

BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS Y DERECHO PENAL: HACIA UNA DELIMITACIÓN DE PROTECCIÓN

COLLECTIVE JURIDICAL ASSET AND CRIMINAL LAW: FOR A PROTECTION DELIMITATION

ADMALDO CESÁRIO DOS SANTOS¹

Sumario

Introducción. 1. La teoría social del bien jurídico. 2. Nuestra crítica. 2.1 El expansionismo *versus* bienes jurídicos macrosociales. 2.2. Aporías de la abstracción de los tipos de peligro. 3. Reflexión final. Referencias.

Resumen

El artículo cuestiona la existencia de la protección de bienes jurídicos colectivos, sin una delimitación de sus contenidos, por parte del legislador. Por otro lado, se pregunta si al considerar un bien jurídico penal sin criterios de taxatividad y delimitación, o evaluarle en bases eminentemente neutrales, no equivale transformarlo en un instrumento de satisfacción política o personal, tanto de quien produce la norma, cuanto de quién la aplica. Y, también, hasta qué punto esto no puede traer graves consecuencias a las garantías del Estado de Derecho Democrático.

Palabras clave

Sociedad de riesgo. Derecho penal. Bienes jurídicos colectivos. Peligro abstracto.

Introducción

La sociedad actual se caracteriza por ser una sociedad de riesgo (*Risikogesellschaft*)² de ella es parte todo el derecho penal y todas sus transformaciones recientes. De estos riesgos sociales, las innovaciones

¹ Post-Doctor en Derecho Penal (Universidad de Zaragoza / España). Doctor y Máster en Ciencias Jurídico-Criminales (Universidad de Lisboa / Portugal). Investigador-Invitado en *Max-Planck - Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht (Freiburg im Breisgau / Alemania)*. De la *Asociación Internationale de Droit Pénal* (París / Francia). De la Fundación Internacional de Ciencias Penales (Madrid /España). Profesor de Derecho Penal (Grado y Postgrado) en Brasil. Abogado. *E-mail*: admaldocesario@bol.com.br

² Hefendehl, Roland, *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*, *Revista Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, UEC, (DPC76), 2001, p. 147.

tecnológicas, el proceso de industrialización y la aparición de nuevas amenazas — por la radiactividad o sustancias tóxicas en el aire, agua y alimentos³ — son las principales causas de la degradación de la colectividad. De ello resulta la caracterización de una sociedad marcada por la inseguridad, que necesariamente debe hacer parte, dentro de un sesgo expansionista, un nuevo derecho penal: *El derecho penal protector de los bienes jurídicos colectivos*.

1. La teoría social del bien jurídico

En esta línea expansionista, la *Teoría Social* del bien jurídico asume relieve. Capiteada por Schünemann y seguida por Hefendehl, dicha corriente tiene a la vista la protección de los intereses de la sociedad en su conjunto, yendo totalmente de encuentro a la Teoría Personal del bien jurídico — centrada en la defensa de los bienes jurídicos individuales — defendida por la Escuela de Frankfurt.

Asumiendo una postura contundente, Hefendehl busca introducir una nueva perspectiva en la discusión del concepto de bien jurídico, eliminando, según él, parte del encanto de la *Teoría Personal*.

Según este autor, el derecho penal debe actuar, también, en otros ámbitos. Por eso, defender la protección de los bienes jurídicos sólo en el ámbito de los derechos individuales — además de ser una visión reaccionaria — hace de la *Teoría Personal* una teoría que se vuelve a la defensa de la clase dominante, dentro de una perspectiva patrimonialista, indudablemente.

La protección de los bienes jurídicos en la esfera individual no es más que la imagen del derecho penal como un "*derecho penal de la miseria y pobreza*." Y es en estos términos, por el hecho de volverse únicamente para los bienes jurídicos patrimoniales, de los cuales aparecen como perturbadores sólo los infractores de las clases más bajas, representadas por aventureros y miserables⁴ de la sociedad.

³Tumminello, Luca, *Sicurezza alimentare e diritto penale: vecchi e nuovi paradigmi tra prevenzione e precauzione*, *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista Trimestrale*, Milano, DPC, n. 4/aprile, 2003, pp. 272 y ss.

⁴Hefendehl, Roland, *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*, *Revista Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, UEC, (DPC76), 2001, pp. 12 y 13.

En su entendimiento, la defensa de un derecho penal de la propiedad ya se encuentra de todo, superada y anticuada. Esto es evidente porque la distribución de la propiedad — como nos muestra muy bien la historia — deriva siempre de la ley del más fuerte; lo que lleva a la injusta distribución de bienes, causando efectos dañinos en la *determinación de los indicados* como autores de afectación de estos bienes. De acuerdo con su intelección, sería ingenuo concebir que *sólo* una persona privada de libertad y patrimonio aspira a los mismos.

En general, una persona afortunada hace uso de métodos mucho más sutiles de enriquecimiento que del hurto. Estos métodos, a menudo, no consisten en la violencia física, sino una violencia estructural, cuyas consecuencias son devastadoras para la sociedad.

