Por el contrario, existen medidas relativamente fáciles de arbitrar, como se ha intentado poner de relieve en estas conclusiones, para evitar los posibles excesos y defectos del “nuevo” Derecho penal.

En definitiva, independientemente de que el Derecho penal del S. XXI no puede anclarse en la protección exclusiva de bienes jurídico-penales individuales, de *lege lata* lo cierto es que, en todas las legislaciones de nuestro

⁴⁰ En este sentido la reforma del art. 381 CP, por LO 15/2003, que establece un nuevo apartado en el que se pretende presumir que la velocidad excesiva junto a tasas de alcohol excesivas **se considerarán en todo caso** conducción temeraria. En la reforma del Código Penal de 2006, estas presunciones se llevan más allá estableciendo los límites de velocidad y alcohol que se **considerarán** delictivos *iuris et de iure*.

entorno jurídico, se castigan nuevas modalidades típicas en las que, directa o indirectamente, no puede negarse que se protegen bienes jurídicos supraindividuales. Aceptar la autonomía de esos nuevos valores posibilita el respeto de los principios mencionados, muy especialmente el de lesividad mientras que negarla, y explicar estos tipos como adelantamiento de la protección, conduce a interpretaciones en la línea del llamado peligro hipotético, presunto o abstracto-concreto, lo que justifica todas las críticas a estos delitos, por parte de los defensores del derecho penal mínimo. En consecuencia, dejando a un lado las consideraciones de *lege ferenda*, con la actual situación la única forma de limitar la expansión del Derecho penal es el respeto de las garantías y principios y para ello es necesario dotar de autonomía a los bienes jurídico-penales protegidos en las nuevas formas de delincuencia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- A.A.V.V., (2000). *La insostenible situación del derecho penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt/Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, Ed. Comares, Granada.
- Arlen y Kraakman, (1997). “*Controlling Corporate Misconduct, An Analysis of Corporate Liability Regimes*”, Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series. Paper 216, 1997, http://lsr.nellco.org/harvard_olin/216
- Arroyo/Neumann/Nieto (coords.), (2003). *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurth*, Cuenca.
- Beck, U. (2008). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Ed. Paidós, Madrid (1ª edición alemana: *Risikogesellschaft. Auf den Wege in eine andere Moderne*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt am Main 1986
- Cancio, M. (1998). *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona.
- Corcoy, M. (1999). “*Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*”, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Ed. Comares, Granada.

- _____ (2001). “Límites y controles de la investigación genética. La protección penal de las manipulaciones genéticas”, en *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Pamplona.
- _____ (2003). “Delitos laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos de los trabajadores”. En *Derecho Penal Económico* (Dir. Conde-Pumpido Tourón), Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial.
- _____ (2005). *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. Barcelona, 2ª ed., Ed B de F, Buenos Aires-Montevideo.
- Cuadrado, (2007). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante ... un paso hacia atrás?”; *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 12.
- Dopico Gómez-Aller, en Ortiz de Urbina (coord.), (2010). *Memento Experto Reforma Penal 2010*, 1/112, Ed. Francis Lefebvre.
- Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y razón*, 2ª ed. Ed. Trotta, Madrid.
- Frisch, W. (1989). *Tatbeständmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heildelberg.
- Gómez, (2010). *Actualización de la obra de Santiago Mir Puig. Derecho Penal. Parte General. 8ª Edición, 2008, a la LO 5/2010, de modificación del Código Penal, que entra en vigor el 23.12-2010*, Ed. Reppertor, Barcelona .
- Gracia, L. (2002). “¿Qué es la modernización del Derecho Penal?”, en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid.
- Hassemer, W. (1992). “Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno”, (trad. Elena Larrauri), ADPCP.
- Herzog, (1991). *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*.
- Jakobs, G. (1991). *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Berlín.
- Jakobs/Cancio, M. (2006). *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Ed. Thomson/Civitas, Madrid.
- Kindhäuser, U. (2009). “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal” (trad. Nuria Pastor), *InDret* 1/2009, Barcelona.
- Martínez-Buján Pérez, (2002). “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídicos penales

- (*especial referencia al ámbito económico*), en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid.
- Mata y Martín, (1997). *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Ed. Comares, Granada.
- Mendoza, (2001). *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Ed. Civitas, Madrid.
- Mir, S. (2008). *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona.
- Pritwitz, C. (2004). “*Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del Derecho penal?*”, en *Política criminal en Europa* (Dir. Mir Puig/Corcoy Bidasolo; Coord. Gómez Martín), Ed. Atelier, Barcelona.
- Schünemann, B. (2003). *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Ed. Universidad Externado de Colombia, p. 14 ss; Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Silva, J. (1997). “*Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 I y II*”, La Ley 1997.
- _____ (2001). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., revisada y ampliada, Ed. Civitas, Madrid.
- Stratenwerth, (1993). *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts*, ZStW (105).