

# LA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL EN LOS FENÓMENOS MIGRATORIOS

---

THAMARA DUARTE CUNHA MEDEIROS

Professora Titular de Direito Penal da Universidade Estadual da Paraíba. Possui experiência na docência com ênfase no Direito Público, especialmente, Direito penal, Direito penal internacional, Direito penal econômico, Criminologia, Conflitos migratórios e tráfico de pessoas. Foi consultora do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes. Atualmente é Diretora Técnica do Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça - CNJ.

## Resumen

El presente artículo tiene por objetivo analizar la legitimidad de la intervención penal en los actuales flujos migratorios. La premisa principal considera que la utilización del derecho penal como instrumento de gestión para controlar flujos migratorio ratifica el discurso del miedo hacia la inmingración y fomenta la criminalidad organizada que se ha estructurado frente a las políticas tolerancia cero contra la inmigración, especialmente, la trata de personas y el contrabando de migrantes. En este sentido, el analisis y la delimitación del bien jurídico “ política migratória” sugiere una reflexión a la luz de las bases principiológicas del Derecho Penal y despierta cuestiones que implican en una redefinición del derecho de punir en la sociedad del riesgo.

## Palabras clave

Inmigración; Bien jurídico penal; Sociedad del Riesgo.

## Resumo

Este artigo tem por objetivo analisar a legitimidade da intervenção penal nos fluxos migratórios atuais. A principal premissa considera que a utilização do direito penal como instrumento de gestão para controlar os fluxos Migratorio ratifica o discurso do medo em relação à imingração e incentiva o crime organizado que tem se estruturado frente à política de tolerância zero contra a imigração, em especial os crimes de tráfico de pessoas e contrabando de migrantes . Neste sentido, a análise e definição do bem jurídico “política de imigração” sugere uma reflexão à luz das bases principiológicas do direito penal e suscita questões que implicam numa redefinição do direito de punir na sociedade do risco.

## Palavras-chave

Imigração; Bem jurídico penal; Sociedade do risco.

### 1. Introducción

Es un hecho innegable que el fuerte incremento de los actuales flujos migratorios hacia España se ha presentado como inesperado<sup>1</sup>, sobre todo, por la velocidad con que se han producido y aumentado las inmigraciones irregulares, lo que ha generado los ambivalentes discursos que entonan las políticas migratorias de la mayoría de los Estados europeos y en este estudio, de España, cuyas directrices revelan la vulnerabilidad y la incertidumbre con que se gestionan los flujos migratorios y sobre todo, confirman la tendencia de recurrir al Derecho penal como *primer ratio* para resolver los conflictos sociales.

Frente a esta coyuntura, la opción de acudir al Derecho penal como instrumento de control de los flujos migratorios, en especial de aquellos que se realizan de forma irregular, se concreta a cada día de manera más amplia y notable, esto es, las políticas migratorias están gestionando la inmigración a través de instrumentos punitivos lo que ratifica y agrava el discurso mediático y político de que la inmigración es un factor de riesgo estructural que en los próximos años va a acentuarse por lo que será necesario poner en marcha políticas pro-activas para hacer frente al problema migratorio.

Siendo así, analizar la cuestión migratoria desde los postulados punitivistas requiere, *a priori*, un enfoque del objeto de estudio desde las ciencias penales en sentido amplio, es decir, desde la criminología, sociología criminal así como de política criminal y de la dogmática penal, sin embargo, aunque un análisis pluridisciplinar sea importante y necesario, en esta estudio nos centraremos en la perspectiva político criminal los fenómenos implicados, precisamente, porque la intervención del Derecho penal en el ámbito de los movimiento migratorios, desde nuestro entender, presenta algunas controversias que exigen un abordaje que aproxime la realidad normativa a la realidad social en un intento aclarar su inherente complejidad.

La tutela penal de la inmigración es resultado de los cambios ocurridos en la configuración mundial global, y sobre todo, se enmarca en la coyuntura contemporánea de la política criminal del riesgo y seguridad.

Es cierto, como ya hemos comentado, que la intervención del Derecho penal es este ámbito, sugiere diversos planteamientos. Por un lado, se ha visto como necesaria la regulación penal de ciertas conductas, sin embargo, por otra parte, se considera que la

<sup>1</sup> Vid., IZQUIERDO, A *La inmigración inesperada*. Trotta. Madrid, 1996.

intervención del Derecho penal en este ámbito es desproporcionada y va más allá de los principios que limitan el *ius puniendi* del Estado.

## 2. ¿Es Legítima la Intervención del Derecho Penal en los Movimientos Migratorios?

Desde que iniciamos este estudio, muchas interrogantes incidieron en nuestro análisis crítico sobre la tutela penal de los fenómenos migratorios, no obstante hay un cuestionamiento que aún nos sigue desafiando: ¿Es legítima la intervención del Derecho penal en los movimientos migratorios? Es decir, el Derecho penal como forma más grave de la intervención del Estado frente al individuo encuentra legitimación<sup>2</sup> para criminalizar conductas referentes a los flujos migratorios? Y si es legítima, de qué manera puede el Derecho penal actuar en el desplazamiento humano transfronterizo sin comprometer los principios de un Estado social y democrático de derecho. En otros términos, importa saber en qué medida es necesaria la participación del Derecho penal en el ámbito de los movimientos migratorios.

Tal cuestionamiento nos remite a importantes discusiones doctrinarias que se enmarcan en el panorama de complejidad y de difícil comprensión que atraviesa la Ciencia punitiva actualmente, precisamente, en lo que atañe a los criterios de legitimación material del contenido de las normas penales, puesto que el proceso de selección de lo que debe y puede proteger, de acuerdo con la naturaleza instrumental del derecho penal aún entusiasma y desafía la doctrina penal, sobretodo, si tenemos en cuenta la actual política criminal de gestión de riesgos que se enfrenta con crecientes problemas de legitimidad debido al avance normativo hacia directrices autoritarias con criterios de legitimación exógenos y que no concurren con los principios de garantía liberales<sup>3</sup>.

Evidentemente que una intervención punitiva legítima debe observar el contexto histórico, político y social en el sentido de seleccionar los fundamentos axiológicos y

2 Vid. ZUÑIGA RODRIGUEZ, L. *Política Criminal*. COLEX, Madrid, 2001, pp. 33-3, quién expresa que no es conveniente confundir “legitimidad” con “legitimación”. Mientras que la primera refiere a la confianza de los ciudadanos al gobierno del Estado, la segunda nos ubica en el plano teórico de la justificación de las medidas adoptadas por el Estado. Asimismo señala la autora que “en la realidad se suele fundamentar las actuaciones políticas en la mera legitimación, esto es, en los índices de acatamiento y aceptación de los ciudadanos olvidando que de lo que se trata es de dilucidar si la actuación política responde a unos parámetros externos, que constituyan valores consensuados en la sociedad”; porque la legitimidad de la actuación político-criminal reside “no en su capacidad para organizar las respuestas que la sociedad demanda frente al fenómeno criminal, sino en prevenir dicho fenómeno dentro del sistema de valores democráticos

3 NAVARRO CARDOSO, F., *El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador*. En: PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed). *Serta. In memoriam Alexandri Baratta* Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 1328.

teleológicos que están en concordancia con los fines del Derecho penal, ya que como destaca Silva Sánchez<sup>4</sup> “*Sólo una vez conocidos que fines debería cumplir el Derecho penal en una sociedad de constitución socio-cultural determinada, podrá decirse si son las atribuciones de fines compatibles con el Derecho positivo son correctas o no*”.