Por lo tanto, carece de sentido la concepción de los delitos contra la propiedad como una piedra angular del derecho penal. El derecho penal debe estar socialmente integrado.

Si, por lo tanto, debe asumir este deber, imperioso es que ese derecho punitivo lleve en consideración toda la sociedad, sin favorecer a nadie.

Siendo así, la dicotomía creada por la *Teoría Personal* del bien jurídico entre bienes jurídicos individuales "*buenos*" y *bienes jurídicos colectivos* "*malos*", se muestra anacrónica, puesto conservar estructuras tradicionales jerárquicas que — además de extremadamente injustas — no corresponden a los anhelos de una nueva realidad mundial.

2. Nuestra crítica:

2.1 El expansionismo *versus* bienes jurídicos macrosociales

Respecto a la propuesta expansionista, no se puede negar la buena fe de aquellos que buscan defender los bienes jurídicos colectivos como un presupuesto de salvaguarda a la supervivencia de las generaciones futuras. Además, de nuestra parte, no negamos que la noción de bien jurídico implica aceptar también la existencia de bienes macrosociales, colectivos y de intereses difusos, ya que son de una importancia capital para el desarrollo de la sociedad en su conjunto.

Sin embargo, si bien es necesaria la protección de estos bienes jurídicos, necesario es que exista — bajo pena de ineficiencia y el mal uso del derecho penal — una *delimitación de sus contenidos* por parte del legislador. Considerar un bien jurídico penal sin criterios de taxatividad y delimitación, o evaluarle en bases eminentemente neutrales, equivale transformarlo en un instrumento de satisfacción política o personal, tanto de quien produce la norma, cuanto de quién la aplica. Y esto puede traer graves consecuencias a las garantías del Estado de Derecho Democrático.

In limine, insistimos buscar la *salida/solución* para tales problemas dentro de una óptica minimalista. *A priori*, es necesario buscar una solución al margen del derecho penal. Posteriormente, si buscados y agotados todos los medios sin que se tenga una solución plausible a la real problemática, entonces debe ser buscada la ecuación/solución por la vía punitiva — pero sin descuidar de los criterios de ofensividad y proporcionalidad. De lo contrario, el derecho penal estará dejando de ser un instrumento de garantías para convertirse en un objeto de manipulación, para resolver conflictos en la sociedad. Y esto es función que no le compete.

En cuanto a la óptica de la defensa de los bienes jurídicos a partir de una teoría eminentemente social, hay que se puntuar algunas consideraciones relativas a la eficacia y a la punibilidad de las conductas direccionadas a la afectación de esos bienes.

En nuestra concepción, no creemos que la criminalización de ciertos riesgos, para estos bienes, puede traer garantías efectivas de punición para todos los infractores de estos tipos penales. Si, por una parte, en los países desarrollados, el sistema de punición afecta, indistintamente, a todos los transgresores — lo que creemos no ser una realidad —, por otro, los países subdesarrollados nos dan la translúcida seguridad de que el peso de la ley no recae sobre todos, sino sólo en los más débiles, en gran medida cuando se trata de los más desfavorecidos, económicamente hablando.

Si es así, no hay ninguna garantía sustancial de que el sistema de justicia penal, al crear nuevos tipos penales sobre la base de esos riesgos, constituya una garantía efectiva de punición de las clases afortunadas, sobre todo en las esferas políticas y económicas.

2.2. Aporías de la abstracción de los tipos de peligro

Relativamente a la tipificación de los crímenes de peligro, necesario es evitarse la simple identificación entre la técnica legislativa y la gravedad de los bienes en juego, como si la opción por la estructura del delito de peligro abstracto correspondiera casi siempre a una gravedad sustancial. Con efecto, la orientación del derecho penal a la protección de bienes jurídicos solamente puede verificarse exigiendo que aquello a que se repute merecedor de pena haya sido efectivamente dañino y ofensivo para un determinado bien (*nullum crimen sine iniuria*)⁵. De lo contrario, jamás.

Si el derecho penal pretende erigirse sobre valores objetivos y sólidos, no se puede admitir normas fundamentadas en *subjetivaciones absolutas* de intereses protegidos.

Si es verdad que los delitos de peligro no pueden ser despreciados por completo, por otro lado, para que haya intervención del derecho penal en este campo — porque la razón de la intervención penal es la probabilidad del daño — necesario es que se haga imprescindible comprobar si esa probabilidad dañina efectivamente se produjo, o que haya efectos en potencial.

Para esto, el concepto de ofensividad debe ser revisado, ineluctablemente. So pena de herir la seguridad jurídica, el peligro no puede ser entendido como de naturaleza meramente psicológico-emotiva.

Guiñar el peligro a este campo, equivale al gran riesgo de alzar el derecho penal al campo sentimental, alejándolo de su papel social.

De cierto modo, es correcto que el derecho penal ejerce un papel simbólico en la sociedad. Pero, no se puede utilizar exclusivamente de ese carácter para tipificar, en nombre de la gana colectiva o del legislador, determinadas conductas cuyos *efectos dañinos* figuren *casi o totalmente nulos* — como realmente se ha constatado en la irrupción súbita de los nuevos riesgos producidos.

