

DELITOS DE TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS, OBJETOS O MERCANCÍAS

Paz M. DE LA CUESTA AGUADO

Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Cantabria

SUMARIO: A) La intervención penal en el control del tráfico de personas objetos o mercancía: valoración político criminal de la tipificación contenida en el Código Penal español. 1. Consideraciones preliminares. 2. Los delitos de tráfico de mercancías, objetos o personas en el Código Penal español. 3. Antecedentes históricos. 3.1 La intervención penal en el tráfico de armas. 3.2 Las restricciones penales al comercio basadas en razones de salud pública. 3.3 Tráfico de material documental con valor derivado de su significado jurídico. 4. El Derecho Penal económico y la intervención penal en los mercados. 4.1 Los delitos de tráfico de personas, objetos o mercancías como delitos económicos. 4.2 Modelos de intervención: modelo de prohibición y modelo de control. 5. La tipificación del tráfico. 5.1 Conductas punibles. 5.2 Valoración crítica. B) La protección de bienes jurídicos en los delitos de tráfico de personas, objetos y mercancías. 1. Estado de la cuestión: la automática vinculación entre bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. 2. Los bienes jurídicos colectivos como argumento para la legitimación de la intervención penal. 2.1 Referente material y objeto de la conducta. 2.2 Los bienes jurídicos protegidos en los tipos penales en concreto. 2.3 Objetos de comercio y objetos jurídicamente protegidos. 2.4 La teoría del bien jurídico protegido en los delitos de peligro. C) Epílogo.

Resumen: En el presente artículo hemos tratado de revisar los argumentos de Política Criminal de los que hemos denominado delitos de tráfico de personas, objetos o mercancías. Para ello se han seleccionado un grupo de delitos que reúnen características típicas comunes —estructuras típicas y verbos típicos, entre otros—, todos ellos destinados a impedir o limitar la participación —en sentido laxo— en actividades relacionadas con un determinado ámbito comercial o mercado en sentido estricto. Hemos comprobado que, pese a la similitud formal de los diferentes tipos de delitos, los bienes jurídicos en los que la intervención penal se fundamenta son de lo más variado, así como los «objetos» de dicho comercio. Una breve revisión histórica de los primeros deli-

tos relacionados con el tráfico de personas, objetos o mercancías pone de manifiesto que las tentaciones del titular de *Ius Puniendi* de regular —bajo la amenaza de una pena— ciertos intercambios de bienes y servicios (sexo, drogas, moneda...) es antigua, pero nuestra legislación histórica muestra con poco recato los intereses económicos a los que atiende —los delitos relativos a la prostitución han quedado fuera de esta investigación por sus especialidades—. El incremento exponencial de los delitos de tráfico de personas, objetos o mercancías producido durante el siglo XX, que se mantiene en este siglo XXI, debe relacionarse con la globalización de la economía y del Derecho Penal. Más aún: con el Derecho Penal de la globalización que, hemos visto, es básicamente un Derecho Penal económico con tintes de un Derecho Penal del riesgo, etiquetas, todas ellas, que tratan de designar problemas jurídicos sobre una misma realidad vista, quizá, desde distinta perspectiva. Los problemas de técnica jurídica propios de los delitos económicos en la actualidad son los problemas de los delitos que estamos analizando e, incluso, el concepto de Derecho Penal económico se adecúa perfectamente al contenido de estos tipos penales, lo que nos conduce a afirmar que éstos son propiamente delitos económicos, con los que comparten todas las características típicas, lo que abre nuevas perspectivas para su revisión y estudio —entre otros—, a los delitos de tráfico de drogas (supuestamente contra la Salud Pública); tráfico de órganos (supuestamente contra la Salud) o tráfico de armas (supuestamente contra el Orden Público). El presente artículo plantea que los delitos de tráfico de personas, objetos y mercancías están legislativamente destinados a prohibir o controlar un proceso comercial que se oculta bajo bienes jurídicos consolidados doctrinalmente (e incluso constitucionalmente), que las modalidades de conducta típicas tienen como finalidad facilitar la prueba —con merma de garantías, lo que es propio de un modelo penal autoritario—. Doctrinal y jurisprudencialmente se legitima la intervención penal en estos ámbitos en bienes jurídicos colectivos que se vinculan automáticamente con estructuras típicas de mera actividad y, como consecuencia, con delitos de peligro abstracto, en un círculo de categorías dogmáticas complejas que se interrelacionan en una argumentación sobre la que penden serias dudas. En este momento se estudian los bienes jurídicos protegidos, desde una perspectiva político criminal y dogmática, dejando para una publicación posterior la revisión de su relación con las estructuras típicas (delitos de peligro, delitos de mera actividad) y el concepto de autoría que subyace a los delitos que hemos seleccionado bajo la común denominación de delitos de tráfico de personas, objetos y mercancías.

Palabras clave: Derecho Penal económico, globalización, bien jurídico protegido, comercio, valores colectivos, objeto del delito, delitos de peligro.

Abstract: In this article we review the arguments of Criminal Policy of which we have called crimes of trafficking in persons, objects or goods. For this, it has been selecting a group of crimes that meet common features —structures, verbs, etc.—. These crimes try to prevent or limit commercial activity in a particular area. Despite the formal similarity of the different types of crimes, we found that social interests in which criminal law is based are quite varied, as well as the «objects» of the trade. A brief historical review of the oldest crimes trading related shows that the state seeks to regulate (under threat of a penalty) certain exchanges of goods and services for a long time. But in our historic legislation does not hide economic interests it serves —crimes related to prostitution have been left out of this research for its specialties—. The exponential increase of crimes of trafficking in persons, objects or goods produced in the twentieth century, which remains in the current century, must relate to the globalization of the economy and the Criminal Law. Moreover, the Criminal Law of Globalization is basically an economic Criminal Law: An Economic Criminal Law with the characteristics of a Criminal Law of a Risk Society. All these labels seek to appoint legal problems on the same reality view, perhaps, from different perspective. The problems of economic crimes today are identical to those we are discussing and even the concept of economic criminal law can clarify these crimes. So we can say that we are facing genuine economic crimes. This opens new perspectives for review and study, among others, to drug trafficking crimes (supposedly against Public Health); organ trafficking crimes (supposedly against Health) or arms trafficking crimes (supposedly against Public Order). This article argues that crimes of trafficking in persons, objects and goods are legislatively intended to prohibit or control a commercial process that is hidden under other legal goods or social interests legally and constitutionally protected. Alike, it is stated that these kinds of conduct are intended to facilitate that the prosecutor prove beyond a reasonable doubt that the accused person committed a criminal offence.

In these areas, Jurisprudence legitimises the criminal intervention of Criminal Law in collective legal goods which are automatically linked to conduct crimes and, therefore, with crimes of abstract danger. But this argument will be questioned in this article. This research focuses on the study of protected legal goods. In a later publication will review its relationship with the typical structures (danger crimes, conduct crimes...) and, also the concept of authorship behind the crimes we have selected under the common denomination of crimes of trafficking in persons, objects and goods.

Keyword: Criminal Law, Globalization, legally protected goods, commerce, collective values, object of the crime, danger crimes.

A) **La intervención penal en el control del tráfico de personas objetos o mercancía: valoración político criminal de la tipificación contenida en el Código Penal español**

1. *Consideraciones preliminares*

I. Dispersos por nuestro Código Penal podemos encontrar una serie de delitos que, sin aparente conexión entre ellos, presentan características típicas y verbos típicos comunes si no idénticos y están destinados —según la redacción típica— a sancionar la realización de conductas a las que genéricamente podríamos denominar de «tráfico de personas, objetos y mercancías». Estos delitos, entre los que destaca como «delito-estrella» el delito de tráfico de drogas, presentan una estructura típica compleja y problemas técnicos importantes que sirven como compendio de las cuestiones que más han interesado a la Doctrina en estos últimos años: estructura típica de delitos de peligro abstracto, bienes jurídicos protegidos y la vinculación entre ambos.

En la década de los 80 del siglo pasado, la Doctrina ya realizó una poda significativa sobre los tradicionalmente considerados como delitos de peligro abstracto para excluir, de entre ellos, aquellos que eran meramente formales. Así, fueron quedando al margen de la tipicidad penal, interpretativamente primero y *de lege data* después, los delitos de policía, los delitos consistentes en la violación de reglas ético-morales o ético-religiosas, o las meras infracciones de carácter administrativo, lo que vino a significar una reducción cuantitativa de los delitos de peligro abstracto y su sometimiento a crítica en cuanto que categoría bajo la que encontraban amparo dogmático delitos de peligro y mera actividad poco respetuosos con los principios de lesividad y culpabilidad. La posición mayoritaria en España propugnaba «reconvertir» los viejos delitos de peligro abstracto en delitos materiales, en los que era preciso constatar un mínimo de peligrosidad mediante fórmulas diversas y, especialmente, mediante la reinterpretación de los delitos de peligro abstracto en delitos de peligro hipotético, en línea con la propuesta de GALLAS¹ traducida

¹ GALLAS, W., «Abstrakte und Konkrete Gefährdung», en *Festschrift für Ernst Heinitz Zum 70. Geburtstag*, Berlín, 1972, pp. 171 ss. Sobre su propuesta puede verse también HOYER, A., *Die Eignungsdelikte*, Berlín, 1987, pp. 24 ss.

y adaptada a nuestro Ordenamiento Jurídico por TORÍO LÓPEZ². Indudablemente este proceso de racionalización de la intervención penal tuvo como punto de partida la reevaluación de los bienes jurídicos que se pregonaban como dignos de protección, lo que permitió detectar cómo la categoría de los delitos de peligro abstracto —cajón de sastre, como fue calificada ya en aquellos momentos— era utilizada por el Legislador como estructura que obviaba la evaluación crítica del bien jurídico protegido efectivamente en cada tipo penal.

El Código Penal de 1995 fue muy receptivo con los avances doctrinales en línea garantista y, específicamente, con el debate sobre la constitucionalidad de los delitos de peligro y mera actividad (delitos de peligro abstracto), lo que se tradujo en la preferencia por los delitos de peligro concreto. El nuevo Código Penal, sin embargo, también tipifica algunos delitos de peligro que no son de resultado, en ocasiones con críticas doctrinales, pero ahora sí, avalados por la legitimidad procedimental de la que carecía la legislación penal anterior.

II. Designo como «delitos de tráfico de personas, objetos o mercancías» un grupo de tipos penales con modalidades de acción muy similares en las que los objetos del tráfico comercial son objetos, productos o personas que son tratadas como objeto de transacción en la estructura del mercado (arts. 156 bis 1 o 312 CP). Desde una perspectiva de Política Criminal, la necesidad de intervenir penalmente en determinados mercados, limitando las transacciones comerciales, se ha justificado o por la peligrosidad inherente a los objetos o sustancias objeto de mismo o, cuando el tráfico versa sobre personas, en la Dignidad Humana, valor esencial de nuestro Ordenamiento Jurídico pero que difícilmente puede cumplir las funciones que la Dogmática exige a los bienes jurídicos protegidos³. Junto a lo anterior, la

² TORÍO LÓPEZ, A., «Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)», en *ADPCP* (1981), pp. 865 ss.

³ El concepto de «Dignidad de la persona» tiene un indudable peso simbólico y argumentativo, pero, como concepto material que es, no sirve para delimitar su propio contenido y su valor radica en ambiguas presunciones. Su inclusión en la Constitución Española no aporta tampoco valor normativo alguno (Véase PECES-BARBA MARTINEZ, G., *Derechos y derechos fundamentales*, Madrid 1993, p. 193). El meta-concepto Dignidad de la persona inspira el principio por el cual toda persona tiene derecho a gozar del estatuto jurídico reconocido a las personas (en mi opinión, además, el más amplio de ellos) que incluye el reconocimiento de Derechos Humanos, derechos de las minorías en el sentido propuesto por Dworkin (véase en DWOR-KIN, R., *Los Derechos en serio*, Madrid 1997), etc. Pero ni reúne los requisitos que la Dogmática exige a los bienes jurídicos para ser penalmente protegidos, ni serviría para legitimar una concreta intervención penal por su excesiva amplitud y vaguedad. Sería muy útil, sin embargo, para impedir la racionalización de la intervención penal mediante la presunción de validez y legitimidad que aporta. Más ampliamente, DE

intervención penal en el tráfico comercial se explica porque en una economía de mercado —que se sustenta en el intercambio de bienes y servicios (comercio o «tráfico») — la propia actividad comercial tiene sustantividad propia para, en determinados supuestos, justificar la intervención penal. En este sentido, la STS 321/2005, de 10 de marzo, reconoce expresamente que «*traficar, acorde con nuestro Diccionario de la Lengua, supone tanto como comerciar o negociar*». Ahora bien, esta opción de Política Criminal dista mucho de ser pacíficamente aceptada, pues desde una perspectiva criminológica la intervención penal no ha obtenido los objetivos propugnados y, sin embargo, produce otros efectos adversos (creación de mafias, peligrosidad añadida para los consumidores, aplicación selectiva de la pena a los eslabones más bajos de la cadena, etc.). Bien es cierto que las reticencias doctrinales se plantean con diversa intensidad para los distintos delitos —e incluso en algunos no se plantea, como sucede con el tráfico de armas o de materiales nucleares o radiactivos—. Por otro lado, no puede negarse que la intervención penal sancionando el tráfico comercial que solo es típico si es ilícito extiende una sombra de duda sobre las finalidades de la intervención penal, habida cuenta de que, al final, podría resultar que fuera la ausencia de control administrativo lo que convirtiera la conducta en punible. Bien es cierto que en las materias a las que nos referimos, al menos en general, el control administrativo puede ser esencial, por cuanto que garantiza —o al menos eso se supone— la seguridad y sanidad en el tráfico de mercancías y productos y, por tanto, en el mercado. Aun así este argumento no sirve para acallar todas las dudas doctrinales. Por otro lado, y con independencia de planteamientos genéricos, la concreta intervención en cada mercado necesita de específicos argumentos legitimadores.

Desde una perspectiva puramente dogmática, este heterogéneo grupo de tipos penales presenta características comunes en cuanto a los fines que cada uno de ellos persigue —y, en este sentido son homogéneos— entre las que cabría destacar: dificultades para la determinación de los bienes jurídicos protegidos; amplitud de la descripción de las conductas típicas que podrían atentar contra el principio de taxatividad; concepto extensivo cuando no extenso de autoría; estructura típica y dificultades para determinar el momento de la consumación, entre otros. Todo ello junto a la confusa variedad terminológica de la que hace alarde el Legislador penal para describir lo que, aparentemente al menos, es muy similar, si no idéntico.

LA CUESTA AGUADO, P. M., «Persona, dignidad y Derecho Penal», en *Libro Homenaje al Prof. Barbero Santos, de Berdugo Gómez de la Torre/Arroyo Zapatero (dir.)*, Salamanca-Ciudad Real, 2001, pp. 209 *passim*.

2. *Los delitos de tráfico de mercancías, objetos o personas en el Código Penal español*

I. El grupo nada desdeñable de tipos penales cuyo *nomen iuris* hace referencia al «tráfico» de personas, objetos o mercancías en nuestro Código Penal, podemos distinguir siete subgrupos de tráfico punible:

- 1) En primer lugar enunciaremos los supuestos de tráfico de personas, en los que incluiremos las siguientes modalidades: 1.1. Tráfico de mano de obra (art. 312 CP); 1.2. Tráfico de personas (arts. 177 bis CP; 313 CP y 318 bis CP); 1.3. Tráfico de personas para extracción de órganos (art. 156 bis.1 CP).
- 2) En el art. 156 bis.1 CP aún podemos distinguir una nueva modalidad típica de tráfico de órganos distinta del tráfico de personas.
- 3) Como tráfico punible de material documental (en sentido amplio) podemos incluir : 3.1. Tráfico de material pornográfico relativo a menores: art. 189.1.b) y 7 CP⁴; 3.2. Tráfico de documentos de identidad falsos, art. 392.2.2 CP; 3.3. Tráfico de certificados, art. 299.2 CP, o 3.4. Tráfico de moneda (art. 386 CP).
- 4) Entre los delitos destinados a tipificar el tráfico de programas informáticos o similares, enunciaremos los artículos 248.2.b), 270 y 286.1.1.^a CP.
- 5) Entre los delitos relativos a la fauna y la flora, nuestro Código Penal incluye dos modalidades de tráfico de objetos ambientales, el tráfico de «especies vegetales» (art. 332 CP) y el tráfico de «especies animales» (art. 334 CP).
- 6) Especial importancia cobran los delitos relativos al tráfico de sustancias o materiales peligrosos entre los que podemos distinguir los siguientes: 6.1. Tráfico de materiales nucleares y sustancias radiactivas (art. 345 CP); 6.2. Tráfico de productos químicos y sustancias nocivas para la salud que no son calificadas como drogas o estupefacientes (arts. art. 348 CP, 349 CP, 359 CP y 360 CP); 6.3. Tráfico de sustancias dopantes (art. 361 bis CP); 6.4. Tráfico de drogas y precursores

⁴ Incluyo el material pornográfico como documento porque suele aparecer como documento gráfico cualquiera que sea su soporte (papel fotográfico, digital, etc.) tal y como reconoce la Exposición de Motivos de la LO 15/2003, de 25 de noviembre *por la que se modifica el Código Penal*, o la SAP Alicante (Sección 3.^a) 204/2001, de 15 de octubre.

(arts. 368 CP y siguientes) y, finalmente, 6.5. Tráfico de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes (art. 568 CP).

- 7) Finalmente, como categoría independiente, catalogaremos el tráfico de armas tipificado en el art. 566.1 CP.

II. Por su parte, la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando regula el delito de tráfico ilícito por antonomasia: el delito de contrabando⁵. El estudio de las modalidades delictivas que se presentan bajo la figura del delito de contrabando no va a ser objeto de este trabajo. Por un lado, los delitos de contrabando no son homogéneos a los aquí seleccionados y materialmente, introducen un elemento ajeno a los tipos contenidos en el Código Penal: la vulneración del régimen aduanero. La vulneración de la actividad de control desarrollada por las autoridades aduaneras, como característica común a los delitos de contrabando tiene carácter instrumental; no constituye el bien jurídico protegido. Los bienes jurídicos protegidos serían Erario Público, «intereses de política comercial», «protección de un monopolio comercial», etc.⁶. En el Código Penal, sin embargo, el criterio sistemático utilizado con los delitos que intervienen en procesos de comercialización ha sido, precisamente, el del bien jurídico. Pero la razón fundamental por la que se excluyen estos tipos penales de esta investigación es que los preceptos penales de la LO 12/1995 magnifican los problemas formales y materiales que el grupo de delitos seleccionado por nosotros presentan, a la vez que plantean un heterogéneo abanico de posibilidades concursales con ellos.

3. *Antecedentes históricos*

Ya en el grupo de delitos seleccionado, nos encontramos ante modelos de intervención penal que desbordan los estrechos márgenes del denominado Derecho Penal clásico y, aunque la mayoría de los tipos penales que conforman el objeto de nuestro estudio han sido introducidos en el periodo democrático y protegen bienes jurídicos protegidos de muy reciente configuración, algunos cuentan con antecedentes en nuestra legislación histórica.

Así, con antecedentes incluso —salvando, lógicamente, las diferencias— en las VII Partidas o en la Novísima Recopilación, po-

⁵ Sobre la evolución histórica y la Ley Orgánica de contrabando de 1982 puede verse MUÑOZ MERINO, A., *El delito de contrabando*, Elcano (Navarra), 1992.