Por otro lado, es cierto que el Derecho penal como un instrumento de control social sancionador siempre ha despertado polémicas, no obstante, existe un amplio consenso en la doctrina científica de que su finalidad legítima debe atender a un fin genérico de protección, es decir, su intervención está legitimada siempre que haya una conducta que lesione o ponga en peligro un bien jurídico<sup>5</sup>.

No obstante, también es cierto que aunque la finalidad legítima del Derecho penal sea la protección de bienes jurídicos, dicha afirmación no significa que todo bien jurídico haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que a todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinarse la intervención del Derecho penal, por lo tanto, no todo bien jurídico ha de convertirse en un bien jurídico-penal<sup>6</sup>. Como pone de relieve Morillas Cueva<sup>7</sup>, el Derecho penal cumple una función de protección de bienes jurídicos más vitales para el mantenimiento de la convivencia social, bienes jurídicos que se manifiestan, pues, como valores esenciales del individuo y de la sociedad.

Desde estos términos, podemos concluir que el criterio de valoración de la intervención penal deberá ser la teoría del bien jurídico, no obstante, definir las condiciones que

4 SILVA SANCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. 2ed. Ampliada y actualizada. Buenos Aires, 2010, p. 315.

5 Vid. GOMÉZ DE LA TORRE BERDUGO, I/ ARROYO ZAPATERO, L. *Et al. Curso de Derecho penal. Parte General*. 2ed. Adaptada a la reforma de 2010 del CP. Ediciones experiencia. Barcelona, 2010, p. 5. Los autores enfatizan que fundamentar el Derecho penal en la necesidad de su existencia para mantener el modelo de sociedad supone haber resuelto previamente el problema de su legitimación. Destacan que la necesidad de que una determinada conducta esté castigada con una determinada pena ha de ser demostrada y la demostración ha de producirse en todos los momentos por los que pasa el sistema penal. Es decir, ha de demostrarse: a) que es necesario para el mantenimiento del orden social que una determinada conducta esté tipificada por el legislador como delictiva y que su realización está amenazada con una pena de determinada intensidad. b) que es necesario que el comportamiento de un ciudadano, que ha realizado la conducta prevista por la ley como delictiva, sea castigado con una determinada intensidad de pena. c) que es necesario que el condenado a una pena sufra de modo definitivo en sus bienes una privación de esa intensidad. Como ha afirmado Gimbernat, el reproche más grave que puede hacerse el legislador es que una pena que prevea en su ordenamiento resulte innecesaria, es decir, que el estado cause más padecimiento del absolutamente imprescindible.

6 MIR PUIG, S. *Bien Jurídico y Bien Jurídico Penal como límites del ius puniendi*, en: el mismo. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, pág. 159 y ss., Edit. Ariel, Barcelona. Vid. ZAFFARONI, E.R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., *Derecho Penal. Parte General*. Op.Cit., pp.491-496, quienes apuntan que de conformidad con los principios rectores de la política criminal democrática no todas las lesiones ni los peligros serán pasibles de sanción penal, sino sólo aquellos que permanezcan luego de su confrontación con los principios de última ratio, subsidiaridad, proporcionalidad, merecimiento y necesidad de pena.

7 MORILLAS CUEVA, L. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal*. Op. cit., p. 94.

permitan precisar cuándo estamos ante un bien jurídico-penal aún revela innumerables controversias en la dogmática penal. Las dificultades se manifiestan frente a los criterios que han considerarse para delimitar a un bien jurídico protegible penalmente ya que estimar la entidad del bien jurídico digno de tal protección requiere la elaboración de concepto material que actúe como referente de la actividad legislativa, cumpliendo de esta manera, una función legitimadora de la intervención punitiva.

Así, teniendo en cuenta lo dicho y considerando que las reacciones frente a las nuevas incriminaciones inciden tanto en el aspecto de su legitimidad como de su eficacia, la reflexión a seguir tiene por objeto sistematizar los posibles criterios de legitimación de la tutela penal de la política migratoria. Para ello, partiremos del análisis de uno de los principios de protección estructurales de una intervención penal garantista, es decir, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

## 2.1. Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos

### 2.1.1. Cuestiones Previas

Establecer el bien jurídico<sup>8</sup> de los tipos penales consiste para la doctrina y jurisprudencia penal un reto importante a la hora de justificar y legitimar la intervención punitiva del Estado. Así, para alcanzar tal objetivo, partimos del siguiente cuestionamiento: ¿De qué criterios disponemos para saber con certeza qué nuevos bienes jurídicos debemos llevar al Código Penal<sup>9</sup>?

Teniendo en cuenta este planteamiento, Cuello Contreras<sup>10</sup> en el análisis de los presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en derecho penal sostiene que el concepto de bien jurídico aunque goce de gran tradición en Derecho Penal se desarrolla en un contexto de considerable imprecisión teórica en cuanto a la determinación de sus perfiles<sup>11</sup>.

8 CUELLO CONTRERAS, J. *Presupuestos para una teoría del bien jurídico*. Anuario de Derecho Penal, 1981, p. 463. Destaca aún que “Para la doctrina penal actual, la importancia del Bien jurídico presenta una doble faceta: una, que afecta a su utilidad para la interpretación de los tipos penales (interpretación teleológica) y otra, referida a los criterios y límites con que el legislador puede crear nuevos tipos penales -o hacer desaparecer los ya existentes.” *Ibidem*.

9 *Ibidem*., p. 462

10 *Ibidem*., p. 462.

11 Vid. En el mismo sentido, MORILLAS CUEVA, L. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal*. Ley Penal. 2. ed. Dykinson, Madrid, 2010, pp. 98ss quien señala que la idea conceptual y funcional de bien jurídico ha sufrido una constante transformación que todavía se puede estimar inacabada [...], FIGUEIREDO DIAS, J. *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A doutrina geral do Crime*. Coimbra Editora. Editora Revista dos Tribunais. 1ªed brasileira, 2ª ed portuguesa, São Paulo, 2007, p. 122, señala que não constituindo o bem jurídico um conceito fechado e apto à subsunção, bem se compreende que, apesar de toda a evolução e progresso verificados, continuen hoje a discutir-se varias questoes relativas 1ª sua concreta verificação.

Vives Antón<sup>12</sup> también alude a que “*el concepto de bien jurídico es uno de los más problemáticos de la dogmática, pues todo en él se discute: desde su condición **entra o extra** normativa hasta su virtualidad hermenéutica y, sobre todo, su capacidad de servir de límite a los posibles excesos del legislador*”.