⁵ Quintero Olivares, Gonzalo, *Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo*, en Arroyo Zapatero, Luis, Neumann, Ulfrid y Nieto Martín, Adán (coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, 2003, pp. 241 y ss.

Si así proceder el legislador, al derecho penal se estará atribuyendo una tarea meramente inútil (simbolismo), totalmente destituido de efecto social protector.

Con la irrupción del derecho penal de riesgo, se percibe un claro desprendimiento de los principios jurídico penales garantistas, quiere por la flexibilización de las reglas de imputación, quiere por medio de su propia relativización, conforme a determinadas necesidades.

Si, de un lado, la *legalidad* se ve constantemente afrontada por la *indeterminación* de ciertos *bienes*, por los evidentes abusos de exageración de tipos penales en blanco — casi siempre un subproducto del arbitrio del ejecutivo — de otro, ante el desprecio a la *intervención mínima* y a la ofensividad, resulta abandonado el aspecto de *ultima ratio* del derecho penal.

En esa misma esfera, tenemos que la norma jurídico penal pasa a asumir un cariz nítidamente pedagógico de efecto inverso, vale decir, el *comportamiento* a ser tipificado no es considerado *previamente* como socialmente inadecuado. Por el contrario, se criminaliza para que sea considerado como socialmente inapropiado.

En otros términos, se tipifica *no porque es peligroso, pero para que sea* peligroso. Luego, el problema con el cual nos encontramos no está en la consecuencia de un incremento objetivo de los riesgos, pero sí en un aumento en la *percepción* de estos, por fuerza de la voluntad de la densidad de multiplicación de las redes⁶ de interconexión — prensas hablada, escrita, televisada e informatizada. Dicho de otro modo, casi siempre en determinada cantidad de casos, lo que se verifica es mucho más el miedo del riesgo, que el propio riesgo en sí. El riesgo “*no es*”, se imagina.

3. Reflexión final

Dicha pretensión punitivo-pedagógica hace con que el derecho penal sea instrumentalizado, asumiendo para sí un papel que solamente puede ser

⁶ Suárez González, Carlos, *Derecho Penal y Riesgos Tecnológicos*, en Arroyo Zapatero, Luis, Neumann, Ulfrid y Nieto Martín, Adán (coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, 2003, p. 294.

atribuido a otras esferas de control social. Al derecho penal, insistimos, no compete actuar como instrumento de pedagogía social. Por eso, a la inexistencia de esos problemas, recomendamos — en la misma línea de Herzog⁷, pero no en sustitución completa al derecho penal del riesgo, pero sí para que se pueda mitigar o incluso eximir sus exageraciones — algunos mecanismos de autorregulación social que se quedan más eficientes. Entre los referidos mecanismos, se pueden mencionar: los derechos de información de la opinión pública, el autocontrol de la economía, un periodismo de investigación consciente y un control social a través de una mayor transparencia; todo esto aliado al campo de la interdisciplinariedad — derecho público, economía, ciencias sociales.

Referencias

Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio. *La protección penal del medio ambiente. Algunas cuestiones generales, Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología* (Estudios Penales en Memoria de la Profesora María del Mar Díaz Pita), Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

Brandariz García, José Angel, *Nuevos riesgos, nuevas ansiedades y expectativas sociales en materia de seguridad ante el delito*, en Puente Aba, L.M. y Souto García, E.M. (coords.), *Derecho penal de excepción: terrorismo e inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

Díez Ripollés, José Luis, *De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Montevideo/Buenos Aires, B de F/Edisofer, 2006.

⁷ Herzog, Felix, *Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo – perspectivas más allá del derecho penal*, en Arroyo Zapatero, Luis, Neumann, Ulfrid y Nieto Martín, Adán (coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, 2003, p. 275.

Hefendehl, Roland, *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*, *Revista Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, UEC, (DPC 76), 2001.

Herzog, Felix, *Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo – perspectivas más allá del derecho penal*, en Arroyo Zapatero, Luis, Neumann, Ulfrid y Nieto Martín, Adán (coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, 2003.

Prittwitz, Cornelius, *Sociedad del riesgo y derecho penal*, en Arroyo Zapatero, Luis, Neumann, Ulfrid y Nieto Martín, Adán (coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, 2003.

Quintero Olivares, Gonzalo, *Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo*, en Arroyo Zapatero, Luis, Neumann, Ulfrid y Nieto Martín, Adán (coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, 2003.

Suárez Gonzáles, Carlos, *Derecho Penal y Riesgos Tecnológicos*, en Arroyo Zapatero, Luis, Neumann, Ulfrid y Nieto Martín, Adán (coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, 2003.

Tumminello, Luca, *Sicurezza alimentare e diritto penale: vecchi e nuovi paradigmi tra prevenzione e precauzione*, *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista Trimestrale*, Milano, DPC, n. 4/aprile, 2003.