⁶ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2.^a ed., Valencia, 2005, p. 848.

demos encontrar ya, en los primeros códigos penales, delitos que tipifican el tráfico de personas, objetos y mercancías en los siguientes ámbitos: entre los delitos contra el Orden Público, delitos que limitan el libre comercio de armas; entre los delitos contra la Salud Pública, delitos que limitan el libre comercio de medicamentos y, finalmente, delitos que tipifican el libre comercio de documentos u objetos con valor representativo en el tráfico jurídico (moneda falsa, documentos de identidad falsos, etc.). La intervención penal en estos ámbitos ha ido ampliándose a partir del s. XX, con la excepción de los delitos relativos a la prostitución que, aunque conocidos desde antiguo, se han ido reduciendo para, a grandes rasgos y con excepciones, centrarse en la protección del bien jurídico protegido «libertad o indemnidad sexual»— y los delitos de tráfico de armas, que, cual Guadiana, aparecen y desaparecen según la orientación más o menos liberal de los Códigos penales, hasta que en el Código Penal de 1944 se asientan definitivamente.

Otras figuras delictivas, en cambio, son fruto de los cambios sociales, económicos y tecnológicos vividos que desde la segunda mitad del siglo XX han conducido a la expansión del Derecho Penal y a la intervención en nuevos mercados. Así, en 1964, como consecuencia de los acuerdos con los EEUU y como condición de estos para la cesión de tecnología nuclear a la España franquista, se introduce en nuestro Ordenamiento Jurídico un nuevo delito de tráfico de materiales nucleares y radiactivos en una ley especial, la Ley de Energía Nuclear. Posteriormente, los movimientos migratorios originados por el desequilibrio entre diversas regiones del planeta han conducido al Derecho Penal a intervenir para restringir un mercado de trabajo en el que la mano de obra pudiera circular libremente. El Código Penal de 1995 introdujo nuevas modalidades de tráfico (objetos ambientales) y amplió otros tradicionales (nuevas sustancias peligrosas). Finalmente la reforma operada por la LO 5/2010 en el Código Penal ha añadido los delitos de tráfico de órganos, lo que significa que al Derecho Penal se le abre un campo de actuación nuevo. No obstante, no todas las modalidades delictivas que vamos a estudiar son de reciente aparición. Por el contrario, los primeros códigos penales ya contenían tipos penales destinados a proteger a los consumidores y a la sociedad en su conjunto frente a productos lesivos para la salud de las personas o para el propio Estado. Así, como ya hemos adelantado, el Código Penal de 1822 introducía restricciones a la libre circulación en tres sectores económicos: armas, medicamentos o drogas. Junto a ellos, también se tipificaba el tráfico

de ciertos documentos falsos y la prostitución⁷. En la actualidad, salvando las distancias, se mantiene la intervención en cada uno de estos sectores si bien se realiza, al menos en el plano teórico, con diversa fundamentación⁸:

3.1. La intervención penal en el tráfico de armas

La evolución histórico-legislativa de la intervención penal en el mercado de armas⁹ muestra una creciente severidad. En nuestros primeros códigos penales tan solo se sancionaba la tenencia de armas o, todo lo más, la fabricación y tráfico de explosivos que puedan causar estragos. Aun así, la evolución de la tipificación de la tenencia de armas o explosivos dibuja una estrecha vinculación con el régimen político al que el Código Penal responde y con la necesidad de los distintos gobiernos de controlar el arsenal armamentístico de la población en general como garantía de su propia supervivencia, sobre todo en regímenes dictatoriales —de hecho, con la salvedad de CP 1822, solo los códigos de 1928 (que entró en vigor durante

⁷ Sobre la que, como hemos advertido, no vamos a detenernos en este trabajo.

⁸ Junto a los anteriores algunos otros preceptos del Código Penal tipifican o, de alguna forma, hacen referencia al tráfico de objetos. Así, por ejemplo, el art. 298 CP —receptación—. Sin embargo, existen suficientes diferencias con los delitos que aquí hemos seleccionado para excluirlos de esta reflexión.

⁹ Sobre la evolución histórica del delito de tráfico de armas puede verse BELESTÁ SEGURA, L., «Aproximación al estudio del delito de tenencia de armas prohibidas» en *Noticias Jurídicas*, enero 2004, disponible en línea en <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200401-4855121201041110.html> (citado: 11.11.2011) El Código Penal de 1822 destinaba a «la fabricación, venta, introducción y uso de armas generalmente prohibidas por los reglamentos» los arts. 358 y ss. en su Título III «*De los delitos contra la seguridad interior del Estado y contra la tranquilidad y orden público*» junto a delitos como la rebelión, sedición o «*de los motines, tumultos, asonadas ú otras conmociones populares*». En los siguientes códigos penales, desaparece y no vuelve a tipificarse una conducta similar hasta el Código Penal de 1870 en el que, como falta contra el orden público se sanciona a «los que usaren armas sin licencia» (art. 591), pero aún no el tráfico. Conductas de tráfico de armas no vuelven a tipificarse hasta el Código Penal de 1928, cuyo art. 542 tipifica, como delito, el uso y tenencia de armas de fuego sin autorización y el art. 560, fabricar, facilitar, vender o transportar sustancias explosivas que puedan ocasionar grandes estragos. El Código Penal de 1932, de nuevo prescinde de la tipificación del comercio, e incluso, del uso de armas. El Código Penal de 1944 ya regula de forma prolija la tenencia y uso (arts. 254 y ss.) de armas y en los arts. 264 y ss., poseer, fabricar, suministrar, transportar sustancias explosivas con el fin de atentar contra la seguridad nacional. Similar es la regulación del Código Penal de 1973 —punición de la tenencia de armas y del tráfico (en sentido amplio) de explosivos—. De modo que el tráfico de armas, como tal, no se tipifica hasta el Código Penal de 1995, en el art. 566 los delitos contra el Orden Público («los que fabricaren, comercialicen o establezcan depósitos de armas o municiones no autorizados...»).

la dictadura de Primo de Rivera) y los de 1944 y 1973 (durante la dictadura de Franco) tipifican como delito la tenencia de armas (y el tráfico de explosivos que puedan causar estragos). Esta necesidad de control sobre la población y su capacidad armamentística se mantiene también en la actualidad en sistemas políticos no democráticos y, en nuestro «globalizado mundo» ha adquirido una nueva dimensión interestatal que muestra cómo, efectivamente, el control del arsenal en manos de la población es una estrategia política para mantener (o destituir) a los gobernantes¹⁰. Desde esta perspectiva el control sobre el mercado de armas es el control sobre el «poder político»¹¹.

La globalización de los mercados y de los conflictos armados ha tenido un pronto reflejo en el mercado (y tráfico) de armas. Así, la democratización y estabilización del sistema político español ha alejado el fantasma de las «asonadas», por lo que el argumento político ha desaparecido del debate doctrinal —aunque también en la historia reciente de la democracia han existido grupos armados cuya finalidad

¹⁰ Los recientes —en el momento de escribir estas líneas— ejemplos de la intervención internacional en Libia, Siria o, en general, en la represión de la «Primavera Árabe» dan buena muestra de ello. La «Comunidad Internacional» —es decir, los estados con intereses en el petróleo y las economías de estos países y con industria armamentística— decide si armar a la población (o no) en función de diversos criterios entre los que no hay que olvidar el intereses por mantener (o no) a un gobierno en un determinado momento.

¹¹ Este argumento también es válido en EEUU. La segunda enmienda de la Constitución estadounidense literalmente dice: *«siendo necesaria una milicia bien ordenada para la seguridad de un Estado libre, no se violará el derecho del pueblo a poseer y portar armas»*. Esta redacción, sumamente confusa, ha generado ríos de tinta. Las razones históricas del privilegio de los ciudadanos a portar armas en EEUU se remontan a la tradición jurídica inglesa que permitía a los individuos tener armas con la finalidad de poder acudir en apoyo del rey en caso de necesidad. Con el tiempo se fue limitando hasta acabar con el derecho a portar armas en el Reino Unido, pero se mantuvo para las colonias, de donde lo toma el derecho estadounidense. No obstante, los autores de la segunda enmienda de la Constitución de los Estados Unidos introducen, junto al argumento de seguridad nacional, un nuevo argumento para el ciudadano: es el derecho a portar armas para defenderse (de otros individuos o del propio Estado que se extralimite) con lo que no se cede al Estado el exclusivo derecho a la defensa de los individuos. En 2008 y 2010 la Corte Suprema de Estados Unidos ha reconocido y extendido a todos los estados y ciudades el derecho de los individuos a portar armas. Trayectoria similar a la del Reino Unido es la acaecida en el sistema jurídico español. Las VII Partidas, en la Partida Segunda, Título 21, Ley 4 concebía la posesión de armas como un deber de buen ciudadano con una doble finalidad: defender al rey y defenderse a sí mismo (*« Y comoquiera que todo hombre que tenga voluntad de ser bueno debe esforzarse por tenerlas, tanto los oradores que dijimos, como los otros que han de gobernar las tierras por sus labores y por sus trabajos, con todo esto no hay ninguno a quien convenga más que a los defensores, porque ellos han de defender la iglesia y los reyes y a todos los otros, y la cordura les hará que lo sepan hacer a su provecho y sin su daño»*).

ha sido acabar con el sistema político instituido y precisamente a ellos iban dirigidos estos preceptos— y ha sido sustituido por el argumento del «orden público» que, aplicado al tráfico de armas, se entiende (o se trata de definir) como la seguridad de las personas frente al peligro que entrañan las armas de fuego (en manos de la población, se entiende)¹² y que ha justificado la introducción —rompiendo con la tradición de nuestros códigos penales— del tráfico de armas en un código penal democrático. Este argumento, que trata de justificar la intervención penal (o la utilización del arma penal) del mercado armamentístico en la seguridad de las personas, quiebra cuando se aborda el estudio de los arts. 566 CP y 568 CP desde una perspectiva sistemática.

En la actualidad, los delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos se ubican en el Capítulo V del Título XXII del Libro II del Código Penal, rubricado como *de los delitos contra el Orden Público*, justo después de los desórdenes públicos y antes de los delitos sobre organizaciones y grupos criminales, incluidos los terroristas. Y el propio «Orden Público», como bien jurídico protegido en todo el título y, por tanto, también en este capítulo, es definido por la Doctrina más garantista como «la tranquilidad en las manifestaciones colectivas de la vida comunitaria»¹³. Junto a ello se suele argumentar que la intervención penal en el mercado o tráfico de armas es necesaria para reducir la criminalidad violenta¹⁴, aunque, este último argumento no haya podido ser comprobado empíricamente. Ya en España, se permite a los ciudadanos, bajo control de Estado, poseer y usar armas de fuego con finalidades distintas al Orden Público o a la defensa de las personas —para la caza—. En Galicia se ha debatido recientemente sobre la posibilidad de bajar la edad para participar en sesiones de caza a los 14 años y la edad para

¹² Por todos, GARCÍA ALBERO, R., en *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 9.ª ed., Cizur Menor, 2011, p. 2183, afirma que el bien jurídico protegido es «la seguridad frente a los riesgos derivados de la libre circulación y tenencia de armas y explosivos».

¹³ Así MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 18.ª ed., 2010, p. 884, quien, además, también reconoce el origen político a estos delitos —en p. 902— «en cuanto se priva de este modo al ciudadano de un medio eficaz para atacar al poder o resistirlo y en cuanto le permite (el) control de medios peligrosos y violentos como son las armas de fuego; es una manera de reducir la criminalidad violenta de grandes proporciones y asegurar la tranquilidad pública».

¹⁴ En España es común fundamentar la limitación del acceso de los ciudadanos a las armas de fuego con el argumento de la seguridad de las personas —en el convencimiento de que lo contrario generaría una violencia más grave—. Así, el Tribunal Constitucional (STC 24/2004, de 24 de febrero) ha afirmado que el bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de armas, municiones y explosivos es la «seguridad ciudadana y mediatamente la vida y la integridad de las personas».

usar armas de fuego a los 16, lo que implica el acceso de personas muy jóvenes a las armas de fuego. Esta decisión de la comunidad autónoma gallega obedece a intereses económicos pero incidirá —si llega a producirse— en el ámbito de la tipicidad, al menos en los márgenes geográficos de la Comunidad Autónoma. Y a los efectos que ahora nos interesan, ayudan a identificar (y ponen de manifiesto) los intereses políticos y económicos sobre los que se asienta la intervención penal en el tráfico de armas.

Ahora bien, como consecuencia de la globalización económica, junto al factor interno (control del orden público), aparecen nuevas razones para la intervención penal del mercado de armas: la necesidad de controlar la extensión de conflictos armados en otros estados (o de mantener en el poder a determinados gobernantes o echarlos según los intereses de los estados que producen y tiene las armas) y la más reciente necesidad de proteger a los propios estados del Primer Mundo de ataques de grupos terroristas.

Con ello, el «Orden Público» que ha servido para fundamentar la intervención penal en el mercado de armas interno en el siglo XIX, en el actual siglo XXI adquiere una nueva dimensión de la que dan fe la expansión del Derecho Internacional Humanitario y la proliferación de acuerdos internacionales para el control armamentístico¹⁵; argumento que, por cierto, en modo alguno puede legitimar o justificar la intervención penal, que solo puede fundamentarse en la protección de bienes jurídicos y —como ha puesto de manifiesto ROXIN— la *ratio legis* no es, todavía, un bien jurídico¹⁶ (como tampoco lo son las obligaciones adquiridas en el plano internacional por el Estado español).

En resumen, las ideas que he intentado exponer hasta ahora en relación con este tema serían las siguientes: primero, en nuestro Ordenamiento Jurídico no siempre se ha considerado que el tráfico de armas fuera peligroso para las personas. Solo se ha prohibido el tráfico y la posesión de armas cuando se vio que *era peligroso para los gobernantes*. Segundo, no se limita completamente el tráfico de armas sino

¹⁵ Y, como en otros sectores del Derecho Penal, son precisamente compromisos internacionales los que acaban siendo alegados como fundamento de la Legislación penal. Así, por ejemplo, la LO 5/2010, 22 de junio, reforma parcialmente los arts. 566 y 567 CP para incluir en el catálogo de armas prohibidas las minas antipersona y las municiones en racimo con la finalidad expresa de adecuar estos delitos a los Instrumentos de Derecho Internacional Humanitario ratificados por España. Puede verse más ampliamente FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., «Tenencia, tráfico y depósito de armas y explosivos» en *Comentarios a la Reforma penal*, de F. J. ÁLVAREZ GARCÍA y J. GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), Madrid, 2010, pp. 500 ss.

¹⁶ ROXIN, C., *Problemas actuales de la Dogmática penal*, Lima, 2004, pp. 39 ss.

inicialmente solo el tráfico interno, aunque cada vez más se interviene también en el tráfico de armas internacional (bombas de racimo, etc.) pero no por *razones de orden público*. Tercero, en la limitación extra-penal del tráfico de armas junto a posibles razones de orden público se detectan razones de otro tipo, entre ellas, económicas¹⁷.

3.2. Las restricciones penales al comercio basadas en razones de salud pública

También la salud pública, como concepto independiente de la salud de las personas, aparece ya en el Código Penal de 1822 y lo hace como criterio legitimador de la intervención penal en el mercado¹⁸. En aquel primer código, los delitos contra la salud pública se dirigían a sancionar, por un lado el intrusismo profesional y, por otro, la comercialización de sustancias peligrosas para la salud, sin respetar los requisitos y condicionantes administrativamente impuestos¹⁹. Es decir, ya se observa cómo la intervención penal cumple una doble finalidad: una, con funciones legitimadoras, la protección —siquiera mediata— de la salud de las personas mediante el aseguramiento de las condiciones de salubridad²⁰ y otra, oculta y con fines prácticos, tendente a asegurar un equilibrio de intereses económicos en un

¹⁷ Según el *Informe Grimmett*, del Servicio de investigación del Congreso de los EEUU publicado el 10 de septiembre de 2010 sobre el mercado de armas, el 40 % de las ventas de armas mundiales en el periodo 2002-2009 corresponde a EEUU con un total de 166.278 miles de millones de dólares, seguido de Rusia, Francia, Reino Unido, China, Alemania e Italia. Puede verse en línea en www.fas.org/sgp/crs/weapons/R42017.pdf (citado: 15 de octubre de 2010).

¹⁸ Por el contrario, la legislación histórica en España anterior a la codificación aunque tipifica conductas de venta de medicamentos, venenos o similares no lo hace como forma de protección de la colectividad, sino desde una perspectiva individual (así la Partida Séptima, Título 8, Ley 6 y Partida Séptima, Título 23, Ley 2).

¹⁹ El Código Penal de 1822 destina el Título IV —inmediatamente a continuación de los delitos de tráfico de armas— a los delitos contra la Salud Pública, arts. 363 y ss. En estos delitos, con las salvedades que se hacen en el texto, se pone ya de manifiesto la preocupación social y estatal por garantizar el cumplimiento de normas de seguridad en productos peligrosos pero necesarios para la salud (medicamentos).

²⁰ O, en una definición acogida favorablemente por Doctrina y Jurisprudencia, «como conjunto de condiciones positivas y negativas que posibilitan el bienestar de las personas». En contra, HEFENDEHL, R., «¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto», en *RECPC* 04-14 (2002), para quien «si tomamos el caso del Derecho Penal en el ámbito de las drogas, en esta parcela se dice que lo que se protege es la Salud Pública, un bien jurídico colectivo. Pero tras un análisis detenido puede afirmarse que la salud pública no es ni más menos que la salud de todos los miembros de la sociedad. No se trata de un bien jurídico colectivo sino de la suma de bienes jurídicos individuales». En similar sentido, parece, la STS 3542/2004, de 24 de mayo, «la salud pública de la colectividad está formada por la salud de cada uno de sus componentes».

sector del mercado que muestra cada vez mayor pujanza, el de los medicamentos, mediante la introducción de delitos que, de forma más o menos explícita, persiguen el intrusismo. Esta finalidad menos explícita pretende controlar un determinado mercado y reforzar la normativa administrativa relativa a la ordenación de actividades económicas propias de los delitos económicos.

La regulación penal se encuentra en la actualidad enfrentada al mismo dilema que el Legislador de 1822 y responde de forma no muy distinta.

- a) Por un lado, se hace imprescindible garantizar la salud pública, entendida como el conjunto de las condiciones de salubridad pública, de donde se deriva la necesidad de controlar penalmente la creación de riesgos intolerables en relación a la puesta en circulación de productos o alimentos de uso masivo y peligroso para la salud. Nos encontramos en uno de los ámbitos del denominado Derecho Penal del Riesgo²¹, ámbito propio de las figuras típicas y las formulaciones dogmáticas que incorporan el riesgo permitido. Ahora bien, es preciso advertir ya que la ineludible obligación estatal de garantizar la inocuidad de los productos que se colocan en el mercado y la subsiguiente necesidad de sancionar con penas de suficiente gravedad a las conductas infractoras, no puede servir como disculpa para sancionar cualquier actividad contraria a la ordenación estatal del mercado de medicamentos o drogas.
- b) Por otro lado, este mercado —el de medicamentos y drogas— es otro de los sectores económicos más pujantes en esta economía globalizada. En la regulación del actual Código Penal español, los delitos que tipifican el tráfico de sustancias peligrosas o medicamentos han sido separados del delito de tráfico de drogas, que aparece frente a los tipos generales contra la Salud Pública como un delito especial destinado al control de mercado de la droga²². Es precisamente esta regulación del comercio de la droga uno de los modelos más agresivos de intervención penal en un mercado; intervención que está orquestada e impuesta por un reducido y selecto club de estados consumidores

²¹ Puede verse DE LA CUESTA AGUADO, P. M., «Derecho Penal económico y nuevas tecnologías», en *Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores*, de L. RUIZ RODRÍGUEZ (ed.), Valencia, 2002, pp. 188 ss.