En efecto, “[...] *qué es en realidad un bien jurídico supone un incómodo esfuerzo en la tarea de dar una respuesta satisfactoria*”. Ante tal interrogante, Hefendehl enfatiza

*[...] que en el intento de definir positivamente un bien jurídico se llega rápidamente a un resultado que nos desilusiona: la relatividad social y político-jurídica del fenómeno bien jurídico nos condenan a la triste encrucijada de elegir entre la vaguedad o la selectividad. O bien utilizamos una definición tan vaga que no enuncia claramente sus atributos y funciona como cláusula general, o bien usamos un concepto que incluye únicamente a una parte de los bienes jurídicos protegidos y consentidos por nuestros Códigos penales<sup>13</sup>.*

Interesante y curiosa resulta la reflexión sugerida Hefendehl si observamos que los bienes jurídicos a proteger, tal como enfoca Cuello Contreras<sup>14</sup>

*se extraen de la realidad social, en la que están enraizados, serán las Ciencias sociales las llamadas a proporcionar al Derecho penal el conocimiento de la realidad social del delito e, incluso a aconsejar qué medidas son las más eficaces para atajarlo. Ello, sin embargo, no debe hacer olvidar que la última decisión sobre qué debe castigarse y cómo, es una decisión política.*

Dicho esto, cabe añadir las consideraciones de Morillas Cueva<sup>15</sup> para quién la realidad social es, sin duda, la referencia inmediata para selección de los bienes jurídicos, con todo, señala que se trata concepto ambiguo ya que actúan intereses muy diversos y, a veces, enfrentados tales como los intereses económicos, sociales, personales, mediáticos entre otros. Para armonizar estos intereses, destaca el referido autor que los Estados democráticos y de derecho conciben la Constitución como una norma directriz obligatoria para la convivencia y resalta que, siempre, será ésta la más adecuada, “*por su forma de elaboración y por sus presupuestos formales y materiales, como vehículo garantizador de las libertades y necesidades ciudadanas*”.

12 VIVES ANTÓN, T. S., *Constitución, sistema democrático y concepciones del bien jurídico*. Disponible en: TOL702.781 [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)

13 HEFENDEHL, ROLAND *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto?* Anales de Derecho. Universidad de Murcia, n. 19, 2001, p. 148-147.

14 CUELLOCONTRERAS, J. *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones Introductorias. Teoría del delito*. 3ed., Dykinson, Madrid, p. 55; *Vid.* HORMAZABAL MALAREE, H. *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. El objetivo protegido por la norma penal*. Editorial jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1992, p. 11 quien destaca que por ser el Estado el responsable por la determinación de los objetos a ser protegidos, la forma y la intensidad de su protección, se trata de una decisión política, por lo tanto, de una decisión no neutral la que toma el Estado cuando designa los bienes jurídicos que habrán de ser protegidos penalmente, que serán naturalmente sus bienes jurídicos.

15 MORILLAS CUEVA, L. *Derecho Penal. Parte General. Op. cit.* p. 98

En la valoración de Roxin<sup>16</sup> la idea de bien jurídico se concibe desde la noción de Estado de derecho que se extrae de los principios contenidos en la Constitución. Los bienes jurídicos se presentan en sus palabras como “*realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin*” y añade que “*la concepción de bien jurídico descrita es ciertamente de tipo normativo pero no es estática, sino que dentro del marco de las finalidades constitucionales está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico*”<sup>17</sup>.

Según se ha visto, la comprensión de lo que es y significa el bien jurídico exige un planteamiento que exprese una estructura social en el que los individuos y las cosas se relacionan entre sí formando una compleja red, cuyo mantenimiento existe una voluntad mayoritaria pues de ello depende la existencia mínima del Estado de Derecho. “*Ese mantenimiento impone la necesidad de que ciertos intereses sean custodiados penalmente. A veces esos intereses serán derivaciones de derechos humanos superiores. Cuando esos intereses de diverso origen son reputados como imprescindibles en el máximo grado se transformarán en bienes jurídicos penalmente tutelables*”<sup>18</sup>.

No obstante, aunque la doctrina mayoritaria reconozca la concepción del bien jurídico desde una perspectiva restrictiva y garantista, cabe aún destacar los que enfocan la definición de bien jurídico desde las aportaciones de las tesis funcionalistas basadas en la confirmación de la vigencia de la norma. Sobre este tema Jakobs<sup>19</sup>, alega que “*el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma*”. En este sentido, para el doctrinador alemán, el bien jurídico representa un papel secundario.

Dicho planteamiento es criticable por importante sector doctrinal<sup>20</sup>, Olmedo Cardenete<sup>21</sup> afirma que aunque la categoría del bien jurídico no es un “muro de contención”

16 ROXIN, C. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?* en HEFENDEHL, R. (editor) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación o juego de abalorios dogmático?* Barcelona, 2007, p. 448.

17 ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Madrid, 2003. pp. 57-58 y añade este autor que “los bienes jurídicos no tienen una eterna validez iusnaturalista, sino que se ven afectados por los cambios en la estructura constitucional y las relaciones sociales.” *Ibidem. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?* *Op. cit.* p.458 En el mismo sentido, CUELLO CONTRERAS, J. “*El Derecho Penal Español*” *Op. cit.* p. 59.

18 QUINTERO OLIVARES, G. *Parte General del Derecho Penal*. Thomson Aranzadi. Elcano, 2010, p. 70.

19 JAKOBS, G. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 2000, p. 11.

20 Vid. ROXIN, C. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?*, en la teoría del bien jurídico. *Op. cit.*, p. 456-457. Roxin no comparte de este entendimiento, pues el sistema social no debe ser conservado por su propio beneficio, sino en beneficio de las personas que viven en sociedad.

21 OLMEDO CADERNETE, M y NETO ARAÚJO, F. *Introducción al derecho penal*. Ara Editores, Perú, 2007, p. 62-63

demasiado eficaz para los excesos del legislador y que cualquier máxima ha podido ser elevada doctrinalmente al rango de bien jurídico, existen bienes jurídicos inspirados en derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos cuya instrumentalización dogmática permite determinar el comportamiento penalmente relevante. Añade que “*la protección de la vigencia de la norma no proporciona criterios interpretativo alguno y sobre todo, no permite (de) limitar el alcance de la norma penal pues se carece de una guía valorativa que oriente la interpretación de los términos en los que se pronuncia el tipo penal*”.

Así, de acuerdo con lo expuesto, aunque el concepto de bien jurídico no presente unidad teórica en los debates científicos, su determinación constituye un criterio fundamental para el intérprete indagar el significado y fundamento jurídico de la conducta realizada. En este sentido, Olmedo Cardenete<sup>22</sup> sostiene que, “*el reconocimiento de un bien jurídico concreto y la determinación de su contenido sirve para acotar el alcance de la norma penal a través de su interpretación teleológica que toma de guía el bien jurídico tutelado por la norma*”.

Además, nos parece importante señalar que en un Estado social y democrático de derecho que sobrevive a la sombra de los riesgos matizados por la expansión del derecho penal<sup>23</sup>, la teoría de bien jurídico protegido consolida la misión del derecho penal que en palabras acertadas de Jescheck<sup>24</sup> “*es la protección de la convivencia en sociedad de las personas*”. Es decir, “*las normas penales sólo pueden perseguir la finalidad de asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre y pacífica garantizando al tiempo el respeto de todos los derechos humanos*”<sup>25</sup>.