²² No se puede dejar de señalar cómo los delitos destinados a intervenir en el mercado de los medicamentos tienden a proteger la correcta actuación de las multinacionales farmacéuticas —empresas del Primer Mundo— en tanto que la represión del tráfico de drogas perjudica especialmente a estados del Tercer Mundo.

y no productores —del Primer Mundo— a los estados productores —Tercer Mundo o en Vías de Desarrollo.

La intervención penal en el mercado de la droga se justifica en la protección de la Salud Pública aunque, en ocasiones, se confunde con argumentos de orden público, seguridad ciudadana (miedo al drogadicto) o de cumplimiento de compromisos internacionales y, en otras, se intuyen argumentos de tono moralizante²³. Sin embar-

²³ Moralizantes son también las razones que tradicionalmente han justificado la intervención penal en el mercado del sexo mediante la represión de la prostitución y del tráfico de material pornográfico. En la actualidad, la represión de la prostitución —término cargado de connotaciones morales negativas— se sanciona en el Código Penal en los arts. 187 y siguientes y 189 y siguientes— en tanto en cuanto atente contra la libertad o indemnidad sexual de los sujetos sometidos a ella. En nuestro Ordenamiento Jurídico, el comercio del sexo, en que consiste la prostitución, se encuentra en un limbo legal que ha sido fuertemente criticado por algunos sectores —especialmente por las personas que participan en él vendiendo sus servicios— pues su regulación, más allá de la intervención penal o administrativa prohibicionista o sancionadora despierta fuertes críticas. Nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma expresa por considerar que las mujeres sometidas (voluntaria o forzosamente) a prostitución deben ser consideradas trabajadoras a efectos penales (véase HAVA GARCIA, E., «Trata de personas, prostitución y políticas migratorias» en *Estudios penales y criminológicos XXVI* (2006), pp. 116 ss. De la misma, también, «La lucha contra la trata de personas para su explotación sexual. Instrumentos punitivos disponibles y factores criminógenos derivados del sistema» en *Mujer y Trabajo* de E. Ruiz Pérez (coord.), 2003, pp. 205 ss.). En el sentido del texto, el Acuerdo del Pleno celebrado el 30 de mayo de 2006 y la STS 3794/ 2006, de 5 de junio, rompiendo con doctrina previa, considera que el concurso entre el delito de explotación sexual (188 CP) y el de explotación laboral (art. 312.2 CP) debe ser tratado como concurso real («pues las acciones son distintas y no están en función de instrumentalidad») a la vez que consolida la aplicación del art. 318 bis CP en supuestos en los que el empleador introduce ilegalmente en España a personas extranjeras para su explotación sexual. Esta posición jurisprudencial viene a incidir en el reconocimiento de los derechos laborales (a efectos penales) de las personas que ejercen la prostitución bajo la organización empresarial ajena. En esta sentencia queda aún por desgarrar las diferencias entre la situación de explotación sexual y la situación de explotación laboral, estrechamente relacionadas por cuanto la explotación sexual constituye el objeto de la prestación laboral. En este sentido véase DE LA CUESTA AGUADO, P. M., «Tratamiento jurisprudencial de los supuestos complejos de explotación sexual y laboral», en *Revista de Derecho y proceso penal*, 19 (2008), pp. 123 a 129. De la misma autora, también, «Mujeres inmigrantes y siniestralidad laboral: acoso, explotación y esclavitud», *Revista de Derecho social*, n. 41 (2008), pp. 75 a 93). y, concretamente, es doctrina consolidada la que considera que, a efectos penales, la prestación de servicios retribuidos en un local de alterne, por tiempo determinado y sometido a horario, para la captación de clientes al objeto de consumir o de mantener relaciones sexuales, ha de ser considerada relación laboral. Por otro lado, aunque legalmente la prostitución no es considerada por los poderes públicos como una actividad económica, a efectos laborales o fiscales, lo cierto es que en numerosas ocasiones, buscando precisamente legalizar la actividad e integrar en el sistema de la Seguridad Social a las trabajadoras del sexo, se declara la actividad bajo el epígrafe de «hostelería»

go lo cierto es que la intervención penal en el mercado de la droga no solo no ha evitado el consumo masivo, sobre todo en jóvenes —lo que constituye un auténtico problema social creado no solo, y quizá no en su mayor parte, por el tráfico de drogas²⁴— sino que, además, ha permitido la formación de grandes empresas mundiales de la droga que controlan y tienen a sus pies a los estados productores y de tránsito²⁵ —que además, ven limitadas sus posibilidades de desarrollo e, incluso, su autonomía política.

3.3. Tráfico de material documental con valor derivado de su significado jurídico

El cuarto y último mercado en el que el Derecho Penal interviene tradicionalmente es el mercado de documentos o signos que llevan asociado un valor: documentos identificativos, moneda, etc., valores todos ellos de los que el Estado aparece como garante y que, en ocasiones, están asociados al control estatal sobre los ciudadanos (documentos identificativos). El Legislador penal, una vez más, se enfrenta a un mercado en cuya existencia o control tiene un enorme interés para él, bien porque el propio Estado puede ser el defraudado²⁶ y directamente perjudicado, en términos económicos, por esta pujante «actividad mercantil», bien por una razón política de «control del territorio».

La intervención penal en estos ámbitos es, también, antigua, aunque no siempre los delitos han tenido idéntica orientación político criminal y, desde luego, los problemas que se plantean como consecuencia de avances científicos o tecnológicos no encuentran reflejo en

y las prostitutas son dadas de alta como camareras o limpiadoras (generalmente a tiempo parcial, cualquiera que sea su dedicación). Desde una perspectiva económica también el mercado del sexo, aunque alegal, genera cuantiosos beneficios. Pero, a diferencia de lo que sucede en el tráfico de armas o de medicamentos o drogas, la intervención penal ha ido contrayéndose para abandonar modelos de intervención penal fundamentados en argumentos morales, que no acababan con el mercado del sexo pero generaban criminalidad, marginación y un mercado boyante de cuyos beneficios, históricamente, diversas instituciones sociales (muy morales) se han beneficiado.

²⁴ Véase, con bibliografía, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., *Derecho penal español. Parte especial. II*, de F.J. Álvarez García (dir.), Valencia, 2011, pp. 1250 ss.

²⁵ Véase ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «La necesidad de un cambio de paradigma en el tráfico de drogas: la urgencia de su legalización», en *CPC* 105 (2011), pp. 200 ss.

²⁶ En estos grupos se observa que salvo los delitos relativos a la prostitución y pornografía que se han ido reduciendo, los demás grupos han sufrido un efecto expansivo, especialmente los delitos contra la Salud Pública.

los textos antiguos²⁷. Sirva como ejemplo la Ley de las VII Partidas, que sanciona hasta con pena de hoguera a quienes fabriquen moneda o manipulen las monedas legalmente emitidas para extraer de ellas parte del metal del que están hechas²⁸. El Código Penal de 1822, por su parte, ya contempla modalidades típicas que son la base de los actuales delitos contenidos en el Código Penal. Ahora bien, el tráfico en este Código de 1822 —y en los inmediatamente posteriores— se restringe a la moneda (metálica). Se mantienen como modalidades típicas básicas la de «cercenar» —quitar metal— o falsificar con aleaciones a las monedas —lo que en nuestro actual Código Penal permanece bajo el significado más amplio de «alterar» del art. 386.1.1.º CP— y se tipifica una primera modalidad de tráfico consistente en «contribuir a expender o introducir» (art. 384 CP 1822). Esta amplísima redacción, que eleva a la categoría de autor lo que serían incluso actos preparatorios punibles o conductas de participación, desaparece en el Código Penal de 1848 que sanciona la conducta solo de quien «expenda o introduzca». En el art. 301 CP 1928 se sanciona, como «reos de tentativa», a «quienes estén en posesión para la expendición», conducta que, tras desaparecer en el Código Penal de 1932, se reintroduce en el de 1944. Cabe destacar, además, que salvo el Código Penal de 1822 que ubica este conjunto de delitos (arts. 379 a 382) en el epígrafe de los «delitos contra la Fe Pública» —criterio sistematizador del bien jurídico protegido— los restantes códigos penales, incluido el actual, abandonan este criterio para agruparlos bajo el epígrafe «De las falsedades» —criterio de la modalidad de conducta—, reconociendo con ello implícitamente que no es la Fe Pública el bien jurídico protegido (o no solo).

De esta brevísima revisión histórica conviene resaltar dos ideas: primera, que el Legislador históricamente ha estado muy interesado en intervenir en el mercado de la moneda para controlar la «calidad del producto» (aunque también para garantizar la exclusividad de la emisión, pues la acuñación de moneda era una derecho del monarca, por lo que se consideraba un atentado contra la propia soberanía) y, segunda, que, con la excepción del Código Penal de 1822, los códigos históricos limitaban la sanción penal a conductas de «fabricar, introducir en España» o «expender moneda»²⁹. La redacción típica en el

²⁷ Pero no está tipificado el tráfico de moneda.

²⁸ Véanse: Partida Séptima, Título 2, Ley 1; Partida Séptima, Título 7, Ley 4 y Partida Séptima, Título 7, Ley 9.

²⁹ Sobre la situación durante la guerra Civil, puede verse CORPORALES LEAL, C., «Moneda y Guerra Civil española: delitos monetarios», en MUÑOZ SERRULLA, María Teresa (Coord.), *Estudios de Historia Monetaria, Ab initio*, núm. extraord. 1 (2011), pp. 169-202, disponible en www.ab-initio.es.

Código Penal de 1995 es menos taxativa y así, el verbo «cercenar» se sustituye por el mucho más impreciso de «alterar»; a la modalidad de «introducir» se le une la de «exportar»; la «posesión para la venta se sanciona como mera «tenencia» y a «expender» se le añade la conducta de «distribuir», que añade poco contenido y mucha indeterminación³⁰.

³⁰ La normativa sobre control de cambios, como conjunto de medidas impuestas por el gobierno para conocer los movimientos de capital que salen o entran en el estado español, aunque se presenta como un instrumento necesario para la economía por cuanto que la masiva salida de capitales podría generar problemas de envergadura, adolece de un cierto «descontrol» —el descontrol del control de cambios—. Junto a la necesidad de conocer el estado del flujo de capitales y de controlarlo, se justifica el control de cambios por la necesidad de restringir el blanqueo de capitales fruto de actividades delictivas, especialmente, del tráfico de drogas (sobre la evolución histórica del régimen español del control de cambios y su justificación tradicional véase STS de 21 de marzo de 1985). Los delitos monetarios se introducen en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 40/1979, de 10 de diciembre *sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios*, cuyo capítulo II, bajo el epígrafe de «Delitos monetarios», tipificaba varias modalidades de delitos dolosos (art. 6) e imprudentes (art. 8) e imponía penas privativas de libertad (art. 7), en tanto que en el art. 9 establecía la competencia de la Jurisdicción española en este ámbito. Pero, ya aprobada la Constitución Española de 1978 la tipificación de delitos mediante ley ordinaria, como era la L 40/1979, no era aceptable. Así lo reconoció la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de abril de 1983. Poco después, la LO 10/1983, de 16 de agosto, reformó el capítulo II de la L 40/1979, de 10 de diciembre, subsanando el defecto de inconstitucionalidad. Posteriormente, la STS de 21 de marzo de 1985 (ponente: De Vega Ruiz) resolviendo el recurso contra la citada SAN de 25 de abril de 1983, llegó a afirmar que la LO 10/1983 (en vigor en el momento de dictar esta sentencia pero no en el momento de comisión de los hechos) «legítima, por decirlo de algún modo», los preceptos penales de la L 40/1979 de *control de cambios*. Este argumento era insostenible y así, la STC de 11 de noviembre de 1986 apreció parcialmente el recurso y declaró la nulidad de la imposición de una pena de privación de libertad con base en el art. 7 de la L 40/1979 y, posteriormente, el Pleno del TC en STC 160/1986 de 16 diciembre declaró la inconstitucionalidad del párrafo primero del art. 7.º de la L 40/1979, de 10 de diciembre, en cuanto imponía sanciones de privación de libertad, por su contradicción con lo dispuesto en el art. 17.1 en relación con el art. 81.1 de la Constitución, al no revestir el precepto cuestionado carácter de Ley Orgánica. Conviene recordar que esta declaración de nulidad de la art. 7.1 CP no afecta a los restantes preceptos penales de la L 40/1979, de 10 de diciembre y, en cualquier caso, la declaración afecta a esta ley en su versión original (1979). En consecuencia, aunque el art. 7.1 de la L 40/1979, de 10 de diciembre era inconstitucional, el art. 7.1 de la misma ley introducido por reforma efectuada por la LO 10/1983, de 16 de agosto ya no es inconstitucional y, por tanto es perfectamente aplicable, y así lo hizo la STS 2756/1992, de 28 de enero. La situación jurídica va a cambiar con la entrada en vigor del art. 73.B del Tratado de Maastrich, que liberaliza los mercados de capitales y que tiene como consecuencia que el estado español perderá la capacidad de imponer un control previo sobre los movimientos de capital. La STS 901/1995, de 19 de julio aborda este problema. La cuestión que hay dilucidar, en palabras de la propia sentencia es «si el referido Tratado al entrar en pleno vigor en España tras su ratificación, ha descriminalizado en su integridad las conductas tipificadas en el artículo 6.1.a) de la Ley 40/1979 y su modificación por la LO 10/1983 y los RR DD 1816/1991; es decir, si «hic et nunc» cualquier movimiento de capitales entre Estados miembros de la Unión no sólo precisa de autorización administrativa previa, sino que incluso tampoco exige la previa decla-

De esta breve revisión histórica de los más antiguos delitos de tráfico de objetos o mercancías —aún no de personas— podemos extraer como conclusión la relación, ya en sus orígenes, de estos delitos con intereses económicos o políticos. La cuestión a tratar ahora es, en qué medida los actuales tipos penales que estamos estudiando bajo la etiqueta común de «delitos de tráfico de personas, objetos y mercancías» siguen respondiendo a intereses económicos o políticos y no a intereses comunes básicos de toda la sociedad.

4. *El Derecho Penal económico y la intervención penal en los mercados*

4.1. Los delitos de tráfico de personas, objetos o mercancías como delitos económicos

I. Si tuviéramos que enunciar los rasgos más característicos de la sociedad actual, en comparación con otros estadios históricos, po-

ración». La sentencia concluye que el Tratado permite que el estado exija una previa declaración del movimiento de capital o divisas y concluye que, en nuestro ordenamiento jurídico seguirán siendo típicas las conductas que, cumpliendo los demás requisitos del art. 6.1 de la L 40/1979 —en la versión dada por la LO 10/1983—, no realicen la previa declaración preceptiva. Esta interpretación, en la práctica, sustituye la «previa autorización» por la «previa declaración» lo que, según el ponente Sr. Montero Fernández-Cid —y, probablemente, en exclusiva—, no infringe el principio de legalidad por cuanto no es crear *ex novo* un requisito típico, sino interpretar en beneficio del reo la ley penal. El art. 6.1, objeto de controversia, tipifica la importación y exportación de moneda, billetes de banco «o cualquier otro medio de pago o instrumentos de giro o crédito», sin autorización previa. El contenido y condiciones de las autorizaciones administrativas, al tratarse de una ley penal en blanco correspondería al gobierno. Pues bien, posteriormente, el RD 1638/1996, de 5 de julio, eliminó la obligación de autorización previa para hacer compatible la regulación española con la normativa comunitaria lo que dejaría sin efectos virtualmente el art. 6 de la citada ley de control de cambios. Esto es lo que también parece pensar la Exposición de Motivos de la Ley 19/2003, de 4 de julio *de prevención del blanqueo de capitales* (cuyo título fue reformado por L 10/2010 para pasar a denominarse *sobre Régimen Jurídico de los Movimientos de Capitales y de las Transacciones Económicas con el Exterior y sobre determinadas Medidas de prevención del Blanqueo de Capitales*) cuando afirma que «al suprimirse en 1996 el único supuesto subsistente de delito monetario consistente en la exportación de moneda metálica, billetes de banco y cheques bancarios al portador, en pesetas o en divisas, por importe superior a cinco millones de pesetas o su contravalor, sin haber obtenido autorización previa, la reforma operada en la L 40/1979, de 10 de diciembre, por la L O 10/1983, de 16 de agosto, ha quedado completamente vacía de contenido». Pese a ello, su Disposición derogatoria Única establece que «quedarán derogadas la L 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios, con excepción de su capítulo II, en la redacción dada por la Ley Orgánica 10/1983», es decir, precisamente los arts. 6 y ss. Puede verse SERRANO GÓMEZ, A., «¿Réquiem por los delitos monetarios?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 320 (1997), *passim*.

dríamos afirmar que son la globalización, el riesgo y el capital. Para afrontar los retos que ello implica la Doctrina Penal ha construido los conceptos de Derecho Penal de la globalización, Derecho Penal del riesgo y Derecho Penal económico, que constituyen modelos teóricos explicativos —en ocasiones, con tintes legitimadores— de las nuevas formas de intervención penal. No podemos ahora detenernos a analizar los efectos de la globalización en los mercados, la economía, las comunicaciones, etc., pero me gustaría resaltar algunas ideas: En primer lugar, el —así denominado— Derecho Penal globalizado se caracteriza por la preocupación por la solución práctica más que por la perfección teórica —entendiendo por solución práctica aquella que menos dificultades para su aplicación presenta³¹, lo que, en numerosos supuestos significa la utilización de tipos que lesionan el principio de taxatividad y que ocultan presunciones en perjuicio del reo al eliminar los requisitos probatorios, siempre incómodos para la acusación. Ello favorece, en segundo lugar, la expansión del Derecho Penal con la supuesta pretensión de «no dejar márgenes de impunidad» —lo que, a menudo, se utiliza como argumento para evitar la crítica a la «excesiva practicidad» de la solución penal—. La expansión del Derecho Penal asociada a la sociedad del riesgo (y al Derecho Penal del riesgo), sin embargo, más que una expansión derivada de la necesidad de asumir nuevos riesgos y profundizar en la democratización política y económica del sistema social —como parece que se propugna— fomenta la intensificación de la sanción punitiva en delitos clásicos —y muy especialmente en terrorismo y tráfico de drogas y delincuencia fruto de la marginación— con la revitalización de tendencias punitivas de corte autoritario³², que se legitiman con la vinculación de esta línea de actuación político criminal a la Sociedad del Riesgo³³. Este concepto, «Sociedad del Riesgo», sirve así para convertir a la seguridad en un valor autónomo y superior a cualquier otro, que legitima la intervención penal con un signo claramente autoritario³⁴.

³¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed., Madrid, 2001, pp. 82 s. También p. 90 donde afirma: «El Derecho Penal de la globalización no es, sin embargo, todo el Derecho Penal. Como se indicó al inicio, se concentra en la delincuencia económica u organizada y en modalidades delictivas conexas con éstas».

³² RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Un aproximación desde la Constitución a las fronteras del Derecho Penal*, Valencia, 2012, pp. 25 s.

³³ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, p. 267.

³⁴ MUÑOZ CONDE, F., «El nuevo Derecho Penal autoritario», en *Libro Homenaje al Prof. Ruiz Antón*, Valencia, 2004, p. 803.

Los delitos de tráfico mercantil (de personas, objetos o mercancías) buscan también la justificación derivada de la globalización del riesgo precisamente en la línea de actuación político criminal menos social o democrática; y ello no solo en relación con el tráfico de drogas —punto inevitable de referencia— sino también en otros, como los delitos de tráfico de personas migrantes o el tráfico de tecnología informática del art. 286 CP. En la (actualmente presunta) Sociedad del Bienestar, la seguridad se ha convertido en un derecho, «el Derecho a la Seguridad», que se ha entendido en un sentido también autoritario y no en el democrático del derecho a que los bienes e intereses legítimos de los ciudadanos sean reconocidos frente a intereses económicos o políticos, en el sentido dworkiniano de derechos (individuales) capaces de vencer a las mayorías. Y se da la paradójica circunstancia de que, mientras se reclama el desmantelamiento del Estado del Bienestar, al amparo de la crisis económica iniciada en 2007, se refuerza el recurso al «derecho a la seguridad»³⁵.

En tercer lugar, es conveniente recordar que el Derecho Penal «globalizado» sigue directrices político criminales diseñadas en el ámbito internacional y, finalmente, el ámbito propio de la globalización penal es la economía; o más concretamente, la intervención en la economía; lo que nos lleva a afirmar *prima facie* que, los delitos derivados de la globalización son delitos económicos.

II. El comercio es un factor esencial de crecimiento económico. Precisamente, la economía de mercado se fundamenta en la interrelación de mercados abiertos, que, sin restricciones o con las mínimas restricciones posibles, permitan el tráfico de mercancías y productos entre distintas zonas geográficas, estados o continentes.

El proceso expansivo de la economía globalizada ha configurado un único mercado global (con diferentes submercados según la zona o el producto). El tránsito o movimientos de mercancías y productos de la más diversa índole se produce también a nivel mundial y abarca desde productos agrícolas o financieros, apuestas sobre futuros, monedas o créditos hasta trabajadores y salud. La

³⁵ Véanse, si no, los proyectos de investigación I+D+I concedidos por el Ministerio correspondiente del Gobierno de España en el año 2012 en materia de Derecho Penal. Con alguna excepción en materia de política criminal, los temas de las investigaciones concedidas, podrían clasificarse en menores mujeres, víctimas (lo que, en cierto modo es reiterativo), defensas policiales y pena de muerte —y esto en un año en el que acaba de entrar en vigor una importante reforma del Código Penal y estaba en marcha otra también de calado—. Bien pareciera que al prelegislador le interesa mucho tener distraída a su Doctrina penal en asuntos importantes, sin duda, pero bien alejados del ejercicio de su *Ius Puniendi*.

economía mundial actual está basada en la apertura de los mercados y la des-localización de la producción (junto a la acumulación de capital) y los pactos geopolíticos entre estados cada vez mas fundamentados en la constitución de mercados sin restricciones (UE, Mercosur, Bloque del Pacífico, Tratado Trilateral de Libre Comercio EEUU-Canadá-Méjico, etc.). La globalización³⁶ (y desregulación) de los mercados obliga a la globalización del mercado de capitales y, con ello, a la acumulación del capital³⁷. En este panorama coexisten zonas geográficas de mercados más o menos abiertos y mercados «controlados» en los que la libertad de movimientos se somete a restricciones por parte de algunos estados. En ciertos casos, los estados recurren al Derecho Penal para asegurar las reglas de participación y los límites del mercado; la ley penal se convierte en un instrumento de control (de control del mercado y control de las autoridades y administraciones encargadas de controlar el mercado); su finalidad, en palabras de PORTILLA CONTRERAS «es la pacificación interior, el control de los sectores no productivos y productivos en movimiento mediante las políticas de seguridad y orden público»³⁸.

III. La imposición de limitaciones o restricciones a los mercados tradicionalmente se ha fundamentado en la necesidad de garantizar la seguridad, la salud pública o en la necesidad de proteger intereses económicos y/o estratégicos³⁹. Estas actuaciones de control, restrictivas de la libertad de los mercados, pueden parecer contrarias a los principios de la economía de mercado amparada por nuestro Ordenamiento Jurídico. Ahora bien, los tipos penales destinados a garantizar la libre concurrencia en el mercado, la igualdad o la transparencia o, en definitiva, el Derecho Penal económico, no protege determinados principios económicos en cuanto que ideología económica, sino el orden económico⁴⁰ como sistema jurídico

³⁶ Véase FLICK, G. M., «Globalizzazione dei mercati e globalizzazione Della giustizia», en *Riv. Trim. Dir. Pen. Dell'Econ.*, 2000, pp. 591 ss.

³⁷ Puede verse sobre las consecuencias de la globalización en el control jurídico de las empresas GRACIA MARTIN, L., «El Derecho Penal ante la globalización económica», en *El Derecho Penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, de J. R. Serrano-Piedecabras y E. Demetrio Crespo (Dir.) Madrid, 2010, pp. 64 ss.

³⁸ PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Valencia, 2007, pp. 32 s.

³⁹ Pues como pone de manifiesto la Doctrina no todos los tipos penales que se ven afectados por la globalización responden a este fenómeno, sino, se dice, solo el Derecho Penal económico (así, GRACIA MARTIN, L., «El Derecho Penal ante la globalización económica», cit., p. 79).

⁴⁰ El delito económico sería «el adecuado, por sus efectos, «para turbar o poner en peligro, por sobre el perjuicio de intereses individuales, la vida económica y el orden

de regulación de la actuación de los agentes económicos —actividad interventora y reguladora del Estado en la economía⁴¹— para garantizar la transparencia, las expectativas de los concurrentes en el mercado y determinados objetivos sociales⁴². No parece, sin embargo, fácil encontrar un consenso definitivo sobre qué es delito económico o qué integra el Derecho Penal económico. Para DONINI es una categoría muy amplia de delitos contra la economía en sentido amplio⁴³. Con una definición más descriptiva RODRÍGUEZ RAMOS⁴⁴ define el Derecho Penal económico o socioeconómico

que a esta corresponde» según TIEDEMANN, K., «El concepto de delito económico y de Derecho Penal económico» en *Nuevo Pensamiento Penal* (1975), p. 463. Sin embargo, la explicación del Derecho Penal del riesgo en clave económica es insuficiente, pues no en todo caso los bienes jurídicos protegidos tienen como finalidad la protección de intereses económicos [véase BOTKE, W., «Criminalidad económica y Derecho criminal económico en la República Federal de Alemania» en *Revista penal* 4 (1999), p. 23]. Por ello considero útil la distinción de BOTKE entre «delitos en la economía» consistentes en la infracción de normas que también ponen en peligro otros bienes jurídicos individuales como vida o salud de las personas y «delitos contra la economía» que «harían peligrar elementos estructurales esenciales y/o las específicas condiciones del sistema económico mermando la optimización de su capacidad de rendimiento». Con independencia de las críticas que pueda recibir la definición del contenido de ambos grupos de delitos, pone de manifiesto como precisamente en los ámbitos propios de la Sociedad del Riesgo, las conductas de las empresas desde idénticos parámetros de actuación pueden afectar tanto a bienes personalísimos como a intereses económicos. La cuestión a dilucidar sería si en todos los casos el modelo de interacción entre empresa e individuo es idéntico y si los delitos que, además, ponen en peligro otros bienes jurídicos más allá de los meramente económicos, pueden ser considerados también delitos económicos, o, por utilizar una terminología más amplia, pero también dogmáticamente más imprecisa y que hace referencia a este problema precisamente, delitos socioeconómicos.

⁴¹ TIEDEMANN, C., *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, vol. 1, *Allgemeiner Teil*, Hamburgo, 1976, p. 50. Lo que, como pone de manifiesto TERRADILLOS BASOCO, obliga a los estados a inhibirse en la persecución de determinadas actividades, relajando el control sobre las mismas, en tanto que, por otro lado, debe intervenir restringiendo otras actividades que son «disfuncionales», siempre desde una determinada ideología o en aras a la protección de ciertos intereses económicos o equilibrios entre ellos (TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Financiarización económica y Política Criminal», en *El Derecho Penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, de J. R. Serrano-Piedecabras y E. Demetrio Crespo (dir.) Madrid, 2010, pp. 136 s.). Pues bien, como disfuncional al sistema (contrarios a los intereses económicos preponderantes) es el comercio que, en un mercado, infringe las reglas del tráfico económico —que, en la mayoría de los casos, se encuentran positivizadas y exigen el cumplimiento de determinados requisitos administrativos.

⁴² Los objetivos sociales como finalidad de la intervención estatal en la economía en MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 18.ª ed., Valencia, 2010, p. 487.

⁴³ DONINI, M., «¿Una nueva edad media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del Derecho Penal económico», en *Temas de Derecho Penal económico*, de J.M. Terradillos Basoco y M. Acale Sánchez, (coord.), Madrid, 2004, p. 197.

⁴⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Secundariedad del Derecho Penal económico*, Madrid, 2001, p. 38.

como «el conjunto de tipos delictivos protectores de bienes jurídicos supraindividuales —públicos o colectivos— que, concurrentes o no con otros bienes jurídicos de carácter patrimonial e individual constituyen la realidad jurídico-económica relativa a los cobros y pagos por/de los entes públicos, al buen comportamiento de las empresas en sus aspectos organizativos, financieros, laborales y productivos o comerciales, y al correcto funcionamiento del mercado libre de mercancías, servicios, derechos y mano de obra». Esta definición, que puede ser aceptada convencionalmente, se construye a partir de una previa selección de tipos penales que constituiría el Derecho Penal económico, pero no explicita las razones de esta selección. Aunque, quizá, ésta sea la opción correcta⁴⁵: es decir, utilizar la etiqueta de «Derecho Penal económico» para hacer referencia a un conjunto de delitos que reúnan características similares⁴⁶. Ahora bien, las características que identificarían al Derecho Penal económico son cada vez menos exclusivas de estos tipos penales, pues la subsidiariedad del Derecho Penal, la protección de bienes jurídicos colectivos supraindividuales y la referencia, más o menos inmediata, a otro bien jurídico de naturaleza individual, son características que concurren también en tipos penales que no se suelen incluir en este selecto grupo de delitos socio-económicos. Hoy en día parece superado, como criterio de selección de los delitos socioeconómi-

⁴⁵ ASÍ GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, 2003, p. 71, considera que hay que renunciar a la pretensión de definir el delito económico y el contenido del Derecho Penal económico mediante un único criterio de validez general. Para QUINTERO OLIVARES tal vez incluso la propia expresión Derecho Penal económico sea excesiva cuando se trata de figuras que «solamente actúan sobre aspectos de funcionamiento del mercado, la relación de los ciudadanos con el mismo, la protección de las reglas mínimas de la lealtad entre empresas y de éstas con la ciudadanía, la tutela de la credibilidad de las actividades de las personas jurídicas y la necesaria confianza en las informaciones económicas y en las instituciones financieras» (QUINTERO OLIVARES, G., «Los subsistemas penales en la política criminal de nuestro tiempo», cit, p. 120).

⁴⁶ Otra cuestión es el debate sobre la necesidad y contenido del Derecho Penal económico, pues como pone de manifiesto, muy crítica pero certeramente, QUINTERO OLIVARES, «lo que los penalistas llamamos «delitos económicos» no es —salvando la necesidad de cumplir las promesas constitucionales— más que una contribución sancionadora a lo que persiguen las leyes administrativas y mercantiles cuya función es reflejo tal vez de una manera de concebir el mercado, el mundo financiero y las relaciones de contenido económico entre individuo y Estado» (QUINTERO OLIVARES, G., «Los subsistemas penales en la política criminal de nuestro tiempo», en *La generalización del Derecho Penal de excepción: tendencias legislativas. Estudios de Derecho Judicial*, n.º 128, Madrid, 2007, p. 130).

cos, el del sujeto activo⁴⁷ como «delincuente de cuello blanco»⁴⁸, que, incluso desde un prisma criminológico no es un criterio clasificador satisfactorio. Pero, una vez abandonado como determinante el criterio del sujeto activo, cualquiera que sea la definición (amplia o estricta), que se adopte en relación con el contenido y límites del Derecho Penal económico, en ésta (definición) han de estar presentes dos elementos: orden económico e intervención estatal en la Economía⁴⁹. Junto a ello, son características reincidentes el abuso de leyes penales en blanco, la comisión por omisión, la dispersión normativa y de fuentes, la accesoriedad de otras ramas del Derecho o las estructuras típicas de delitos peligro. Pero la mera concurrencia de varias o todas estas características no aboca automáticamente a la calificación de un delito como «económico». Más bien, todas estas características responden a un modelo de intervención penal que rompe con los estrictos márgenes de la dogmática clásica y se aventura en la protección de bienes jurídicos colectivos, generalmente, como consecuencia de nuevas necesidades sociales, por lo que para determinar cuándo nos encontramos ante un «delito económico» empieza a ser necesario revisar las modalidades de acción típicas. Serán estos tres criterios —referencia al orden económico (en el sentido de correcto funcionamiento de los mercados), características típicas y modalidades de acción— los que han de servir como criterios de selección antes que el ámbito de intervención o el epígrafe en el que se enmarque el precepto.

Por otro lado, la intervención penal se está «sectorializando». Es decir, el Legislador penal se ve abocado a introducir (cada vez más) excepciones al principio sistemático de ordenación basado en el criterio del bien jurídico protegido (delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes, delitos contra los derechos de los trabajadores, delitos de falsificación de moneda, delitos urbanísticos, y un largo etcétera⁵⁰). Como consecuencia no puede descar-

⁴⁷ Así BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho Penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, p.40.

⁴⁸ SUTHERLAND, E. H., « White Collar Crime», en *American Sociological Review*, Vol. 5 No. 1 (1940), pp. 2 a 10; *id.*, *White Collar Crime*, Nueva York, 1949.

⁴⁹ Véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico*, Valencia, 1998, p. 34.

⁵⁰ Este fenómeno que describo aquí es distinto al designado por QUINTERO OLIVARES como «subsistemas penales» (Vid., QUINTERO OLIVARES, G., «Los subsistemas penales en la política criminal de nuestro tiempo», *cit.*, pp. 195 ss.; *id.* «Sobre los delitos económicos como subsistema penal», en *El Derecho Penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, de J. R. SERRANO-PIEDecasas y E. DEMETRIO CRESPO (Dir.), Madrid, 2010, pp. 113 ss. De hecho, QUINTERO OLIVARES precisa que cosa distinta —y peor— que la creación de subsistemas penales es la «tendencia a forzar y desfigurar el Derecho Penal tradicional» lo que sucede con de-

tarse que algunos tipos penales enmarcados en un epígrafe aparentemente no relacionado con la delincuencia (socio) económica finalmente resulten ser delitos propiamente económicos —cuestión que, por cierto, desde una perspectiva dogmática cada vez tiene menor trascendencia, pues lo importante es identificar problemas dogmáticos y criminológicos y, sobre todo, fijar criterios de política criminal⁵¹.

IV. Pues bien, a la vista de lo anterior, podemos concluir que el conjunto de delitos seleccionados, aunque dispersos por diversos epígrafes del Código Penal, pueden ser calificados o, al menos, tratados como delitos económicos, sobre todo, si definimos al «Orden Económico» como «la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios»⁵². Pero es que, además, los delitos seleccionados reúnen todas las características para integrar no solo el Derecho Penal económico, sino el Derecho Penal de la globalización y el Derecho Penal del riesgo; lo que, además de plantear serias dudas sobre la validez de tales etiquetas, pone de manifiesto que son delitos en los que concurren prácticamente todos los problemas dogmáticos y de política criminal que tiene planteado el actual Derecho Penal. Esta acumulación de «problemas significativos» se relaciona con un Derecho Penal expansivo, intervencionista y «práctico», que busca, por encima de la corrección dogmática y técnica, la obtención de resultados —lo que es lo mismo que decir que facilitan a la acusación la prueba por la vía de eliminar las cuestiones a probar.

4.2 Modelos de intervención: modelo de prohibición y modelo de control

La intervención punitiva para el control de los mercados puede adoptar alguno de los dos modelos siguientes: modelo de prohibición o de control. En el modelo de prohibición, el Derecho Penal interviene totalmente el mercado prohibiendo de forma absoluta la comercialización de sustancias, mercancías o productos objeto del

masiada frecuencia en el ámbito en que nos encontramos y que es objeto de estudio (p. 117).

⁵¹ Como última característica de la adecuación del Derecho Penal a la sociedad, cabría resaltar la *dogmatización del riesgo*: el riesgo entra a formar parte de la tipicidad mediante delitos de peligro, sobre todo abstracto —que dejan de ser supuestos excepcionales— y como elemento del tipo objetivo incluso en delitos que no son peligro mediante la aceptación típica de un ámbito de riesgo permitido.

⁵² Definición de Orden Económico que utilizan, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 487.

mismo. Esta prohibición puede ser excepcionada, sin que ello implique que el régimen se suaviza. En el modelo de control, la prohibición penal de participación en el mercado no es absoluta sino que solo se prohíbe la participación generando riesgos no permitidos.

Modelo de prohibición es el del art. 368 CP —tráfico ilegal de drogas—, el del art. 318 bis CP —tráfico ilegal de personas o inmigración clandestina—, o el que arbitra el art. 177 bis CP —trata de personas—. En este modelo, aunque existe una referencia que identifica el comercio prohibido con el que previamente ha sido declarado ilícito por el Ordenamiento Jurídico (extrapenal) mediante la incorporación de un elemento normativo que incluya la referencia a lo «ilegal», los tipos penales son autónomos de otras ramas del Ordenamiento Jurídico. La intervención penal se centra en un sector del mercado: el «ilegal» que queda proscrito. En el modelo de control, por su parte, el Legislador ha vinculado la intervención penal más estrechamente a la normativa administrativa, de forma que el Derecho Penal intervendrá como refuerzo de aquélla. Esta vinculación —engarce— entre el Ordenamiento Jurídico penal y el administrativo se realiza mediante remisiones normativas (art. 359 CP) o leyes penales en blanco (art. 360 CP; 361 bis; etc.). Éste es un modelo dependiente del Derecho Administrativo y propio de ámbitos de riesgo.

Con independencia de la razón que justifique la intervención del Estado mediante el *Ius Puniendi* en los mercados sectoriales que hemos visto, la forma de hacerlo muestra caracteres comunes que recuerdan que el objetivo directamente perseguido es, precisamente, el control del mercado.

5. La tipificación del tráfico

5.1. Conductas punibles

I. El comercio, como actividad que se realiza en el mercado, es un proceso que se inicia con la fabricación del producto y finaliza con la adquisición del mismo por parte del consumidor final. En una visión de conjunto, podemos observar que se han tipificado todas las fases posibles de comercialización de un producto, aunque no todos los delitos tipifican todas las fases. El proceso de comercialización, tal y como ha sido descrito por el Legislador pe-

nal constaría de 7 fases: 1) Fase previa de preparación⁵³; 2) Fase de publicidad⁵⁴; 3) fase de producción⁵⁵; 4) fase de introducción en el

⁵³ Fase previa de preparación:

Término utilizado	Arts. del Código Penal que lo contienen.
Promover	156 bis.1; 187; 189; 318 bis; 368.
Favorecer	156 bis.1); 187; 313; 318 bis; 368.
Facilitar	156 bis 1); 187; 189.7; 248 2 b 2). 286.1.1.º; 318 bis; 354; 361 bis 1.
Facilitar la venta	189.6; 368.
Prescribir	361 bis.1.
Proporcionar	361 bis.1.
Transportar	177 bis; 345; 348; 368; 568.
Trasladar	177 bis.

⁵⁴ Fase de publicidad del tráfico:

Término utilizado	Arts. del Código Penal que lo contienen.
Publicitar	156 bis.1.
Inducir	187.
Ofrecer	361 bis.1.
Determinar	313.

Designo a esta fase como «publicidad del tráfico» en la medida en que significan la «extensión» de la idea de traficar, ya sea mediante la publicidad o divulgación del propio objeto del tráfico, ya sea mediante la divulgación de la propia actividad o tráfico sobre quien será después objeto del mismo. Igualmente distingo entre las conductas de «determinar» —que incluyo en este momento— y «captar» —a la que hago referencia a continuación, en la fase de obtención o producción—. Esta distinción se fundamenta en que la «determinación» se consuma (o produce) cuando el sujeto que padece la conducta adopta una decisión condicionada (por el engaño, la violencia, etc.), aunque sus efectos solo se puedan constatar con posterioridad, cuando ha realizado conductas que ponen de manifiesto tal determinación y que derivan de ella. Sin embargo, el término típico «captar» implica la inclusión del sujeto que padece la acción típica en el engranaje de una organización, con independencia del contenido de la voluntad que lo hace posible. Es decir: son momentos que no son equivalentes en un modelo de mercado. Podría pensarse que el sujeto captado es el «cliente» y, en general, así es. Pero a la vez es, en términos criminológicos, la víctima y el objeto del tráfico punible.

⁵⁵ Fase de obtención o producción:

Término utilizado	Arts del Código Penal que lo contienen.
Fabricar	248 2b; 270,3; 286.1.1.º; 348,1; 566; 568.
Cultivar (ejecutar actos de cultivo)	368.
Elaborar	359; 368.
Tratar	345.
Transformar	345.
Manipular	348.1; 349.
Producir	189; 348,1.

mercado⁵⁶; 5) fase de transacciones comerciales⁵⁷; 6) posesión⁵⁸ y 7) uso⁵⁹. No son punibles en todos los casos —y en función del mercado intervenido— la totalidad de las fases, especialmente la posesión y el uso.

En algunos supuestos, esta fase no es fácil de apreciar. Así, en el art. 332 CP consistiría en «cortar, talar, arrancar o recolectar», en el art. 334 CP, «cazar o pescar» o en el art. 312 CP, reclutar (donde el Legislador ha tipificado en precepto independiente el tráfico de la acción de reclutar lo que representa una excepción a la regla general) o captar en el art. 177 bis CP.

⁵⁶ Fase de introducción en el mercado:

Término utilizado	Arts del Código Penal que lo contienen.
Introducir	248 2 b.
Importar,	270,3; 286.1.1.º ; 348.1.
Exportar.	348.1.
Poner en circulación.	370,3.

⁵⁷ Fase de transacciones comerciales:

Término utilizado	Arts. del Código Penal que lo contienen.
Traficar.	156 bis.1; 312; 332; 345; 363; 392.2.2; 566.1.3; 568.
Dispensar.	361 bis.1.
Vender	189; 286.1.1.º
Suministrar	359; 360; 361 bis.1; 568.
Despachar	359; 360.
Proporcionar, dispensar, suministrar.	361 bis.
Comercializar (distribuir).	348.1; 566 (286.1.1.º).

⁵⁸ Posesión:

Término utilizado	Arts. del Código Penal que lo contienen.
Poseer	248 2 b; 286.1.1.º; 345.
Tener	270,3; 348.1; 349; 568.
Almacenar	345.
Establecer depósitos	566.

Equivalente a los verbos citados, con las salvedades derivadas del objeto del tráfico, podríamos incluir aquí los verbos típicos «acoger», «recibir» y «alojar» del art. 177 bis CP, pues éstos respecto de personas, al igual que aquellos respecto de objetos hacen referencia a un momento en el que personas u objetos están acogidas o recogidas durante intervalos que median entre otras conductas del tráfico.

⁵⁹ Uso:

Término utilizado	Arts.
Utilizar.	345; 348.1.
Usar	399.2.

Específicamente el Legislador utiliza, entre los comportamientos típicos el verbo «traficar» que, además de dar nombre y servir como criterio de adscripción de las modalidades de intervención objeto de este trabajo, hace referencia a dos realidades distintas: por un lado es sinónimo de comercio, de intercambio de bienes y servicios a cambio de precio o contraprestación, generalmente económica y, por otro lado, en un sentido más extenso hace referencia al movimiento o desplazamiento de personas o mercancías por cualquier medio de transporte. El concepto «tráfico» implica, por un lado, un desplazamiento físico del objeto y un desplazamiento de la titularidad del objeto o del derecho de uso sobre el objeto. La causa de la transmisión de la titularidad o el uso normalmente será a título lucrativo —de ahí que se trata de comercio— lo que no evita que determinados sujetos participen en el comercio o tráfico comercial por otros motivos (o por causa no lucrativa, onerosa, altruista, etc.). En cualquier caso, cuando la referencia se hace al tráfico, al Legislador penal le interesa el desplazamiento (físico o jurídico) pero no la causa o los motivos que subyacen al mismo (sin perjuicio de la posible concurrencia de causas de disculpa). En ocasiones, exige, además, una determinada forma de transmisión: la venta.

En la tipificación del tráfico comercial, como hemos visto, la intervención penal trata de abarcar todo el proceso comercial de puesta en un determinado mercado de un «objeto», desde la producción hasta la puesta a disposición del consumidor final. Pero, en lugar de graduar la intervención penal en función de riesgo creado en cada uno de los momentos o fases del proceso, se equiparan en pena conductas de muy distinto significado y trascendencia. Así, por ejemplo, reciben idéntico reproche penal «fabricar» (primer momento del proceso) y «expender» (al término del proceso); o «facilitar»⁶⁰ (que implica la privación de obstáculos para una acción ajena) y «administrar» —en el delito de dopaje— que implica la introducción por parte del sujeto activo de la sustancia en el cuerpo del sujeto pasivo. Por otro lado, los «objetos» del tráfico comercial son de lo más variopinto: hasta el punto de que aparecen sujetos (personas) como objetos (tráfico de personas, etc.). Cuando esto ocurre, el comercio o

⁶⁰ Los delitos que incluyen como verbo típico «facilitar» que tiene la «enorme ventaja» de que absorbe todas las demás modalidades típicas y representa el espíritu práctico elevado a su máxima expresión. Lo que no se entiende, entonces, es que siendo esto así, el Legislador se «haya molestado» en acompañarlo de una retahíla de verbos típicos la mayoría de los cuales son abarcados por esta mega-conducta, salvo por la nada despreciable cuestión de revestir de legitimidad y peligrosidad algo que, en realidad, solo afecta a intereses económicos que no benefician, precisamente, a la mayoría de la población —art. 286 CP.

tráfico versa sobre la persona que actúa en la posición de «objeto del tráfico» o como equivalente funcional del mismo.

Merece, también, un pequeño comentario la tipificación de la posesión mediante delitos de tenencia. La posesión (de sustancias, objetos, mercancías) a veces se trata por la Doctrina como una modalidad delictiva independiente de las conductas de participación en el tráfico mercantil, que destaca el recurso a tipos de peligro abstracto eventualmente inconstitucionales⁶¹. Y aunque efectivamente los delitos de tenencia plantean algunos problemas particulares⁶², desde una perspectiva de política criminal no pueden entenderse sino en relación con la tipificación previa y conexas de otras conductas de participación en el tráfico comercial.

5.2 Valoración crítica

Algunos tipos —arts. 270.3 CP; 345 CP o 568 CP— junto a la posesión prohíben otras conductas más propias del proceso de comercialización y tráfico que necesariamente exigen posesión, por ejemplo, transporte, depósito, etc., sin que la realización de más de una conducta (transporte y posesión, por ejemplo) conlleve una mayor intensidad de la respuesta penal, lo que pone de manifiesto que la tipificación de la mera tenencia o la posesión puede cumplir dos funciones: (1) facilitar la prueba de procesos de comercialización que exigen efectivamente la posesión o (2) tipificar el consumo (en el sentido de utilización del producto por el consumidor final). Lo que también significa que, cuando la posesión no es típica se está excluyendo de la tipicidad la conducta de consumo (y al consumidor como sujeto activo del delito) como sucede, por ejemplo, en el art. 368 CP. La ausencia de trascendencia penal de la acumulación de conductas propia de estos tipos, así como la concurrencia de conductas que forzosamente se implican unas a otras (dispensar o trafi-

⁶¹ En España, con bibliografía, GÓMEZ TOMILLO, M., «Contribución a la teoría de los delitos de peligro hipotético-aptitud abstracta. Los delitos de tenencia como paradigma de peligro abstracto puro», en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, pp. 465-482, disponible en línea en <http://vlex.com/vid/hipotetico-aptitud-abstracta-abstracto-puro-321925#ixzz1K0DVX5Ua> (citado 11.11.2011), con bibliografía.

⁶² En torno a la punición de la posesión se ha generado un cierto debate en relación al contenido de la peligrosidad de la conducta (y, consecuentemente, a su constitucionalidad). Sobre esta cuestión, críticamente en Alemania, LAGODNY, O., *Strafrecht vor den Schranken des Grundrechte*, Tübingen, 1996, p. 335.). Así, en relación con la posesión de armas, por ejemplo, se ha afirmado que la mera posesión ya es peligrosa.

car y poseer) induce a pensar que la tipificación expresa de la posesión responde a la finalidad de facilitar la prueba del tráfico, pues así como la prueba de la posesión, por razones obvias, no plantea ninguna dificultad, sí pueden ser más difícil de probar que otras conductas que implican posesión (fabricación, por ejemplo). Esto significa que cuando la posesión es típica, en realidad en la práctica, bastaría con demostrar la mera tenencia para que el delito se hubiera consumado sin que fuera necesario indagar más allá para constatar otras conductas de participación en el proceso de comercialización respecto de la persona que «posee»⁶³. Es decir, la posesión se está utilizando como medio de prueba de participación en un proceso de comercialización que no necesita ser probado.

En resumen, en los preceptos que hemos seleccionado podemos encontrar diversas (y amplias) modalidades típicas que comparten y coadyuvan a una misma penalidad. La Doctrina ha analizado, en ocasiones, por separado entre este conjunto de modalidades típicas los que ha denominado «delitos de tenencia» —aquellas modalidades de conducta que tipifican la posesión o mera tenencia— y los delitos que sancionan el consumo —o mejor, lo ha analizado desde la perspectiva de los delitos que *no sancionan el consumo* (tráfico de drogas) como delitos plurisubjetivos aparentes. Junto a estos podríamos distinguir los delitos «de fabricación» y específicamente los delitos de «tráfico», advirtiendo que, todos ellos responden a una misma línea político criminal de intervención penal en procesos comerciales. Las diferencias dogmáticas, sin embargo, entre unas modalidades típicas y otras no han sido sistematizadas, pero se destaca como finalidad la criminalización de *todas y cualquiera de las conductas relacionadas con el proceso de comercialización desde la creación del objeto del tráfico hasta su consumo* —con pequeñas salvedades en cuanto a la producción y el consumo.

Un análisis valorativo de los verbos típicos utilizados por el Legislador en los delitos de tráfico de personas, objetos o mercancías muestra que todos estos delitos tienen en común, además de pro-

⁶³ Ejemplo expreso de ello es el art. 567 CP que considera depósito «la fabricación, la comercialización o la tenencia». Según el art. 567.1 CP: «*Se considera depósito de armas de guerra la fabricación, la comercialización o la tenencia de cualquiera de dichas armas, con independencia de su modelo o clase, aun cuando se hallen en piezas desmontadas. Se considera depósito de armas químicas o biológicas o de minas anti-persona o de municiones en racimo la fabricación, la comercialización o la tenencia de las mismas.*

El depósito de armas, en su vertiente de comercialización, comprende tanto la adquisición como la enajenación».

blemas dogmáticos y modalidades típicas, que se dirigen al control de un determinado mercado por razones de contenido económico, político o moral (finalidad instrumental latente); razones que se ocultan bajo la cobertura de un bien jurídico que cumple funciones de legitimación. La finalidad instrumental de la intervención penal —razones económicas, mayoritariamente, pero también políticas— se manifiesta en el hecho de que todos estos delitos son «sensibles» a la globalización de la economía y de los mercados, lo que ha tenido como consecuencias inmediatas, primero, la adaptación de la ley penal a los condicionantes de la globalización de la economía y, segundo, que la propia globalización —como fenómeno— se convierte en argumento legitimador de la intervención penal, de forma que las decisiones sobre criminalización en el ámbito nacional se presentan como necesarias en virtud de decisiones político-criminales adoptadas a nivel internacional, como si este fuera un argumento definitivo. Pero, además, analizados en conjunto, este grupo de delitos responde a un modelo de intervención penal sistemática en el comercio, o, lo que es lo mismo, en los mercados —entendido este concepto, no en el sentido amplio de «Mercado» sino en el sentido estricto de conjunto de relaciones comerciales en torno a un objeto.

A) El comercio, como conjunto de actividades que tienen como finalidad el intercambio de bienes u objetos y se realizan en el mercado, es un proceso que consta de diferentes fases desde la fabricación del producto y hasta su adquisición por parte del consumidor final. Desde una perspectiva teleológica, en todas las fases descritas la lesión de los bienes jurídicos protegidos (o la mayor afectación, el mayor riesgo o el mayor perjuicio) no es idéntica, sino que el momento de mayor riesgo será la última fase, consistente en el uso (o consumo). Hasta ese momento, las sucesivas conductas han ido creando un riesgo general para todos y cada uno de los posibles sujetos pasivos (en general, consumidores, —con alguna excepción en la que el sujeto pasivo no es consumidor, como en el tráfico de inmigrantes o el tráfico de aparatos informáticos del art. 286.1.º CP). Pero, a partir del momento en el que un consumidor final adquiere el producto o el sujeto utilizado como objeto llega al fin del proceso, se produce un salto cualitativo: desaparece el riesgo general y surge un nuevo e individualizado riesgo para un individuo en concreto.

Este proceso viene a diseñar un *iter* que avanza en la peligrosidad de las conductas a medida que se acercan al momento del consumo, proceso de agravación del riesgo que el Legislador tampoco ha traducido en un incremento paralelo de la responsabilidad penal. Por el contrario, estos tipos se han construido por acumulación de verbos típicos, de difícil delimitación y que definen modelos de conductas

que se superponen unas a otras, como tipos mixtos alternativos, en los que basta la realización de cualquiera de las modalidades de conducta típica para que se produzca la consumación, sin que la realización conjunta de varias de ellas sea significativa.

B) La protección de bienes jurídicos en los delitos de tráfico de personas, objetos y mercancías

1. Estado de la cuestión: la automática vinculación entre bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro

En el apartado anterior hemos cuestionado la perspectiva desde la que se viene abordando el estudio de los preceptos que tipifican conductas relacionadas con el tráfico comercial de personas, objetos o mercancías para sugerir un enfoque que realce el aspecto de control de mercados o tráficos comerciales —o dicho de otra forma, la perspectiva económica— que subyace a estos delitos y hemos explicado las razones para ello. A continuación hemos sometido a crítica las líneas generales que han regido la intervención penal en uno de los procesos expansivos e intensivos más significativos del Derecho Penal de los últimos tiempos y, con ello, hemos dejado la puerta abierta a la revisión de los argumentos teleológicos que legitiman, en concreto, cada tipo penal. No es fácil, sin embargo, estructurar un discurso sobre la legitimación derivada del bien jurídico protegido en cada tipo en concreto; un discurso que analice de forma separada las tres cuestiones centrales que plantean estos delitos y que son: la determinación del bien jurídico protegido en cada tipo en concreto, la afectación al mismo por la conducta típica (lesión o peligro y de qué tipo) y la exigencia de producción (o no) de un resultado (delito de resultado o mera actividad).

El discurso doctrinal mayoritario opta por vincular, de forma prácticamente automática, estas cuestiones en una argumentación cíclica y de escasa consistencia lógica. En efecto, en primer lugar, se parte de la afirmación de que los bienes jurídicos protegidos son de carácter colectivo. A continuación, se constata que los delitos son de mera actividad, porque los tipos no exigen para su consumación la comprobación de la peligrosidad o lesividad de la conducta en el caso concreto y, finalmente, se concluye que, como consecuencia de las premisas de las que se parte, nos encontramos ante delitos de peligro abstracto —y los términos del silogismo son intercambiables entre sí y con la conclusión—. Esta conclusión es acorde con la posición mayoritaria según la cual los bienes jurídicos colectivos solo pueden ser protegidos por delitos de

peligro⁶⁴, generalmente abstracto, salvo que expresamente se exija la «concreta puesta en peligro» —resultado típico—⁶⁵. Además, en nuestra Doctrina es opinión generalmente admitida que el resultado típico en los delitos de peligro es un resultado normativo (peligro) consistente en la afectación (conmoción) del bien jurídico protegido.

Pues bien, con independencia de los problemas que plantea el resultado en los delitos de peligro (de resultado), en el grupo de delitos que estamos analizando, según la Doctrina y la Jurisprudencia, tratamos con delitos de mera actividad⁶⁶ —luego, peligro abstracto⁶⁷— en los que no es necesario, por definición, que se constate la producción de un resultado peligroso para la consumación del tipo.

II. La dogmática de los delitos de peligro ha sido una de las cuestiones que mayor debate doctrinal ha suscitado y desarrollo teórico ha merecido desde la segunda mitad del siglo pasado, entre otras razones, porque la ausencia de la constatación de un resultado «peligroso» en algunas modalidades de delitos de peligro ha hecho dudar sobre la constitucionalidad de unos preceptos que parecen dar por supuesto —presumir— el peligro. Al margen de otras cuestiones, lo cierto es que, con mayores o menores reticencias, se admiten los delitos de peligro abstracto cuando el bien jurídico protegido es de «entidad suficiente» para justificar el recurso a esta estructura típica altamente cuestionada. Como consecuencia comprobamos que el bien jurídico protegido cumple en el grupo de delitos que es objeto de análisis en este trabajo y, quizá en todos los delitos de peligro abstracto, una doble función: una función de legitimación y una función estructural.

- a) En cuanto a la primera de ellas, el bien jurídico protegido sirve para legitimar la intervención penal con carácter general explicando su necesidad, pero también la concreta intervención penal, en cuanto a su extensión.

⁶⁴ De hecho el propio concepto de bien jurídico está ligado a las dificultades para explicar los delitos de peligro. Puede verse PADOVANI, «La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni», en *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 115.

⁶⁵ Lo que, normalmente, no sucederá porque el bien jurídico protegido suele ser lo «suficientemente abstracto» como para que no se pueda concretar un objeto que lo represente o vincule

⁶⁶ La calificación de un tipo como delito de mera actividad tiene como consecuencia inmediata que «se cerrarán de antemano las puertas a la intervención penal en caso de omisión», como pone de manifiesto LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho Penal*, Valencia, 1992, p. 25. Esta cuestión en este grupo de delitos queda resuelta por la amplitud típica y la utilización de tipos alternativos muy extensos.