En esta perspectiva, Cuello Contreras<sup>26</sup> enfatizando los argumentos de Jescheck señala que el Derecho penal tiene encomendada la tarea de proteger la coexistencia en sociedad según las directrices de la Constitución y, argumenta que “*sólo merecen protección penal aquellos bienes que realmente cumplen una función social imprescindible para la convivencia pacífica de todos, no bastando a tales efectos, con que se trate de un bien sólo relevante*

22 *Ibidem.*, p. 62

23 *Vid.* PÉREZ CEPEDA, A.I. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. IUSTEL, Madrid, 2007, p. 23. Opina la citada autora que la presión de la sociedad de riesgo incita a una política –criminal simbólica, ya que el logro de la seguridad se convierte en motivo determinante de la ordenación de la vida social, y como el derecho penal, ciertamente, debe sentirse vinculado al pensamiento democrático, está en la obligación de medir y traducir la discusión político criminal entre las instituciones comunitarias, de un lado, y la opinión pública de otro, que actualmente presenta dicha tendencia.

24 JESCHECK, H-H./ (WEIGEND), Th., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Traducción de la 5ª ed. Alemana por M. Olmedo Cardenete, Granada, 2002, p.2

25 ROXIN, C. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?* *Op. cit.* p. 447.

26 CUELLO CONTRERAS, J. *Presupuestos para una teoría del bien jurídico*. *Op. cit.* p. 461. Sobre la Finalidad del Derecho penal señala que ésta no será la de indicar a los ciudadanos, conforme a un orden ético determinado, como ha de dirigir su conducta sino solo garantizar la seguridad al objeto de que aquellos puedan desarrollarse individual y socialmente según su propia libertad y responsabilidad.

*a la luz de una determinada concepción ética, religiosa, ideológica o de cualquier otra índole, aunque se la dominante en la sociedad*<sup>27</sup>.

Desde nuestro juicio, consideramos que en una sociedad democrática y pluralista, la protección de los intereses jurídico penales se desvelan desde las necesidades sociales cuya escala de valores encuentra sus límites en los preceptos constitucionales que legitiman y fundamentan el Estado social y democrático Derecho. Así que, en este ámbito, el derecho penal, además de no poder amparar con sus normas intereses incompatibles con los acogidos por la Constitución, debe observar las valoraciones sociales mayoritarias que sirven de parámetro normativo fundamental para el legislador penal emprender su tarea de concreción legislativa de las conductas intolerables por su dañosidad social<sup>28</sup>.

### 2.1.2. Delimitación del Bien Jurídico Penal en la Sociedad del Riesgo

Partimos del entendimiento de que el bien jurídico es el fundamento material de la dogmática penal, sin embargo, debemos admitir que el análisis actual del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos en el ámbito del paradigma penal de las sociedades democráticas contemporáneas encuentra en los postulados de la sociedad global del riesgo desafíos de orden político criminal que sugieren cuestionamientos cuya discusión encierra controversias sobre la persistencia del citado principio y preconiza el apareamiento de una nueva dogmática penal.

En verdad, tal como ya hemos comentado, los tiempos que corren en el ámbito de las ciencias penales, no son precisamente los mejores para la teoría del bien jurídico. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, como elemento integrante de una teoría de la legitimación del Derecho penal, se encuentra en crisis.

Desde este planteamiento Moccia<sup>29</sup> observa que el bien jurídico sufre actualmente una crisis que cuestiona su función más significativa: *“la de delimitar la intervención penal, y ello como consecuencia de entender legítima la incriminación de conductas considerablemente alejadas de la agresión al bien jurídico, sin tener en cuenta el criterio del daño social de la conducta, en nombre de un exasperado pragmatismo de la eficiencia”*<sup>30</sup>.

27 *Idem.*, *El Derecho Penal Español. Parte General*. Op. cit., p. 54.

28 OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *Funciones y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*. Anuario de Derecho Penal, 1990, p. 10.

29 MOCCIA, S. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales. En: *Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, p. 113 y ss.

30 *Ibidem*, p. 114-115. Vid., FIGUEIREDO DIAS, J. *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A doutrina geral do Crime*. Coimbra Editora. Editora Revista dos Tribunais. 1ª ed. brasileira, 2ª ed. portuguesa, São Paulo, 2007, p. 133-154, quien aborda la actual crisis del derecho penal del bien jurídico.

En esta coyuntura, delimitar y precisar la legitimación del Derecho penal en una sociedad moderna y compleja como la que tenemos polariza polémicos argumentos sobre el presente y futuro del Derecho penal moderno<sup>31</sup>, sin embargo, la doctrina científica mayoritaria<sup>32</sup> sigue sosteniendo que al Derecho penal le corresponde la tutela de bienes jurídicos y que, por tanto, estos deben actuar como límite del *ius puniendi*.

Asimismo De Toledo y Ubieto<sup>33</sup> argumenta que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos tiene por objetivo dotar de ciertos contenidos materiales a esos bienes jurídicos en el sentido de obligar al Estado a deparar protección normativo-penal a determinados intereses y a no otorgársela a otros. En sus palabras

*Es producto de la lucha contra el Poder. Derivado de la confrontación histórica entre quienes, por encima de cambios cosméticos, procuran la inmovilización del sistema jurídico o su valoración en el único sentido del afianzamiento y expansión más sutil de su poder, pues con ese sistema satisfacen sus particulares intereses (de siempre ya realizados), y quienes pugnan por su modificación auténtica, y no solo por su leve permeabilización, ya que todavía no da cobijo o no lo da suficientemente a los intereses difundidos de la mayoría y al ejercicio efectivo de los que formalmente se reconocen a cada individuo (que están aún por realizarse).*

Ante tal razón, el fundamento material del bien jurídico, como requisito para la criminalización de conductas, además de ser imprescindible en un Estado social y democrático de Derecho<sup>34</sup> impone al legislador la obligación de concretar los valores de convivencia susceptibles de lesión en el desarrollo de las relaciones sociales, aunque, como advierte Silva Sánchez<sup>35</sup> haya una significativa discrepancia entre las concepciones doctrinales acerca del bien jurídico penalmente protegible y la realidad de los bienes jurídicos penalmente protegidos en virtud de los nuevos procesos de incriminación.

En esta línea, Ferrajoli<sup>36</sup> esboza cuatro criterios para una política criminal orientada a la tutela máxima de bienes con el mínimo necesario de prohibiciones y castigos. Según el referido autor, el primero y más importante es el criterio de justificar las prohibiciones

31 Vid., supra, p. 66-76.

32 Vid. MIR PUIG, S. Derecho Penal. PG. 6ª edic., p. 128 ss., advierte que como límite del *Ius puniendi* del Estado, se tiene que el Derecho penal se fundamenta en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos dentro de un Estado social y democrático de derecho vinculado a este principio se encuentra el principio de dañosidad o lesividad (*nullum crimen sine iniuria*), según el cual, el Derecho penal trata de evitar lesiones a los bienes jurídicos más importantes.