⁶⁷ Véase LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho Penal*, cit, pp. 172 s., los delitos de mera actividad se suelen vincular con bienes jurídicos abstractos en los que no es identificable un referente material.

- b) Asimismo, el bien jurídico protegido cumple en los delitos de tráfico una función estructural en la medida en que, al configurarse los bienes jurídicos protegidos como colectivos, automáticamente se les asigna una estructura típica de delito de peligro.

Esta argumentación, sin embargo, adolece de varias presunciones que, encadenadas, acaban soportando un cuerpo teórico que legitima la intervención penal con escaso espíritu crítico. Por ello, vamos a intentar analizar por separado las tres cuestiones anteriores: los bienes jurídicos protegidos; su estructura típica (en relación con las modalidades de acción) como delitos de peligro y, finalmente, si son delitos de mera actividad o de resultado. La primera cuestión la abordaremos a continuación, dejando para una publicación posterior, las otras dos cuestiones.

2. Los bienes jurídicos colectivos como argumento para la legitimación de la intervención penal

El intenso debate doctrinal que se vivió en torno a la década de los 80 del siglo pasado sobre la necesidad y la posibilidad de recurrir a bienes jurídicos colectivos parece haber sido superado con la aceptación unánime e indiscutida de la posibilidad de coexistencia pacífica de bienes jurídicos de naturaleza individual, vinculados a intereses o valores asociados y atribuidos a la persona (física o jurídica) y bienes jurídicos donde tal atribución individualizada no es posible. Pero la aceptación de la constitucionalidad de los bienes jurídicos protegidos de carácter colectivo⁶⁸ no siempre ha ido acompañada del correspondiente esfuerzo para dotar de contenido valorativo a dichos bienes, de modo que, efectivamente, puedan cumplir las, por otro lado escasas, funciones dogmáticas que tienen encomendadas en el ámbito de la tipicidad (orientación de la interpretación, contribución a la definición del ámbito del riesgo permitido y juego en el principio de insignificancia, básicamente⁶⁹); lo que ha permitido que, en ocasiones, se recurra a bienes jurídicos protegidos con la exclusiva pretensión de legitimar el recurso a la vía penal pero sin que sea

⁶⁸ Sobre la terminología al uso, puede verse SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, 2003, pp. 193 s.

⁶⁹ Teniendo en cuenta, sobre todo que el debate en torno a la función que los bienes jurídicos protegidos colectivos puedan tener en la legítima defensa y especialmente en el estado de necesidad, es inexistente y las posibilidades de excluir la antijuridicidad de la conducta de forma directa e inmediata en nuestro Ordenamiento Jurídico es nula.

posible definir su contenido valorativo. Es decir, se utilizan bienes jurídicos protegidos como conchas vacías de contenido para cumplir con el requisito de «contar» con un bien jurídico protegido que avale la intervención penal. Y en los delitos que nos ocupa, en más de una ocasión da la impresión de que esto es lo que sucede.

Como punto de partida, el concepto de bien jurídico protegido, considerado mayoritariamente en España como valor o interés, plantea problemas en cuanto que es un concepto material (en el sentido kantiano del término), de modo que, según la concreta escala de valores que se utilice o cómo se interprete el contenido de ese valor, un mismo bien jurídico protegido puede legitimar (o no) una conducta. No puede negarse, sin embargo, que el sistema jurídico penal (que se construye mediante la coordinación de un sistema normativo y un sistema de imputación) parte de la existencia previa de un sistema de valores sobre el que el sistema normativo se construye (y que le sirve, en este primer nivel teórico de análisis al menos, como fundamento legitimador y sistematizador). Pues bien, esta concepción que reconoce el método del discurso jurídico —que construye el deber sobre la idea de fin— y que, además, es propia de nuestra tradición filosófico-jurídica, plantea serios problemas cuando se trata de determinar la validez fundamentadora, limitadora y estructural (para la configuración del tipo penal en concreto) de un concreto bien jurídico protegido.

Esta cuestión, en nuestro ámbito de estudio —delitos de tráfico de personas, objetos o mercancías—, ha dado lugar a serias discusiones en varios niveles: primero, en un nivel de construcción dogmática abstracta, en torno al concepto y funciones del bien jurídico protegido; segundo, en la configuración, ya en Parte Especial, del contenido y límites de cada bien jurídico protegido en concreto; y, tercero, en la vinculación de cada tipo en concreto con un bien jurídico protegido. Ciertamente, el debate teórico se centra en los dos primeros niveles. En la práctica, el tercer nivel se resuelve como una cuestión de Política Criminal, obviando las evidentes implicaciones dogmáticas. Así, la cuestión esencial, hoy por hoy, se reduce a decidir *qué nivel de intervención penal en un ámbito social es el más conveniente* —y esta cuestión de la conveniencia u oportunidad es muy laxa y se puede apoyar en argumentos de política internacional, de facilitación de la prueba, o, simplemente, simbólicos—. Una vez adoptada la decisión político criminal de la intervención y su ámbito, solo queda «seleccionar» un bien jurídico protegido que haya sido aceptado y delimitado conceptualmente por la Doctrina para realizar la asignación (bien jurídico protegido-tipo penal), lo que, en

ocasiones, origina que el bien jurídico solo aparentemente protegido no surta, de hecho, efecto alguno.

Esto es especialmente significativo en relación con los bienes jurídicos colectivos, cajón de sastre al que se recurre para acumular todas aquellas «ideas legitimadoras» que sirven para explicar delitos inexplicables (o difícilmente explicables, o respecto de los cuales no existe construcción dogmática suficiente, o que responden a intereses de particulares —víctimas, sectores económicos minoritarios, etc.-). Ello ha dado lugar a la construcción de bienes jurídicos cada vez más abstractos y difíciles de definir⁷⁰. Sirvan, a modo de ejemplo de cuanto digo, el bien jurídico «Salud Pública» en el delito de tráfico de drogas; el bien jurídico «Salud» en el delito de tráfico de órganos; el bien jurídico «Orden Público» en el delito de tráfico de armas; el bien jurídico «Orden Económico» en el art. 286 CP; «Biodiversidad» en el tráfico de especies protegidas; «Derechos de los Trabajadores» —si así formulado pudiera ser un bien jurídico protegido— en los delitos de tráfico de migrantes, etc.

2.1 Referente material y objeto de la conducta

Bienes jurídicos colectivos son aquellos que representan intereses o valores sociales o de la sociedad que no son susceptibles de asignación individualizada⁷¹. Los bienes jurídicos individuales, aquellos que representan valores sociales que pueden ser asignados individualmente al sujeto pasivo del delito, guardan una especial relación con el objeto sobre el que recae la acción típica, de forma que, la lesión o puesta en peligro de dicho objeto implica la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Esta intensa relación entre bien jurídico protegido y sujeto pasivo por un lado y bien jurídico protegido y objeto de la conducta típica por otro, no se reproduce en los delitos destinados a la protección de bienes jurídicos universales o colectivos —o, al menos no se reproduce en idénticos términos—.

⁷⁰ Las exigencias doctrinales al concepto de bien jurídico protegido tienen su causa, en parte, en que se suele atribuir al bien jurídico protegido funciones limitadoras del *Ius Punienti*. Desde luego la determinación del concreto bien jurídico protegido en el concreto tipo penal es imprescindible para realizar una crítica racional. Pero la función limitadora —derivada de la racionalidad— del bien jurídico protegido es reducida, en cuanto que, todo lo más, sería un límite interno. Más ampliamente DE LA CUESTA AGUADO, P.M., «Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 6 (1996), pp. 173 ss.

⁷¹ Véase SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., p. 195.

En primer lugar, los delitos con bien jurídico protegido colectivo no cuentan con sujeto pasivo⁷² puesto que ninguna persona es titular de dicho bien jurídico⁷³. Y, en segundo lugar, en los bienes jurídicos colectivos la representación del valor protegido que realiza el objeto de la conducta típica se desdibuja.

Para resolver los problemas de abstracción, generalización y vaguedad —con la consiguiente carencia de legitimación de la intervención penal— que plantea la vinculación aparentemente necesaria entre bien jurídico protegido colectivo y estructura típica de delito de peligro se han buscado distintas soluciones que, a grandes rasgos, podríamos separar en dos grupos en función de los efectos que producen:

1. Por un lado, se encontrarían aquellas posturas doctrinales que proponen duplicar los bienes jurídicos protegidos en el tipo, buscando fórmulas de convivencia entre un bien jurídico protegido colectivo abstracto y otro bien jurídico protegido individual (delitos pluriofensivos, bienes jurídicos intermedios, etc.). El problema de estas soluciones es que, de hecho, el bien jurídico protegido más abstracto no tiene virtualidad dogmática, con lo cual, no surte efectos. En el Código

⁷² Esta afirmación no es compartida por toda la Doctrina y son numerosos los autores que consideran que, cuando el bien jurídico es colectivo, el sujeto pasivo serían la sociedad o la colectividad. En este sentido, expresamente, por ejemplo, MIR PUIG., S, *Derecho penal. Parte general*, 9.^a ed., Barcelona, 2011, p. 230 afirma que «Además de la *persona física normal*, pueden ser sujeto pasivo los *inimputables*, la *sociedad*, la *persona jurídica* y el *Estado*, siendo discutible si pueden serlo el *difunto* y el *feto*. La extensión del concepto de sujeto pasivo a algunos de estos supuestos, como la sociedad, es posible porque no es preciso en él la formal titularidad de un derecho subjetivo (sólo concurrente en sujetos de derechos), sino que basta la del interés esencial en el delito». Esta extensión del concepto de sujeto pasivo más que plantear problemas deviene poco útil por cuanto que —muy simplificada— la función más importante de la figura del sujeto pasivo en la Dogmática clásica era, precisamente, ejercer como titular del bien jurídico protegido y, en consecuencia, consentir (cuando fuere posible) su afectación por la conducta del sujeto activo, lo que no sucede cuando el supuesto titular del interés (que aceptamos como bien jurídico protegido) es la sociedad o similar (cuestión que, además, merecería de una mayor precisión).

⁷³ Este principio —generalmente admitido cuando se teoriza sobre la parte general del Derecho Penal, generalmente olvidado cuando se analizan los tipos penales en concreto— puede empezar a quebrar en algunos bienes jurídicos como consecuencia de la tipificación de conductas relacionadas con tecnologías que permiten la utilización del cuerpo o partes del mismo de las personas rompiendo con límites naturales hasta ahora de carácter necesario, por ejemplo, cuando la tecnología médica convierte el cuerpo humano —sede física de la persona (física) titular de bienes y derechos— en un objeto susceptible de ser enajenado —al menos, en parte—.

Penal español, que utiliza el criterio del bien jurídico protegido como criterio sistematizador, no es extraño, de hecho, que bajo epígrafes que hacen referencia a bienes jurídicos colectivos se incluyan tipos penales que exigen la producción de un resultado de peligro (o lesión) de un bien jurídico protegido individual⁷⁴. Para dar solución a estas aparentes contradicciones o se afirma que el delito es pluriofensivo, o se recurre a la categoría de los bienes jurídicos intermedios. Ahora bien, la existencia de delitos «pluriofensivos» —que protegen simultáneamente varios bienes jurídicos— es contraria al principio básico de nuestro sistema penal según el cual cada delito se dirige a la protección de un bien jurídico protegido, salvo en aquellos supuestos especiales en los que el Legislador haya previsto una pena específica para una conducta compleja que atenta contra dos bienes jurídicos distintos y perfectamente definidos. La supuesta «pluriofensividad» de un determinado delito puede servir para ocultar la incapacidad para formular teóricamente el valor efectivamente protegido, aunque puede deberse también a la confusión entre bien jurídico protegido, *ratio legis* o intereses concurrente conexos, pero que no constituyen el bien jurídico protegido en el citado precepto⁷⁵. En ocasiones, el problema estriba en que el bien jurídico protegido no lo es de forma absoluta sino en un determinado punto de equilibrio con otros intereses en juego (lo que podríamos calificar como «momento valorativo») y, finalmente, en otros supuestos la «pluriofensividad» puede pretender ocultar la ausencia de bien jurídico en el caso concreto. En definitiva: o el recurso a la pluriofensividad es consecuencia de una inadecuada reflexión dogmática o de una inadecuada tipificación.

2. De otro lado se propone reducir, en la medida de lo posible, los bienes jurídicos colectivos a «objetos merecedores de protección», lo que implica, de una parte, reconvertir en bienes jurídicos protegidos de carácter individual algunos de los que tradicionalmente se consideran colectivos (Salud Pública, Medio Ambiente desde una perspectiva antropomorfa, etc.) y, de otra, elevar a la categoría de bien jurídico lo que, desde la po-

⁷⁴ Esto sucede, por ejemplo, entre los delitos contra la Salud Pública, en los arts. 361, 361 bis o 362 CP o en los delitos contra la seguridad colectiva, en los arts. 341 y 343.1.1.ª. Más ampliamente, DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Derecho Penal español. Parte especial II*, cit., pp. 1220 y 1122,

⁷⁵ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, p. 302 s.

sición mayoritaria en la Doctrina española, solo serían objetos de la acción (agua —o calidad del agua—, en «Medio Ambiente»; animal en concreto, en «Biodiversidad», etc.)⁷⁶. Esta postura sigue teniendo el inconveniente de que, aunque puede explicar, por vía de reducción, algunos bienes jurídicos colectivos, otros, los que no tienen un referente material, necesitan ulteriores justificaciones. Y son éstos, precisamente, los que requieren una mayor legitimación. HEFENDEL⁷⁷ —siguiendo las aportaciones de KUHLEN y de la Doctrina alemana sobre la protección penal del medio ambiente⁷⁸ afirma que la idea de la acumulación sirve como equivalente⁷⁹ material a la relación entre acción y bien jurídico (entendido no como valor sino como objeto del mundo real) en el seno de la causalidad lesiva, pero ha sido criticada porque no valora individualmente la acción efectivamente realizada⁸⁰, con lo que, se dice, nos encontraríamos ante reformulaciones de la viejas teorías del peligro presunto. De nuevo tanto HEFENDEL como sus

⁷⁶ Postura hacia la que parece dirigirse nuestro Legislador tras la LO 5/2010, de 22 de junio.

⁷⁷ HEFENDEL, R., «¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto», en *RECPC* 04-14 (2002), p. 4. Para HEFENDEL bienes jurídicos colectivos son los que sirven a los intereses de la generalidad o muchas personas y reúnen las características de «no exclusión en el uso» —lo que significa que todos los miembros de la sociedad en idénticas condiciones pueden disfrutar de los intereses, valores o bienes protegidos-; «no rivalidad en el consumo» —ser utilizados o disfrutados por muchas personas a la vez sin que ello signifique un perjuicio para el bien jurídico— y no divisibilidad —es imposible dividir este bien en partes y asignar una porción de éste a un individuo—. En torno a la no divisibilidad me gustaría añadir que ello no significa que el Ordenamiento Jurídico penal no pueda optar por atribuir a una persona la representación —y en ese sentido la defensa de dicho bien jurídico—, de forma que, cuando esto suceda, la persona podrá ejercer funcionalmente como un sujeto pasivo no titular del bien jurídico protegido. No voy a entrar en este supuesto, pero en mi opinión ello sucede en el art. 161.2 CP.

⁷⁸ KUHLEN, «Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB)», *GA* (1986), pp. 389 ss; SAMSON, E., «Kausalität und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht», en *ZStW* 99 (1987), pp. 617 ss.; CRAMER, P., en *Strafgesetzbuch Kommentar* de Schöncke, A. y Schröder, H. (coord.), 24 ed., Munich, 1991, entre otros.

⁷⁹ HEFENDEL, R., «¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto», cit., p. 11.

⁸⁰ Así, por todos y con bibliografía puede verse FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. «Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro» en *Libro Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005. pp. 157 ss. Introduciendo un nuevo argumento SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., p. 185 afirma que la tesis de la acumulación sería incompatible con el art. 16 CP que exige como mínimo para la intervención penal la peligrosidad de la acción.

detractores —en España, por ejemplo SILVA SÁNCHEZ o FEIJOO SÁNCHEZ⁸¹— tienden a confundir dos problemas distintos (que generalmente se presentan juntos)⁸²: el problema de la correcta delimitación del bien jurídico protegido y el de la estructura típica (delitos de peligro abstracto)⁸³.

El problema fundamental, en estos bienes jurídicos protegidos abstractos es que, al perderse la referencia «individual» —que no hace tanto referencia a un bien jurídico protegido de carácter individual cuanto a un objeto que cumple funciones de representación del bien jurídico protegido (cuando no es el objeto directamente el bien jurídico protegido)—, se pierde también la percepción inmediata del valor protegido⁸⁴ y, en tipos de peligro abstracto se disipa, además, el referente material *inmediato*. Ahora bien, esto se produce, sobre todo, porque se están utilizando bienes jurídicos que *realmente* no representan valor o interés merecedor de protección alguno o se trata de tipos penales que dicen proteger determinado bien jurídico protegido *pero que en realidad no lo hacen*. Por lo tanto, aquí sería preciso diferenciar, de nuevo, dos cuestiones: primera, la legitimidad

⁸¹ Entre otros, SILVA SÁNCHEZ, J., *La expansión del Derecho Penal*, Cizur Menor, 2001, p. 127., siguiendo a ANASTOSOPOULOU considera que se trata de sanciones *ex iniuria tertii*. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. «Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro», en *Libro Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, pp. 307 ss.

⁸² Estas posiciones críticas con la tesis de la acumulación han sido, por su parte, tachadas de «egoístas racionales», porque privilegian al que «deserta», por utilizar la terminología propia de la teoría de juegos, que afirma que la sociedad humana está fundamentada en la cooperación y es imprescindible para la misma el cumplimiento de las reglas. Si la mayoría no cumpliera con las reglas sociales, las instituciones no se mantendrían y la sociedad no podría funcionar. Por ejemplo, si nadie pagara el recibo de la luz no podrían mantenerse las compañías eléctricas; si nadie pagara el metro, no podría funcionar. Sin embargo, en un sistema basado en la cooperación, la desertión suele proporcionar mayores beneficios (puede verse en POUNDSTONE, W., *El dilema del prisionero*, Madrid, 2008). En la teoría de la acumulación late la idea de imponer una carga al desertor para que su conducta no le sea tan rentable. Y esto es especialmente claro en el ámbito de los delitos de contaminación de aguas, para los que precisamente construye KUHLEN la categoría.

⁸³ O, como pone de manifiesto SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., p. 204, el problema es que nos encontramos ante formas de conducta cuya peculiaridad no reside en el bien jurídico protegido sino en la modalidad de ataque.

⁸⁴ Para entender correctamente esta postura es preciso recordar que se aparta de la teoría espiritualista del bien jurídico. En esta línea, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993, p. 13 afirmaba que «la consideración del bien jurídico como valor solo produce investigaciones que giran sobre sí mismas hasta la abstracción y que carecen de fundamentación necesaria para construir un límite a la penalización que permita una crítica del sistema»

del bien jurídico protegido y, segunda, si en el concreto tipo penal se protege *efectivamente* el bien jurídico protegido que se dice proteger (o si, por el contrario, se utiliza el bien jurídico protegido como un recurso formal para cumplir un requisito dogmático).