33 DE TOLEDO Y UBIETO, E.O. *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*. Op. cit., p. 19.

34 ZAFFARONI, E.R., /ALAGIA, A., /SLOKAR, A., Derecho Penal. Parte General. 2. Ed., Ediar, Buenos Aires, 2002. Op. cit., p. 483-511.

35 SILVA SANCHEZ, J. M. Aproximación al Derecho penal contemporáneo. Op. cit., p. 453.

36 FERRAJOLI, L. Derecho y Razón. Op. cit., p. 471.

sólo cuando se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social, completando la vaguedad del mismo, afirmando que ningún bien justifica su protección penal, en lugar de una de carácter administrativo o civil, si su valor no es mayor que el de los bienes de que priva la pena. Además, sugiere un criterio axiológico que establece que las prohibiciones no sólo deben estar “dirigidas” a la tutela de bienes jurídicos, sino que además deberán ser “idóneas”. De allí que “*una política penal de tutela de bienes tiene justificación y fiabilidad sólo cuando es subsidiaria de una política extrapenal de protección de los mismos bienes*”<sup>37</sup>.

Desde estos términos, se puede deducir que si un determinado bien jurídico puede estar razonablemente protegido sin recurrir al Derecho penal, no pueden inculparse las conductas lesivas del mismo. De este modo, la necesidad de protección penal aunque sea condición necesaria, no es condición suficiente, pues no todo bien jurídico que necesite la protección penal es, sólo por ello, un bien jurídico penal<sup>38</sup>.

En efecto, en concordancia con la referida línea argumentativa, podemos concluir que el contenido material del bien jurídico penal debe restringirse al merecimiento y necesidad de protección penal, lo que en palabras de Mir Puig<sup>39</sup> se expresa así: “*Para que un bien jurídico (en sentido político-criminal) pueda considerarse, además, un bien jurídico-penal (también en sentido político-criminal), cabe exigir de él dos condiciones: suficiente importancia social y necesidad de protección por el Derecho pena*”.

Es evidente que la idea de merecimiento de protección penal es compleja, y su concreción, dada su base axiológica, probablemente más difícil aún que la idea de necesidad de protección penal, ya que el bien jurídico penalmente protegible suele sujetarse a los cambios históricos y condicionarse por las estructuras socio-culturales de una sociedad<sup>40</sup>.

El merecimiento de la protección comprende la determinación de qué realidades es justo hacer uso de la protección penal, en el sentido de que se presenten especialmente valoradas y fundamentadas. En este sentido, como pone de manifiesto Silva Sánchez<sup>41</sup>, no basta con que un determinado bien jurídico merezca la protección penal, e incluso pueda necesitar de ella, ante la ineficacia de otros medios. Es preciso también que sea susceptible de ser protegido penalmente, extremos éste que no concurre en todos los casos, y para cuya valoración conviene tener muy en cuenta las condiciones reales de todo el sistema penal.

37 *Ibidem.*, p. 473.

38 Vid. SILVA SANCHEZ, J. M. Aproximación al Derecho penal contemporáneo. Op. cit., p. 456.

39 MIR PUIG, S. *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi*. En: AA. VV. *Estudios penales y criminológicos*, XIV, Santiago de Compostela, 1991, p. 162.

40 SILVA SANCHEZ, J. M. Aproximación al Derecho penal contemporáneo. Op. cit., p. 456

41 *Ibidem.*, p. 459.

De acuerdo con Muñoz Conde<sup>42</sup> una determinación injusta del merecimiento de pena es inaceptable desde el punto de vista normativo, por muy útil que parezca y añade que una determinación inútil del merecimiento de pena también es injusta, pues produce más daños que beneficios o porque, en todo caso, impone al ciudadano al criminalizar su conducta una carga que no es necesaria para conseguir una meta correcta y que, por tanto, no se puede justificar adecuadamente.

El bien jurídico, por lo tanto, sólo puede llegar a serlo, más allá de cualquier tipo de fundamentación normativa, cuando existe una clara necesidad social, que con cierta frecuencia se ponga en peligro o se lesione y cuya lesión produzca sentimientos reales de amenaza<sup>43</sup>.

Siendo así, nos parece oportuno destacar las palabras de Cuello Contreras<sup>44</sup>, quien afirma que “*respecto a los bienes jurídicos a proteger penalmente, debe reinar el mayor consenso social posible, por lo que, en la duda sobre la eficacia de la protección penal de un determinado bien jurídico, se debe optar por la no punición*”.

Asimismo plantea Tavares<sup>45</sup>, que

*La construcción valorativa del bien jurídico, como dato del ser, significa orientar su cognición al propósito de someter sus conclusiones a una contraprueba, o sea el proceso cognitivo debe estar subordinado, ante todo, a un juicio de refutabilidad correspondiente a los principios de un Estado democrático. [...] Con ello, solo será caracterizado como bien jurídico aquello que pueda ser concretamente lesionado o puesto en peligro, pero de modo tal que la afirmación de esa lesión o de ese peligro sea susceptible de un procedimiento de contestación. [...] Es preciso que ese valor presente además sustancialidad, de forma que se pueda fundamentar un procedimiento de demostración de la lesión o puesta en peligro sufridas.*

42 HASSEMER, W/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*. Op. Cit., p. 68.

43 Vid. MOCCIA, S. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*. Op. Cit., p. 60. Detaca que el estrecho vínculo con la realidad social ha propiciado que el bien jurídico asuma una importancia esencial en la reconstrucción del tipo de injusto y, por ello, un rol fundamental de garantía en la delimitación del instrumento penal. Por consiguiente, junto con la tradicional función dogmático-interpretativa, el bien jurídico ha pasado a desempeñar una función crítica y trascendente al sistema penal, entendiéndose como criterio decisivo para una política criminal expresiva del Estado social de Derecho. Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Dir.) *Fundamentos de Derecho penal*. PG. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. p. 97 “Si el Derecho penal de una sociedad democrática se legitima porque resulta necesario y útil para la prevención de hecho delictivos, es lícito llegar a la conclusión de que el recurso al Derecho penal (y a la pena) deviene en ilegítimo desde el mismo momento en que las investigaciones empírico-sociales sobre la criminalidad demuestran que es inútil o innecesario en orden a alcanzar el fin que se le asigna.

44 CUELLO CONTRERAS, J. *Derecho penal español. Parte general*. Op. Cit., p.66.

45 TAVARES, J., *Bien jurídico y función en Derecho penal*, (trad. Cunarro), Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 83.

Hechas estas consideraciones, en las reflexiones que siguen abordaremos, sin pretensión de exhaustividad, la protección penal de los bienes jurídicos colectivos.

### 2.1.3. La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos

La aparición de los bienes jurídicos colectivos se ha visto incrementada con el desarrollo de las sociedades actuales, principalmente ante el avance de la ciencia y de la tecnología en el marco de la sociedad global del riesgo cuyas consecuencias han propiciado la aparición de nuevas formas de criminalidad<sup>46</sup>. Frente a tal panorama, la doctrina científica señala la necesidad de cuestionar y redefinir dinámicamente los intereses merecedores de tutela penal<sup>47</sup>, pues, la legitimación de la protección penal los bienes jurídicos colectivos aún no manifiesta un consenso<sup>48</sup>.

De hecho, la incorporación en los textos penales de los bienes jurídicos colectivos ha sido ampliamente cuestionable<sup>49</sup>. Las reacciones frente a la protección penal de estos bienes inciden tanto en el aspecto de su legitimidad como de su eficacia. Los argumentos doctrinales suelen destacar la idea de vulneración del principio de exclusiva protección

46 MATA Y MARTÍN, R. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Comares. Granada. 1997, p. 5.

47 Vid., CORCOY BIDASOLO, M. *Protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales y derecho penal mínimo*. En: Derecho penal del siglo XXI. Consejo General del Poder Judicial, 2008, p. 370.

48 Vid. CORCOY BIDASOLO, M. Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal. Op. Cit. p.27ss. Sostiene la autora que La legitimidad o ilegitimidad de la protección penal de bienes jurídicos supraindividuales se debe encuadrar en el marco de la sociedad compleja en la que nos encontramos inmersos en los albores del S. XXI, y de las consecuentes nuevas sociedades, nevos valores, nuevos problemas de los miembros de la sociedad que, aun cuando 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 existen una serie de relaciones de interacción interpersonales anónimas crecientes, se tienen que ir cuestionando y redefiniendo dinámicamente los intereses merecedores de tutela penal. Vid. ROXIN, C. Derecho penal. Parte general. Op. cit. p. 62, quién resalta que: debe reflexionarse sobre el hecho de que para el mantenimiento de la vida en nuestro planeta, los tipos penales referidos al futuro, solo podrán realizar una pequeña aportación. En este campo, junto con convenios internacionales y trabajo informativo para cambiar las mentalidades, tendrá que entrar en juego el instrumental de política social de todo el ordenamiento jurídico. Es decir aunque nos viéramos forzados a ir aquí y allá más lejos de la protección de bienes jurídicos concretos y a proteger jurídico penalmente contextos de vida» mediante normas de conducta relativas al futuro, seguiría siendo válido en esa medida el principio de subsidiariedad. No obstante, aquí, se abren paso evoluciones que probablemente cobre, gran importancia en el Derecho penal del siglo XXI; pero, a lo sumo conducirán a una cierta relativización, y no a un abandono de la idea de bien jurídico.

49 Vid. SOTO NAVARRO, S. La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna”. Comares. Granada. 2003, p. 171ss. Vid. GRACIA MARTIN, L. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. Valencia. Tirant lo blanch. 2003, p. 132, quien apunta que la crítica, en realidad consiste en una negación de la condición misma de bienes jurídicos a estos nuevos objetos de protección penal. Lo protegido aquí, se dice, no serían en realidad bienes jurídicos, sino funciones, esto es, instituciones, modelos u objetivos de organización política, social o económica, o bien contextos, entornos o condiciones previas del disfrute de los bienes jurídicos individuales; en fin, sólo objetos ficticios de tutela que sirven de pretexto para una ampliación de la incriminación de comportamientos”

de bienes jurídicos, pues el grado de concretización de dichos bienes se difumina y la tipificación de las conductas expresan, sobre todo, objetivos de organización política, económica y social.

Dicha problemática confirma, por lo tanto, que uno de los cuestionamientos actuales que afronta la teoría del bien jurídico es su empleo en el ámbito de los denominados bienes jurídicos colectivos. La proliferación de reformas legales que introducen en los códigos penales preceptos protectores de tales bienes ha dado origen a una intensa polémica sobre su procedencia<sup>50</sup>.

Pues bien, hechas estas consideraciones, importa cuestionarse sobre qué es un bien jurídico colectivo. La doctrina científica expresa que estamos en presencia de un bien colectivo cuando “*sea conceptual, real y jurídicamente imposible de dividir este bien en partes y asignar una porción de éste a cada individuo*”<sup>51</sup>. Asimismo Soto Navarro<sup>52</sup> destaca que todo bien jurídico colectivo se caracteriza por poder ser disfrutado por cada miembro de la sociedad, de tal manera que nadie puede ser excluido en su uso, ni tampoco existe una rivalidad en el consumo, es decir, el uso o disfrute de ese bien por un individuo no perjudica ni impide que otro individuo haga lo mismo. Afirma que los rasgos más destacados de estos bienes son su titularidad compartida: la indisponibilidad, la indivisibilidad y su naturaleza conflictual. Sin embargo, advierte que ni la titularidad compartida ni la indisponibilidad son caracteres exclusivos de los bienes jurídicos colectivos, por cuanto también pueden predicarse, dentro de ciertos límites, de algunos bienes jurídicos individuales. En efecto, el auténtico criterio diferenciador nos viene dado con el rasgo de la indivisibilidad que sólo poseen los bienes jurídicos colectivos y es ahí en donde radica su especialidad.

Las posiciones se discrepan en claro antagonismo<sup>53</sup> cuando se refieren a su admisibilidad como categoría autónoma de la Ciencia penal. En este sentido, desde una visión

50 Vid. DÍEZ RIPOLLÉS J. L. *La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista*. RECPCR, nº 15, diciembre 1998, en <<http://cienciaspenales.org/REVISTA%2015/diez15.htm>>.

51 HEFENDEHL, R. *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes Jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*. trad. de E. Salazar Otuño, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) 04-14 (2002), p. 4, disponible en <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. El autor aún advierte que “*Tendríamos que ser prudentes en este punto e intentar en la medida de lo posible la erradicación del ordenamiento penal de los bienes jurídicos aparentes. Siempre que se oiga que un tipo delictivo debe proteger la validez del ordenamiento jurídico, la seguridad colectiva o el orden público o la seguridad del tráfico, debería colocarse junto a éstos una luz roja de alarma. ¿Qué es realmente la seguridad del tráfico? En nuestra opinión es simplemente la protección de los bienes jurídicos individuales (como la vida o la salud) de los participantes en el tráfico automovilístico. No se trata, pues, de un bien jurídico colectivo*”. *Ibidem.*, p. 9.

52 SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Op. cit., p. 194.

53 Vid. MIR PUIG, S. *Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como Límites del Ius Puniendi*. Op. cit., p. 205 y ss. Quién observa dos enfoques posibles en la valoración de los intereses colectivos. Uno, es contemplarlos desde el punto de vista de su importancia para el sistema social. Otro, valorarlos en función de su repercusión en los individuos. El primero es el adoptado por el Estado social autoritario, caracterizado por subordinar el individuo al todo social. El Estado social democrático ha de preferir el segundo enfoque:

estructuralista-sistémica, identificamos los bienes jurídicos colectivos sin referente individuales, es decir, aquellos que aluden a estructuras o instituciones básicas en el funcionamiento del Estado y del sistema social<sup>54</sup>.