En mi opinión, es preferible prescindir de aquellos bienes jurídicos penalmente protegidos con referente material cuya única función sea definir de forma valorada un momento adelantado de protección de un bien jurídico protegido de carácter individual, porque la protección adelantada que supuestamente prestaría el bien jurídico colectivo pueden satisfacerse de una forma dogmáticamente más correcta y, además, más garantista, con el recurso a tipos de peligro (concreto, idóneo o abstracto) respecto de bienes jurídicos individuales. Ello implica que cabe defender la independencia entre las categorías dogmáticas que distinguen a los tipos penales en función de su estructura típica (resultado, mera actividad); su afectación a un bien jurídico protegido (lesión, peligro) y el bien jurídico protegido en concreto (individual y colectivo). La conjugación de estos tres categorías dará lugar a un conjunto de posibilidades de protección y de intervención que permitirá no solo una mejor y más correcta protección de valores imprescindibles para la sociedad, sino la crítica racional de la ley penal y de los bienes jurídicos protegidos.

Por otro lado, las relaciones entre los distintos bienes jurídicos (o intereses o valores susceptibles de serlo) son más complejas que la mera dualidad «bien jurídico protegido individual»— «bien jurídico protegido colectivo». El sistema valorativo que subyace a nuestro sistema jurídico penal impone complejas relaciones entre los bienes jurídicos protegidos (valores) no solo desde una perspectiva jerárquica sino desde una perspectiva instrumental, en el sentido de que determinados bienes jurídicos colectivos cumplen una función de dependencia o garantía de otros. Por ello, no todos los bienes jurídicos colectivos que de alguna manera representen momentos adelantados de protección respecto de bienes jurídicos individuales carecen de autonomía. Es necesaria, constitucionalmente posible y dogmáticamente conveniente la existencia de bienes jurídicos colectivos de referente material que aporten un contenido valorativo que no sea posible obtener con la utilización de tipos de peligro⁸⁵ respecto de bienes ju-

⁸⁵ Para la construcción de bienes jurídicos colectivos de referente individual se suele recurrir a la conjunción de dos criterios: el grado de adelantamiento de la protección respecto del bien jurídico básico (bien jurídico individual cuya protección adelantada se pretende finalmente) y la sectorialización de la protección. Más ampliamente, DE LA CUESTA AGUADO, P.M., «Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto», cit., pp. 181 s.

rídicos individuales. Hay que ser muy estricto, sin embargo, antes de admitirlos, pero no se pueden excluir aquellos que tienden a proteger estructuras o funciones esenciales para el correcto funcionamiento de la sociedad (Administración de Justicia⁸⁶; Sistema Monetario⁸⁷, etc.) —bienes jurídicos sin referente material o abstractos—. La ausencia de un referente material representado en un objeto que recibe o padece la acción típica ha llevado a afirmar o que no es imaginable la lesión de estos bienes jurídicos —lo que se trata de evitar mediante la teoría de los bienes jurídicos intermedios—, o que el peligro se produce cuando inciden muchas conductas independientes e inoñas sobre el mismo, en cuyo caso, la peligrosidad derivaría de la acumulación de conductas típicas —delitos cumulativos—⁸⁸.

2.2 *Los bienes jurídicos protegidos en los tipos penales en concreto*

En los preceptos que estamos estudiando, se observa que, pese a que las modalidades típicas son muy parecidas, los bienes jurídicos protegidos son diversos, de modo que podemos encontrar tres situaciones distintas en función de los bienes jurídicos protegidos según la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria:

1. Bienes jurídicos protegidos de carácter individual: En este supuesto se encontrarían el art. 156 bis (Salud⁸⁹) o los arts. 248.2b y 270 CP —Patrimonio (o valores patrimoniales⁹⁰), aunque en esta asignación de bienes jurídicos no solo no existe unanimidad sino que el debate está abierto.
2. Bienes jurídicos protegidos de carácter colectivo con referente material, como es el caso de los siguientes artículos: arts. 345 CP —Seguridad Nuclear o Colectiva⁹¹—, arts. 359, 360

⁸⁶ SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., p. 181.

⁸⁷ ROXIN, C., *Problemas actuales de la Dogmática Penal*, cit., p. 22

⁸⁸ El origen de ambas teorías puede encontrarse en SCHÜNEMANN, B., «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», en *JA* (1975), pp 793 ss.

⁸⁹ Así GARCÍA ALBERO, R., «El nuevo delito de tráfico de órganos», en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, de FJ Álvarez García y JL González Cussac (dir.), Valencia, 2010, pp. 186 y 187.

⁹⁰ En relación con el art. 270 CP puede verse resumidamente y con las posiciones doctrinales mayoritarias CARRASCO ANDRINO, M., *Derecho Penal español. Parte especial II*, de FJ Álvarez García (dir.), cit., p. 464.

⁹¹ DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Derecho Penal español. Parte especial II*, de F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), cit., p. 1140.

y 368 CP —Salud Pública— y, con dudas, podrían incluirse en este apartado los arts. 361 bis.1 CP, 332 CP y 334 CP⁹².

3. Bienes jurídicos protegidos de carácter colectivo cuya finalidad es proteger funciones sociales, sería el caso de los siguientes artículos del CP: arts. 312, 313 y 318 bis CP —control estatal de los flujos de personas (fuerza de trabajo y migratorios)⁹³—; art. 286.1 —Orden económico o alguna de sus variantes⁹⁴—; arts. 392 y 399 CP —Fe Pública— y los arts. 566 y 568 CP —Seguridad y/o Orden Público, aunque también se ha afirmado que el bien jurídico protegido sería «el monopolio estatal en el control de las armas»⁹⁵.

Así planteado observamos que nos encontramos con todas las posibilidades de bienes jurídicos caracterizadas por la Doctrina, variedad que quizá se redujera si se afrontara el análisis desde una perspectiva típica, como se pone de manifiesto si tratamos de relacionar el bien jurídico «Salud Pública» con las conductas tipificadas

⁹² Especiales problemas plantearía en este grupo los art. 331 y 335 CP relacionados con el comercio de especies protegidas. La Doctrina busca una referencia valorativa en el medio ambiente o en la biodiversidad y le atribuye una estructura de peligro. Pero la referencia inmediata se realiza sobre un objeto material (animal o planta individualmente considerados) que es destruido por la acción.

⁹³ PORTILLA CONTRERAS, G./POMARES CINTAS, E., en *Comentarios a l reforma penal de 2010*, cit., p. 364. También en sentido crítico, entre otros, MAQUEDA ABREU, ML., «¿Cuál es el bien jurídico protegido en el nuevo art. 318 bis.2? Las sinrazones de la reforma», en *RDPP* 11 (2004), pp 39 ss., o BAUCCELLS I LLADÓS, J., «El Derecho Penal ante el fenómeno inmigratorio», en *RDPP* 13 (2005), p. 53, desde una postura posibilista, sugiere dos posibles alternativas en cuanto al bien jurídico protegido: el control de los flujos migratorios («interés, por encima de cualquier otro, de controlar la presencia de trabajadores extranjeros en función del mercado laboral» al que califica de «Derecho Penal funcional a la política migratoria») o, haciendo un esfuerzo por legitimar la intervención penal sugiere, como bien jurídico protegido, los «derechos de los trabajadores, en línea con la propuesta, entre otras de RODRÍGUEZ MESA, M.J., «Las migraciones laborales desde la óptica del Derecho Penal», en *Revista de Derecho social*, 15 (2001), p. 93, a quien cita. GUARDIOLA GARCIA, J., «Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas: Comentario a la reciente reforma del art. 318 bis del Cp», en *RDPP* 15 (2006), pp. 11, con citas en nota 22, afirma que la prohibición de la promoción, favorecimiento o facilitación atiende a garantizar las barreras de autoprotección frente a los flujos migratorios, como manifestación de una política que es expresión del orden socioeconómico diseñado en nuestra Constitución.

⁹⁴ Resumiendo las posiciones doctrinales, véase MOYA FUENTES, M.M, en *Derecho penal español, Parte especial II*, de F. J. Álvarez García (dir.), Valencia, 2011, p. 647. Más ampliamente, de la misma autora, *La protección jurídica de los servicios de acceso condicional*, Cizur Menor, 2012, pp. 344 ss.

⁹⁵ BELESTÁ SEGURA, L., «Aproximación al estudio del delito de tenencia de armas prohibidas», en *RDPP* 9 (2003), p. 73.

en el art. 368 CP (y demás relacionadas con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas)⁹⁶. Es unánime

⁹⁶ El bien jurídico protegido «Salud Pública» es un bien jurídico general (colectivo, para algún autor; intermedio para otros) cuya importancia no se cuestiona. Tampoco cuestiona la Jurisprudencia que efectivamente este sea el bien jurídico protegido en el art. 368 CP, hasta el punto de que, en numerosas ocasiones, el Tribunal Supremo ha negado la posibilidad de apreciar un estado de necesidad disculpante (en relación con el tráfico de drogas) alegando que la «Salud Pública» es más importante que los bienes jurídicos individuales en juego (generalmente se alega la precaria situación económica de los «muleros» en sus países de origen e, incluso, en ocasiones, que el tráfico generaría ingresos imprescindibles para evitar la muerte de familiares). La STS 1028/2000 de 12 de junio —ponente Sr. Delgado García—, rechaza la posibilidad de admitir un eximente incompleta de estado de necesidad «cuando se pretende fundar en las necesidades económicas del imputado, ante la evidente desproporción que hay entre los bienes jurídicos en juego, habida cuenta de la importancia que la salud pública, que trata de protegerse a través de estos delitos, tiene en nuestro Ordenamiento Jurídico». Críticamente, DE LA CUESTA AGUADO, PM, *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*, Madrid, 2004, pp. 177 ss.

Sobre el reconocimiento de la salud pública en la Constitución de 1978, como uno de los principios rectores de la política social, se ha construido un bien jurídico protegido que ha sido definido como «la salud de la colectividad», esto es, la salud física y psíquica de los ciudadanos, más allá de la salud individual —o de la suma de saludes individuales— (entre otros: ROMEO CASABONA, CM., «Los delitos contra la salud pública: ¿ofrecen una protección adecuada a los consumidores?», en LH-Barbero Santos, Cuenca, 2001, p. 630, o SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *El delito farmacológico*, Madrid, 1995, p. 49). Una de las definiciones más aplaudidas por Doctrina y Jurisprudencia la considera «el conjunto de condiciones positivas y negativas que posibilitan el bienestar de las personas» (entre otras muchas, STS 1210/2001, de 11 de junio). El carácter colectivo del bien jurídico protegido —que hace referencia a la sociedad en su conjunto (STS 1207/2004, de 11 de octubre) o a la salud humana en general ha sido objeto de atención también por Doctrina y Jurisprudencia advirtiendo que no nos encontramos ante bienes jurídicos individuales ni ante la suma de ellos (véase, LORENZO SALGADO, JM, *Las drogas en el Ordenamiento Penal español*, Barcelona, 1983, pp. 199 s.). Pero, en contra de lo que pudiera parecer, el Capítulo III del Título XVII no tipifica todos los posibles atentados contra la Salud Pública y no todos los tipos de este capítulo protegen solo y directamente la Salud Pública. En este sentido, la protección de este bien jurídico (Salud Pública) realizada en esta sede es parcial en cuanto que afecta a la puesta en circulación de productos destinados al consumo humano pero no abarca otros posibles atentados contra la Salud Pública relacionados con epidemias o transmisión de enfermedades entre personas (tan solo el art. 349 CP sanciona tales comportamientos, pero desde la perspectiva de la salud individual, también e indirectamente el art. 365 CP). Y, por otro lado, algunos de los tipos contenidos en este Título tienen por objeto directamente la protección de la vida y salud humanas, de forma genérica (como sucede en el art. 361 o 362 CP) o de determinadas personas en concreto (art. 361 bis CP) o la salud de los consumidores (art. 363 CP). La cohabitación en el Capítulo III del Título XVII junto a delitos contra la Salud Pública, de bienes jurídicos individuales (Salud o Vida), se ha tratado de explicar acudiendo a la teoría de los bienes jurídicos intermedios con función representativa [véase, con el debate sobre la autonomía de bien jurídico Salud pública en España, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, AC., *Los delitos contra la Salud Pública: especial referencia al*

la Doctrina penal española —y, además, como en pocas ocasiones, cuenta con el apoyo sin fisuras de la Jurisprudencia— a la hora de

delito de adulteración y tráfico de animales (art. 364,2), Valencia, 2002, pp. 37 y ss; y sobre su caracterización como bien jurídico intermedio, pp. 40 ss.]. Desde esta perspectiva, la salud pública y la salud individual se encontrarían en una misma línea de defensa, de forma que la lesión del bien jurídico colectivo «Salud Pública» pondría en peligro la vida y salud individuales de las personas. Esta visión pluriofensiva de estos tipos penales plantea, sin embargo, problemas a la hora de determinar el momento consumativo y una complejidad innecesaria [a modo de síntesis de las posturas doctrinales, puede verse NÚÑEZ PAZ, M. A./GUILLÉN LÓPEZ, G., «Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal», en RP 22 (2008), pp. 82 s.]. Para ROMEO CASABONA, la *ratio legis*, en los delitos contra la salud pública «es el riesgo general para la colectividad, y por ello su estructura típica encaja mal con esa vertiente individual» (ROMEO CASABONA, C. M., «Los delitos contra la salud pública: ¿ofrecen una protección adecuada a los consumidores», cit., p. 630) Sin embargo, y pese a que con esta afirmación centra efectivamente el objeto del debate, la *ratio legis* —la expresa o supuesta razón por la que se introducen los tipos penales— aún no es suficiente para constituir un bien jurídico protegido. Más bien, sin embargo, podríamos afirmar que el Legislador ha creado una red de protección que, en ocasiones, tutela directamente bienes jurídicos individuales. Por otro lado, aunque del epígrafe del Título pareciera deducirse que el bien jurídico protegido en estos delitos es la «Salud Pública» ello no excluye la protección directa de otros bienes jurídicos individuales. Lo que parece cierto es que el Legislador interviene penalmente, en una visión de conjunto, con fines de prevención y refuerzo de las medidas de seguridad —y, en ese sentido, desde la perspectiva de la protección de la salud pública, como condiciones que garanticen la ausencia de riesgos para la salud de la población—. Es decir, que, aislados los supuestos en los que existe un bien jurídico individual, la salud pública en sentido estricto sería una abstracción destinada a proteger la salud individual mediante la consolidación de medidas de salubridad o seguridad. Así, el bien jurídico «Salud Pública» se configura como un bien jurídico colectivo, autónomo y de interés general, que adelanta las barreras de protección a fases previas a la lesión de bienes jurídicos individuales como serían la vida o la salud. Para algunos autores, la Salud Pública es un bien jurídico difuso en el sentido utilizado por SGUBBI, esto es, como propio de sectores sociales que ostentan intereses que pueden contraponerse a los de otros grupos sociales. En mi opinión, los delitos contra la Salud Pública, pese a ser también bienes jurídicos colectivos, pierden ese carácter difuso o sectorial para convertirse en bienes de interés general, incluso en el artículo 363 CP, por más que alguna de sus conductas se realice expresamente en el ámbito del mercado. Sin embargo algunas voces, merecedoras de atención, niegan que, efectivamente, exista algo más que la «suma de la salud» de los individuos que integran la sociedad. Así, ROXIN afirma que como «el pueblo no posee ningún cuerpo real, no puede haber algo como la salud pública» en el sentido estricto de la palabra. Se trataría de un bien jurídico consistente en «una abstracción impalpable», en un bien jurídico «ficticio» sobre el que no es «posible deducir una causa adicional de punición» (ROXIN, C., Problemas actuales de la Dogmática Penal, Lima, 2004, p. 39). En similar sentido se pronuncia también HEFENDEL R., «¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto», cit. p. 9, quien expresamente afirma que la salud pública es, precisamente, la suma de la salud individual o no sería más que un bien jurídico aparente. Pues bien, el anterior debate sobre el bien jurídico «Salud Pública» resulta francamente lejano a las conductas tipificadas en el art. 368 CP.

afirmar que el bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de drogas es la Salud Pública (afirmación que no es sometida a crítica ni siquiera por quienes de forma expresa reclaman su derogación), como también en el delito de tráfico de sustancias peligrosas (*otras drogas*) y de sustancias y procedimientos dopantes. Ahora bien, respecto del primero —tráfico de drogas— está por ver en qué medida el bien jurídico supuestamente protegido sirve a efectos interpretativos —salvo para afirmar que el posible peligro para la salud pública es más importante que la salud individual desde la perspectiva de «conflicto de bienes» en supuestos de estado de necesidad, de valoración de la insignificancia o en aquellos en los que se pauta, como medida terapéutica, un cierto consumo. La ausencia de relación entre el bien jurídico «Salud Pública» y el tipo se hace aún más patente en el art. 361 bis 1 CP que vincula la tipicidad a la puesta en peligro concreta de valores individuales (Vida y Salud de las personas).

Mas si el bien jurídico protegido «Salud Pública» ha sido definido y delimitado conceptualmente por la Doctrina, ni siquiera esto sucede en otros grupos de delitos. Así, por ejemplo en los delitos de tráfico de trabajadores, se convierte en valor protegido un conjunto de derechos o, mejor, un derecho a un estatus jurídico⁹⁷. Siguiendo con la relación, el «Orden Público», que parece ser —al menos, también junto a la seguridad de las personas, en algunas formulaciones— el argumento legitimador en el delito de tráfico de armas, deja mucho que desear tanto desde una perspectiva teórica como desde una perspectiva criminológica, económica o sociológica, tal y como hemos expuesto en páginas anteriores. Similares cuestiones pueden surgir en relación al art. 386 CP, cuyo bien jurídico supuestamente protegido debería ser el Orden Económico porque si, como afirman algunos autores⁹⁸ y parece más probable, fueran los intereses económicos de determinadas empresas resultaría difícil de defender su tipificación. Incluso preceptos novedosos en nuestro Ordenamiento Jurídico y que cuentan con el aval de organismos internacionales destinados a la protección de los Derechos Humanos, como pudieran ser el delito de tráfico de órganos del art. 156 bis CP o el contenido en el art. 177 bis CP (trata de seres humanos), pueden ser sometidos a crí-

⁹⁷ Como muestra, entre otras, pueden verse las SSTTSS 30 de junio de 2000 y 321/2005, de 10 de marzo, para la que «*el bien jurídico protegido, como se infiere del epígrafe del título, está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral mediante la sanción de conductas que atentan contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores*».

⁹⁸ Por todos, MOYA FUENTES, M.M., en *Derecho penal español. Parte especial II*, cit., p. 647,

tica, tanto por la ausencia de bien jurídico protegido⁹⁹ como, en caso de que realmente pudiera determinarse un valor a proteger, por la distancia entre los posibles valores constitucionalmente reconocidos y la forma en que se realiza en el citado precepto la protección penal. Más aún, éste es uno de los supuestos en los que la legitimación material que debe otorgar el bien jurídico protegido a la intervención penal y la legitimación procedimental que se deriva del debate parlamentario han sido sustituidos por la necesidad de «adecuar nuestro Ordenamiento Jurídico a compromisos internacionales», argumento que, como hemos adelantado, responde a un modelo de relaciones económicas y jurídicas propias de una sociedad globalizada y, correspondientemente, a un modelo de Derecho Penal «globalizado» dirigido, como advertíamos, a la regulación e intervención en relaciones económicas y mercados.