A la inversa, Hassemer, Muñoz Conde, Padovani y Terradillos Basoco<sup>55</sup>, admitiendo que existe una relación de dependencia entre los bienes individuales y colectivos, argumentan que los bienes jurídicos colectivos sólo son legítimos en tanto que sirven al desarrollo personal del individuo. Estos autores estiman, en líneas generales, que la intervención penal debe orientarse en el sentido de que los intereses de la persona sean favorecidos frente a los de la sociedad y del Estado, funcionalizando los intereses generales desde el punto de vista de la persona y deduciendo los bienes sociales y estatales a partir de los individuales. Desde estos argumentos niegan la autonomía funcional de los bienes jurídicos colectivos y defienden un derecho penal vinculado a principios, que justifique y limite su intervención en función de si tutelan intereses humanos dignos de protección<sup>56</sup>.

Concretamente Hassemer<sup>57</sup> destaca que

*Un derecho penal que extiende su ámbito a todos los posibles bienes jurídicos universales se acerca al derecho administrativo y ello repercute también en la concepción de la pena que defienda. Ya no se trata del restablecimiento de bienes jurídicos palpables; se trata de predicciones de riesgo, de dominio del peligro, de intervención antes incluso de que se produzca la lesión. La diferencia entre represión y prevención, que tradicionalmente separa al derecho penal del derecho administrativo o de policía, ha devenido molesta y obsoleta.*

---

le importan los intereses colectivos en la medida en que condicionen la vida de los individuos. La razón es obvia: se trata de que el sistema social se ponga al servicio del individuo, no de que el individuo esté al servicio del sistema.

54 SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Op. cit., p. 181.

55 Vid. HASSEMER, W. *Rasgos y crisis del Derecho penal moderno*. Anuario de Derecho penal y Ciencias penales. Tomo 45, 1992, p. 235 ss.

56 Vid. SILVA SANCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Op. Cit., p. 301. Expresa el autor que “al ser la persona un ser social, sólo puede preservar y realizar sus intereses dentro de la sociedad y de las instituciones de la misma, lo que no sólo permite sino que incluso obliga a proteger penalmente, en ciertos casos, a la Administración pública o de Justicia, a las instituciones económicas o laborales. Pero sí, hace preciso concebir tales bienes en un sentido instrumental respecto a la persona humana, referencia fundamental, como vimos, de todo bien jurídico-penal. Ello tiene varias repercusiones: desde la perspectiva de la fragmentariedad, no podrán incriminarse modalidades de ataque a tales bienes que no redunden en peligro grave para los individuos; tal incriminación precisará de una especial fundamentación de las razones que lo abonan; asimismo, deberá obrarse con mayores reservas a la hora de fijar el ámbito de protección penal”. Vid., ALCACER GUIRAO, R. *La protección penal del futuro y los daños cumulativos*. Op. cit., p.162, quien explica que los bienes jurídicos colectivos, mas allá de las múltiples clasificaciones doctrinales, pueden dividirse en dos grandes grupos: bienes jurídicos intermedios, que se configuran como contextos previos de lesión de bienes jurídicos individuales, y que, por tanto, pueden reconducirse directamente a un bien jurídico personal y bienes jurídicos institucionales, los cuales comprenden realidades sociales que no se perfilan como meros sectores de riesgo para intereses individuales, sino que son verdaderos bienes.

57 HASSEMER, W. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 1999, p. 117.

*Ahora lo que queremos es prevención a toda costa, sin excepciones y con las armas más sofisticadas.*

En planteamiento similar, Moccia<sup>58</sup> afirma que si entendemos legítima la incriminación de conductas considerablemente alejadas de la agresión, pierde sentido la función de delimitación del bien jurídico, desde el momento en que la incriminación de cualquier conducta, incluso la más inocua desde el punto de vista de la dañosidad social, puede siempre reconducirse a la tutela de fundamentales, aunque remotos, bienes jurídicos.

Roxin<sup>59</sup>, refiriéndose a los bienes jurídicos colectivos, sostiene que el concepto de bien jurídico no puede limitarse a bienes jurídicos individuales y que por lo tanto debe incluir a los bienes jurídicos de la comunidad. Sin embargo, señala que éstos sólo son legítimos cuando en última instancia sirven al ciudadano individual.

En argumento similar, De Figueiredo Dias<sup>60</sup> opina que los bienes jurídicos colectivos deben ser considerados como auténticos bienes jurídicos y añade que la relevancia autónoma de los dichos bienes colectivos se deduce del potencial de multiplicación indeterminada de intereses de toda y cualquier persona.

Por otro lado, Stratenwerth<sup>61</sup>, propone que la protección debe recaer en conductas referidas al futuro, sin retro-referencia a intereses individuales, es decir, más allá de la protección de bienes jurídico-penales individuales, en respuesta a un marcado antropocentrismo.

Asimismo Corcoy Bidasolo<sup>62</sup> sugiere que la tutela de los bienes jurídicos colectivos debe estructurarse desde una protección jurídico penal de las normas de conducta referidas al futuro sin retro-referencia a intereses individuales. Según la citada autora, la nueva dogmática penal debe atender a los intereses de la actual sociedad sin olvidar los principios garantistas, no obstante, añade que los bienes jurídicos colectivos aunque autónomos tienen su calificación como intereses predominantes en la sociedad y su legitimación requiere que sirvan al mejor desarrollo personal de cada individuo en la sociedad.

58 MOCCIA, S. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y refugios liberales*. Op. cit., p. 115.

59 ROXIN, C. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?* Op. cit., p. 458.

60 FIGUEIREDO DIAS, J. *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A doutrina geral do Crime*. Op. cit., p. 150-151.

61 Vid. STRATENWERTH, G. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. En: HEFENDEHL, R. (Ed.) *La Teoría del bien jurídico. ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Op. cit., p. 371-372, indica que no se puede desconocer las consecuencias sobre las generaciones futuras, incluso, las decisiones normativas básicas que atañen a todos como colectividad, deben discutirse con razones para la cobertura penal o no, y ello debe hacerse sin el gravamen del dogma del bien jurídico. En sentido similar vid. DE FIGUEIREDO DIAS, J. p. 148-154.

62 CORCOY BIDASOLO, M. *Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos*. Op. Cit., pp.29-30. De la misma autora, vid., *Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y derecho penal mínimo*. Op. cit., 374.

Igualmente, Bustos Ramírez<sup>63</sup> señala que los bienes jurídicos colectivos hay que definirlos a partir de una relación social basada en la satisfacción de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo, y en conformidad al funcionamiento del sistema social.

Soto Navarro<sup>64</sup> añade que la diferencia respecto a los bienes jurídicos tradicionales de corte individual es que éstos se refieren a necesidades de uno con el otro, en tanto los bienes jurídicos colectivos están referidos a las necesidades de todos y cada uno de los miembros de un colectivo o del grupo social. Son, por tanto, bienes jurídicos macrosociales, referidos al funcionamiento del sistema que implican necesariamente una intervención estatal para promover la atención de dichas necesidades, superando las disfuncionalidades económicas y sociales.