2.3 *Objetos de comercio y objetos jurídicamente protegidos*

I. Ya hemos resaltado cómo los delitos que nos ocupan tratan de intervenir en todas las fases del proceso de comercialización de un producto, de forma que describen un *iter* que se inicia en el momento de su elaboración o fabricación y finaliza cuando es consumido, siendo este momento el más lesivo y el que reclama una intervención penal más intensa. En otras palabras: el objetivo final de la intervención penal en este proceso parece que debería ser, precisamente, evitar que se produjera este hecho (el consumo). La intervención penal en este proceso de comercialización se realiza seleccionando un objeto o sujeto que actúa como producto en el mercado. Es decir, reúne unas características que le hacen susceptible de transmisión y transacción en ese mercado en concreto. Este objeto o sujeto que actúa como objeto de transacción, el objeto co-

⁹⁹ Dada la redacción típica, lo que no significa que, en abstracto, no existan valores relacionados con la extracción o compraventa de órganos merecedores de protección. Es conveniente resaltar —y repetir— que la dignidad o la no instrumentalización de las personas, con ser valores esenciales, solo con dificultad reúnen los requisitos que la Doctrina exige al concepto de bien jurídico protegido. En relación con el bien jurídico protegido en el delito de trata de personas, puede verse (con resumen de las posiciones doctrinales, POMARES CINTAS, E., y sobre el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de órganos, muy crítica, CARRASCO ANDRINO, M.M., ambas en *Derecho penal español. Parte especial I*, 2.^a ed., cit., pp. 548 y 265 ss., respectivamente. Respecto del bien jurídico protegido en el delito de tráfico de órganos, desde una perspectiva supraindividual, esta última autora lo configura como «la tutela de la gratuidad en la donación y de la equidad en la selección y acceso al trasplante, pilares del Sistema Nacional de Trasplantes». De nuevo, también aquí, vuelve a aparecer la finalidad propia de los delitos económicos.

mercado, se caracteriza por su fungibilidad —porque puede ser sustituido por otros de la misma especie— y se integra en un flujo comercial que el Derecho Penal quiere limitar o evitar. Es decir, la intervención penal (en estos delitos que ahora estamos analizando) no se centra tanto en acabar con el objeto (sustancia, producto, personas...) como con el flujo comercial en el que, en cuanto que objeto de comercio, se integran (o integrarán).

Desde la perspectiva del Derecho Penal, el objeto (a que nos estamos refiriendo) se encuentra vinculado con el bien jurídico protegido. Esta vinculación es fácilmente apreciable en los delitos de tráfico de sustancias o materiales peligrosos. En estos delitos, el objeto comercializado (cuyo tráfico o comercialización se quiere prohibir) es peligroso para la vida o salud de las personas (o el medio ambiente) de forma que, el consumo —en sentido amplio, entendido como uso, posesión, utilización o estrictamente consumo, según el caso— lesiona esos bienes jurídicos protegidos —es decir, se producirían la muerte o pérdida de la salud o integridad física de la persona que lo usa, posee o consume—. Al tipificar el proceso de comercialización, el Legislador está adelantando la protección a fases previas a este momento final (consumo); a las fases que hemos agrupado bajo la denominación de «riesgo general». En estas fases, desde la iniciación del proceso con la elaboración del producto (en algunos casos, incluso con la tipificación del tráfico de precursores) hasta la puesta a disposición del consumidor se va avanzando progresivamente hacia el momento de la lesión. Son, desde esta perspectiva, perfectamente diferenciables los momentos de lesión (consumo), peligro concreto (puesta a disposición) y peligro abstracto (proceso de comercialización con sus distintas fases previas a la puesta a disposición). Ahora bien, este proceso toma como punto de referencia la lesión a un bien jurídico protegido y es respecto de éste del que el peligro es concreto o abstracto. Este esquema descrito se reproduce perfectamente en aquellos delitos en los que el bien jurídico protegido (al menos en el momento final del proceso, es decir, en el momento del consumo) es de carácter individual. Así cuando el bien jurídico protegido es la vida o salud de las personas, pero también en el art. 156 bis (tráfico de órganos), por ejemplo. Esta argumentación legitimadora sin embargo no sirve para: a) los delitos de tráfico de mano de obra (art. 312 CP) y tráfico de personas migrantes, (art. 313 CP)¹⁰⁰; b) delitos de tráfico

¹⁰⁰ La prohibición de estos procesos de «tráfico» que utiliza como «objeto de comercio» a personas, no tienen un momento final lesivo de un bien jurídico protegido consistente en el uso o consumo, en el sentido antedicho. Pero más aún, tampoco

de material pornográfico relativo a menores (art. 189 1.b) y 7 CP), tráfico de documentos de identidad falsos (art. 392.2.2 CP) o tráfico de certificados (art. 299.2 CP); c) delitos de tráfico de programas informáticos y similares (248. 2 b), 270 CP, 286 CP); d) tráfico de armas (art. 566.1 CP), y, e) en algunos tráficos de sustancias (peligrosas, etc.) y, muy singularmente, en el delito de tráfico de drogas (art. 368 CP)¹⁰¹.

los «objetos-sujetos» del tráfico asumen funciones de representación de ningún bien jurídico protegido, al menos en atención a la estructura típica de los delitos y a las concretas redacciones legales.

¹⁰¹ Problemas específicos plantean los arts. 332 y 334 CP. En estos, el tráfico va referido a objetos (animales o plantas) que, al igual que los sujetos pasivos respecto de los delitos contra la vida en el delito de homicidio, representan al bien jurídico protegido (medio ambiente o biodiversidad). En relación a estos preceptos y la comercialización del tráfico de especies podemos observar que lo que se comercializa no son, evidentemente, «especies» vegetales o animales, sino objetos (o individuos) de una cierta especie, de forma que la conducta típica será «efectuar tráfico ilegal» —o lo que es lo mismo, realizar actos de comercialización, con exclusión de la recolección, equivalente al acto originario de producción (elaboración o fabricación) en otros delitos de tráfico— de la planta «X» (art. 332 CP) o del animal «Y», que reúnen los requisitos típicos —pertenecer a ciertas especies de flora o fauna—. En ambos delitos, las conductas de cortar, talar, arrancar, recolectar o cazar y pescar, cumplen la misma función que, en otros delitos, elaborar, fabricar o manipular en el sentido de que representan la conducta de producción originaria en relación con el proceso de comercialización. Pero, por otro lado, la estructura normativa no es muy distinta de la propia del delito de homicidio. En el homicidio, la acción típica destruye el objeto de la acción (vida de «A») y esta destrucción afecta al bien jurídico idealmente considerado «Vida Humana» —vida de individuos de la especie humana, a la que, por razones obvias ofrecemos una específica y singular protección—. En los delitos de tráfico de especies, y especialmente en los delitos de caza o pesca, la acción típica destruye también el objeto de la acción (Animal «A») y su destrucción menoscaba el bien jurídico, sea cual fuere, pero que comúnmente se admite que es «Medio Ambiente» o «Biodiversidad». La diferencia entre el homicidio y el delito de caza o pesca estriba en que, mientras que a todas luces parece evidente la necesidad de proteger todas las «vidas» humanas, no sucede lo mismo con otras especies animales o vegetales. Bien es cierto que, para nuestra concepción del sistema jurídico puede resultar muy extraño elevar la vida animal o vegetal a la categoría de bien jurídico protegido, sobre todo porque podría considerarse que, a partir de ahí se «generaría» un derecho a la vida de los animales o plantas. No tendría por qué ser necesariamente así, por cuanto la vida animal o la vida vegetal (su existencia en sí misma considerada o como parte de un modelo de ecosistemas basado en la diversidad biológica) es un interés humano de primer orden. A partir de aquí, y con la finalidad de negar lo que podrían ser consecuencias lógicamente necesarias, se ha intentado explicar el carácter relativo de la prohibición de matar animales o plantas en la necesidad de vincular la destrucción del objeto de la acción de matar, por ejemplo, con un bien jurídico abstracto e intangible, por no decir indefinible e ilimitable, cual es el medio ambiente o la biodiversidad. De modo que se condiciona la intervención penal —de forma francamente confusa y, desde luego, sin ninguna eficacia práctica, puesto que es imposible de probar— no es la destrucción del objeto de la acción en concreto

2.4 La teoría del bien jurídico protegido en los delitos de peligro

I. Hemos observado que en este grupo de delitos convergen intereses de distinto orden: individuales (salud, patrimonio...), económicos (monopolio en el mercado, control de la competencia...), colectivos (seguridad pública, orden público, seguridad fiduciaria...) y políticos (control del estado sobre intereses estratégicos, pactos internacionales). Todos ellos sirven para explicar la decisión político criminal de intervenir penalmente en un determinado tráfico. Pero, el Legislador, una vez que ha decidido intervenir penalmente, todavía debe tomar otras decisiones en relación con la forma de hacerlo. En este segundo momento —que ya implica cuestiones técnicas— el Legislador debe decidir, desde una perspectiva dogmática, cómo expresar el «momento valorativo»¹⁰² que quiere proteger mediante su expresión en un concreto bien jurídico protegido. Esta opción político-criminal que convertirá un equilibrio de intereses concurrentes en un bien jurídico protegido pone de manifiesto la función instrumental del bien jurídico protegido, con trascendencia sobre la estructura típica

La decisión sobre la concreta configuración del bien jurídico protegido en el tipo es una decisión de capital importancia, precisamente, por el proceso de racionalización que exige, lo que otorgará legitimación al tipo¹⁰³ más allá de la legitimación material derivada del valor adoptado —legitimación que, por otro lado, en cuanto que material, solo surtirá efectos respecto de quienes compartan dicho valor—. Lo cierto es que, especialmente en este conjunto de tipos se pone de manifiesto cómo en esta segunda decisión político criminal de racionalización y construcción dogmática del tipo penal, se está acudiendo sistemáticamente a un fraude de etiquetas bendecido por una excesivamente acrítica Doctrina penal, que, o bien no cuestiona nada más allá de «localizar la etiqueta» sobre la que validar la intervención penal o bien, en un posibilista intento de salvaguardar o de

sino la capacidad de la acción de incidir en la subsistencia de la especie, en el equilibrio de un ecosistema, etc.

¹⁰² Designo como «momento valorativo» el punto de equilibrio penalmente seleccionado entre distintos intereses concurrentes cuando la intervención penal entra en ámbitos de riesgo donde la protección de bienes jurídicos individuales no es absoluta. Esto es posible, precisamente, porque el sistema valorativo previo sobre el que se construye el sistema normativo penal permite la protección relativa de determinados intereses o valores.

¹⁰³ Pues el proceso de racionalización implica que la ley penal no es absolutamente discrecional; sino sometida al criterio de la razón. Este argumento también dota de fuerza frente a los ciudadanos a la ley penal.

adaptar los tipos existentes a los principios dogmático-constitucionales del Derecho Penal, «re-interpretan», «re-adaptan» o «re-definen» los bienes jurídicos (supuestamente) protegidos. Ninguna de estas opciones es deseable desde una perspectiva de Política Criminal. Indudablemente, en la medida en que la «re-interpretación» limite la amplitud típica será, a efectos prácticos, más deseable —según y cómo¹⁰⁴—, pero no debe utilizarse para ocultar excesos punitivos derivados de intereses no explícitos y que no son susceptibles de constituir bienes jurídicos protegidos.

De ahí la importancia de la teoría del bien jurídico y de la limitación del recurso a bienes jurídicos colectivos. A estos efectos, una parte muy significativa de la Doctrina alemana, marcando tendencia, —la Doctrina española ha seguido su propio devenir— se ha posicionado a favor de una más estricta vinculación entre el objeto de la acción y el bien jurídico protegido configurando a aquél (objeto) como materialización del valor (o momento valorativo) protegido. Esta vinculación entre valor representado y objeto representante (que no es, en absoluto, replicación de la teoría de los bienes jurídicos intermedios) tiene ciertas ventajas en la práctica forense y, de hecho, en los delitos contra la seguridad vial ha sido utilizado por la Jurisprudencia en España para determinar el momento del resultado típico (en delitos de peligro concreto)¹⁰⁵.

La Doctrina española, de forma inmensamente mayoritaria —con la excepción referida a los delitos contra la seguridad del tráfico— vincula el resultado peligroso (en delitos de peligro) directamente con la afectación al bien jurídico protegido¹⁰⁶ y, consecuentemente,

¹⁰⁴ Pues de hecho son la base sobre la que generalmente se asienta la legitimación en concreto para que los tribunales realicen interpretaciones creadoras del Derecho Penal, lo que, por mucho que, en el caso concreto —si es acorde con nuestra ideología— lo consideremos conveniente, desde una perspectiva más amplia quiebra con el principio de legalidad. Véase sobre esta cuestión ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *El principio de legalidad*, Valencia, 2010, *passim*.

¹⁰⁵ Véase con doctrina y jurisprudencia, sintéticamente, GÓMEZ PAVÓN, P., en *Derecho penal español. Parte especial. II*, de F. J. Álvarez García (dir.), Valencia, 2011, p. 1410.

¹⁰⁶ Como ejemplo de esta postura puede verse LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho Penal*, cit., p. 173: «El resultado típico es la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido». Desde esta perspectiva, la consumación del delito se produce cuando se lesiona el bien jurídico protegido, incluso cuando éste —bien jurídico protegido— no se concreta en un objeto del mundo sensible —por ejemplo, las injurias, donde, al exigirse un mínimo de publicidad se está también exigiendo una «lesión» al honor— (p. 174). Aquí, la «perturbación» del objeto tutelado (honor) es distinta a la realización de la acción. De modo que, el delito de injurias ya no es de mera actividad, puesto que tiene un resultado típico (la perturbación del bien jurídi-

el Código Penal de 1995 —en un alarde de purismo— solía vincular el resultado de peligro con la lesión de «objetos» que generalmente son usados para «representar» o están estrechamente vinculados con bienes jurídicos individuales, pero en delitos cuyo bien jurídico protegido, supuestamente, era de carácter colectivo. Esto ha sucedido por ejemplo, en los arts. 325 CP —cuya redacción ha sido interpretada casi unánimemente con un «buenismo» doctrinal merecedor de la más severa crítica—, 341 CP, 361 CP o 361 bis CP. En estos supuestos, la punibilidad de la conductas gravemente lesivas —que superan con mucho el ámbito de protección diseñado por el bien jurídico protegido colectivo bajo cuyo amparo legítimamente se ubican— se hace depender de la «puesta en peligro de la vida o salud» de las personas¹⁰⁷, lo que, en general, debería interpretarse así: «el bien jurídico colectivo se ve *puesto en peligro típicamente* solo cuando en el supuesto concreto alguna persona (objeto de la acción) se hubiere encontrado en unas coordenadas de tiempo y lugar tales que su vida o salud (valores, no objetos) hubieran sido puestos en peligro. Con esta rebuscada fórmula se busca salvar los presupuestos de partida que son: 1) el peligro lo es respecto del bien jurídico protegido, no sobre el objeto de la acción y 2) el tipo cumple con las exigencias derivadas del principio de lesividad.

Esta criticable construcción plantea, al margen de problemas prácticos en relación con cada tipo en concreto, problemas lógicos y dogmáticos de calado —entre otros, significa tratar de distinta forma los delitos de resultado lesivo sobre bienes jurídicos individuales y los delitos de resultado peligroso a los que de forma prácticamente

co) que es un suceso distinto a la acción y causado por la misma (p. 175). A partir de aquí, el resultado típico sería un «efecto separable de la acción», entendiendo «efecto» en un sentido más amplio y no meramente naturalístico, como cualquier tipo de efecto, no solo físico, y el concepto de causa (o relación de causalidad) rompería con los estrictos límites del concepto naturalístico —lo que es lo mismo que decir que se convierte en un concepto normativo o valorativo— en contra con el concepto mayoritariamente admitido de «causa». Si el resultado típico fuera la «perturbación del bien jurídico» también en los delitos de peligro abstracto habría un auténtico resultado. Los delitos de peligro abstracto se caracterizarían por constituir un adelantamiento de la protección del bien jurídico que haría que no fuera necesario que el bien jurídico «entrara en contacto efectivo» con la acción, pero contendría un «desvalor potencial de resultado». La diferencia entre peligro concreto ya abstracto dependería de la intensidad del efecto sobre el bien jurídico.

¹⁰⁷ Aunque también, en ocasiones y además, se vincula a otros objetos patrimoniales, que, en otro caso, serían constitutivos de delitos de daños. Así sucedía en el art. 345 CP en su redacción inicial (y, en parte, se mantiene en el actual, aunque tras la reforma de 2010, las cuestiones dogmáticas que plantea este precepto son novedosas y de calado, en relación con el bien jurídico protegido).

automática, se asignan bienes jurídicos colectivos. Y son problemas que, en los delitos que estamos analizando, condicionan toda su estructura típica, su consideración como delitos de peligro abstracto e incluso el concepto de autor, cuestiones, todas estas, que serán objeto de análisis en una publicación posterior.

C) Epílogo

Los delitos de tráfico de personas, objetos y mercancías, analizados en conjunto y pese a la similitud de su estructura y elementos lingüísticos típicos, parecen estar destinados a la protección de un amplio abanico de bienes jurídicos. Sin embargo, ni existe unanimidad en la asignación de un bien jurídico protegido a cada tipo penal, ni todos los enunciados como bienes jurídicos reúnen los requisitos mínimos que exige la Teoría del bien jurídico para serlo. Pero, incluso, detrás de los que aparentemente gozan de mayor aceptación (por ejemplo, Salud Pública en tráfico de sustancias nocivas o peligrosas —incluyendo el tráfico de drogas—), una revisión de la evolución histórica de los concretos tipos penales, así como de los intereses que se ocultan tras la intervención estatal en el mercado por medio del *Ius Puniendi*, hace dudar de los intereses que oculta la intervención penal. Por otro lado, la reflexión sobre los intereses realmente protegidos (en definitiva, sobre el carácter instrumental o simbólico de la intervención penal y sobre su legitimidad democrática) se ve empañada por la automática vinculación entre bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto (de mera actividad). Esta confusión de categorías dogmáticas —bien jurídico protegido, resultado típico y delitos de peligro— tiene como efecto la legitimación circular de la intervención penal, apoyada, sin duda, por otros argumentos «prácticos» («necesidad social», seguridad, facilitar la prueba, etc.).

Hemos observado que en muchos de los tipos ahora analizados, la razón material que justifica la intervención depende del objeto del tráfico comercial. En aquellos delitos en los que el consumo del objeto de tráfico marca el momento lesivo, la tipificación del tráfico se justificaría en la necesidad de controlar penalmente momentos previos a la lesión de bienes jurídicos individuales esenciales para la sociedad. Pero si ello es así, no se entiende porque, sencillamente, los delitos no se configuran como delitos de peligro sobre bienes jurídicos individuales o por qué el menoscabo de los parámetros de seguridad normativamente impuestos no son tratados como una lesión a la seguridad mediante delitos de lesión y no de peligro. Aun así, estos supuestos no son los que más se resisten a la racionalización, sino aquellos otros delitos en los que el momento del consu-

mo (o equivalente) no existe o no representa una mayor gravedad (arts. 312 CP; 313 CP; 189 1.b) y 7 CP); 392.2.2 CP; 299.2 CP; 248.2.b; 286 CP; 270 CP; 368 CP y 566.1 CP). En estos delitos aún no hemos encontrado un referente de material cuya lesión los legitime o explique suficientemente, más allá de intereses minoritarios de carácter económico o geopolíticos.