Desde la perspectiva de Mir Puig<sup>65</sup>

*[...] la valoración de la importancia de un determinado interés colectivo exigirá la comprobación del daño que cause a cada individuo su vulneración. El problema que se plantea en este punto es el de si la extensión del interés a amplias capas de la población ha de conducir a afirmar la suficiente importancia de dicho interés para que pueda convenirse en objeto de Derecho penal. Puede suceder que un interés muy difundido en la sociedad no afecte a cada individuo más que en forma leve. El Estado social no puede desconocer la significación que por sí misma implica la extensión social de un determinado interés. Pero tampoco ha de prescindir de exigir como mínimo una determinada gravedad en la repercusión del interés colectivo en cada individuo.*

El autor apunta que esta sería una solución para evitar la actual tendencia de hipertrofiar el Derecho penal a través de una administrativización de su contenido de tutela que se produce cuando se prima en exceso el punto de vista del orden colectivo.

En definitiva, podemos sintetizar los debates doctrinarios cuanto a la legalidad y legitimidad de la tutela penal los bienes jurídicos colectivos entre los que argumentos postulados por los representantes de la Escuela de Frankfurt<sup>66</sup> que sostienen una teoría personalista del bien jurídico, desde la cual, los bienes jurídicos colectivos o universales sólo son legítimos en tanto sirvan al desarrollo personal del individuo y por otro lado los que defienden una protección autónoma de bienes colectivos en el sentido de que deben protegerse los bienes jurídicos colectivos independientemente si dañan la vida o salud de las personas.

63 BUSTOS RAMIREZ, J. *Los bienes jurídicos colectivos*. RFDUC, V. 11, 1986, p. 137.

64 SOTO NAVARRO, S. La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna” Op. cit., p. 174.

65 MIR PUIG, S. *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel, Derecho, Barcelona, 1994, p. 165.

66 HASSEMER/MUÑOZ CONDE. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Op. cit., p. 108 ss.

### 3. Conclusões

Así las cosas, en lo que respecta a esta investigación, la política migratoria como actividad estatal dirigida a ordenar los flujos migratorios se establece, según parte de la doctrina científica como bien jurídico colectivo, fundamentado en la protección de la estructura socioeconómica que supuestamente podría deteriorarse por un incremento de la presión migratoria<sup>67</sup>.

En verdad, su proyección como bien jurídico-penal se extrae sobre todo, de la coyuntura político-social retratada en la alarma social y el miedo, de la invocación a situaciones de emergencia, es decir, de que la inmigración se transforme en un riesgo incontrolable.

Ante tal razón, resulta complejo legitimar la política migratoria como bien jurídico-penal ya que, en rigor, se trata de una función estatal cuyos objetivos consisten en regular el control de los flujos migratorios.

Siendo así, teniendo en cuenta los planteamientos expuestos, opinamos que la protección penal de la política migratoria desde una perspectiva de *lege data*, difícilmente se justifica en virtud de la ausencia material del hecho punible.

En estos términos, la configuración típica del artículo 318 bis CP español, que estaba vigente antes de la reforma penal de marzo de 2015, planteaba problemas tanto cuanto a la legitimación cuanto a la aplicación pues, si consideramos que el objeto de lesión es la normativa administrativa que regula la entrada y permanencia de los extranjeros en España, la política migratoria se establece, por sí misma, como bien jurídico autónomo, alejándose de cualquier referencia a intereses personales.

Siendo así, importa considerar, que la intervención penal en el ámbito de los movimientos migratorios ha de realizarse en el marco del Estado de Derecho y con pleno respeto de los principios fundamentales del mismo.

Desde nuestro juicio, la protección penal de un bien jurídico no resulta propiamente de su naturaleza individual o colectiva, más bien de su importancia y relevancia para la sociedad, siempre y cuando los demás medios de control social hayan fallado en este objetivo.

Así, conforme pone de manifiesto Polaino Navarete<sup>68</sup>,

*No cabe legislar a golpe emocional de sangriento suceso de la realidad social, especialmente en materia penal, so consecuencia de alumbrar un resultado insatisfactorio, insuficiente, ineficaz o directamente contraproducente.*

67 Vid. ARROYO ZAPATERO, L. *Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos*. Op. cit., p.33

68 POLAINO NAVARRETE, M. La controvertida legitimación del derecho penal en las sociedades modernas: ¿más derecho penal? p. 720. Disponible en: <<http://vlex.com/vid/322135>>.

*Antes bien, el legislador penal ha de ser extremadamente cauto, ponderado y previsor en su tarea incriminadora de nuevas formas delictivas, que son el necesario contrapunto de los procesos descriminalizadores.*

Por ende y tras lo dicho, se puede afirmar que la intervención penal en los fenómenos migratorios atiende a la actual tendencia por la búsqueda de seguridad por medio del Derecho punitivo cuya actuación se revela en las formas de un Derecho penal del riesgo que se fundamenta en una política criminal de prevención<sup>69</sup>

#### 4. Referências

- ARROYO ZAPATERO, L. Y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., (Dir.): *Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos* en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca. Cuenca, 2001.
- BECK, U. *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo XXI de España, 2002.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. *Los bienes jurídicos colectivos*. RFDUC, 11, 1986.
- CORCOY BIDASOLO, M. Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. En: CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S. (Dir.)/ GÓMEZ, V. (coord.): *La Política Criminal en Europa*. Atelier, 2004.
- CUELLO CONTRERAS, J. *Presupuestos para una teoría del bien jurídico*. Anuario de Derecho Penal, 1981.
- CUELLO CONTRERAS, J. *Fundamentos para un sistema lógico-funcional del Derecho Penal. Más allá del ontologismo y el normativismo*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2006. Disponible en: RECPC 08-01 (2006) \_ <http://criminet.ugr.es/recpc> \_ ISSN 1695-0194;
- GOMÉZ DE LA TORRE BERDUGO, I/ ARROYO ZAPATERO, L. *Et al. Curso de Derecho penal. Parte General*. 2ed. Adaptada a la reforma de 2010 del CP. Ediciones experiencia. Barcelona, 2010
- IZQUIERDO, A *La inmigración inesperada*. Trotta. Madrid, 1996.
- MIR PUIG, S. *Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como Límites del Ius Puniendi*. En: Estudios penales y criminológicos, XIV, 1991.

<sup>69</sup> Vid., para profundizar el análisis: HERRERO, HERRERO, C. *La prevención, principal vía realizadora de la Política criminal*. En: BUENO ARÚS, F./ KURY, H., et al. (Directores). *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfredo Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 1237ss.

- MIR PUIG, S. *EL Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Ed. Ariel, S. A, Barcelona, 1994.
- MOCCIA, S. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales*. En: SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Ed.), *Política Criminal y nuevo Derecho penal, Homenaje a Claus Roxin*, Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- NAVARRO CARDOSO, F., *El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad*. En: PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004.
- POLAINO NAVARRETE, M. *La controvertida legitimación del derecho penal en las sociedades modernas: ¿más derecho penal?* En: MATEU CARBONEL, J.C Y OTROS(-Coords.) *Estudios penales en homenaje al profesor COBO DEL ROSAL*. Dykinson, Madrid, 2005.
- ROXIN, C. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?* en HEFENDEHL, R. (editor) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación o juego de abalorios dogmático?* Barcelona, 2007.
- SILVA SANCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. 2ed. Ampliada y actualizada. Buenos Aires, 2010
- SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Comares, Granada, 2003.
- ZUÑIGA RODRIGUEZ, L. *Política Criminal*. COLEX, Madrid, 2001.