



CITD

**II CONGRESO INTERNACIONAL DE
TEORÍA DEL DELITO**

PONENCIAS 2022

CITD

II CONGRESO INTERNACIONAL DE
TEORÍA DEL DELITO

Presentación	1
La doctrina de la ignorancia deliberada	4
Imputación subjetiva en la teoría del delito	16
Concepción significativa de la acción y (nueva) teoría jurídica del delito	25
Análisis de la acción bajo una perspectiva comunicativa	55
Culpabilidad e individualización de la pena	63
Incapacidad de acción e incapacidad de culpabilidad: nuevos retos a la luz de las neurociencias	79
Teoría aplicada del sistema de concursos penales	93
El concepto de bien jurídico y su influencia en la teoría jurídica del delito	114
Teoría del tipo penal intersubjetivo: la víctima	132

El concepto de bien jurídico y su influencia en la teoría jurídica del delito



**Francisco Javier
Gómez Lanz**

Profesor Propio Ordinario desde 2007 en la Universidad Pontificia Comillas (ICADE). Grado en Derecho con Premio Extraordinario de Licenciatura y Doctorado con la máxima calificación (cum laude) por la misma institución. Realizó una estancia de varios meses de duración en la Universidad Albert-Ludwigs (Freiburg, Alemania), en el prestigioso Instituto de Criminología y Derecho Penal Comercial, bajo la dirección del profesor Tiedemann. Investigador en estancias internacionales en África y América. Es autor de numerosas publicaciones especializadas centradas en distintos aspectos del Derecho penal, particularmente en el ámbito económico y empresarial, así como, aquellas relativas al sistema de penas, concursos penales e imputabilidad.

1. El concepto de bien jurídico

'Bien jurídico' es una expresión que puede emplearse bien de modo descriptivo, bien de forma valorativa. En el primer caso, la locución se utiliza para aludir a los bienes jurídicos que son objeto de efectiva tutela por parte de un derecho penal positivo determinado. En cambio, se emplea normativamente cuando con la misma se hace referencia a los bienes jurídicos que, de acuerdo con una visión político-criminal específica, debieran ser protegidos por el derecho penal.

Desde una concepción de la dogmática que toma como objeto el derecho penal positivo y que asume como función la exposición sistemática del contenido de las normas penales (que no es, por supuesto, la única posible ni, seguramente, la mayoritaria)² la relevancia de un bien jurídico para la teoría jurídica del delito deriva de su efectiva consideración como tal en la ley penal, al margen de la opinión política que pueda merecer su protección legal o la ausencia de extensión de la tutela a otros bienes distintos. En un contexto de discusión dogmática, por tanto, como es el propio de la teoría jurídica del delito, lo que interesa fundamentalmente es el inventario de bienes jurídicos realmente calificados como tales por parte del derecho penal positivo.

Ello no obsta, por supuesto, a la conveniencia de perseverar en la discusión sobre las circunstancias que convierten a un valor o a un interés en un objeto merecedor de protección penal, ya se plantee ese debate desde una perspectiva axiológica, ya desde una perspectiva consecuencialista. No obstante, se debe considerar que es sensato moderar las expectativas generadas por este propósito, pues los condicionamientos históricos, espaciales y sociales de toda índole que influyen en esta cuestión convierten, a mi juicio, en un empeño quimérico la elaboración –al margen del ordenamiento– de un catálogo cerrado y excluyente de bienes jurídicos susceptibles de protección penal. Más rendimiento puede ofrecer, sin duda, el argumento relativo a la presencia de motivos constitucionales para la protección de determinados bienes dentro de un ordenamiento concreto (incluso en ausencia de mandatos constitucionales expresos de tutela penal).

De la consideración de los bienes cuya tutela está positivada es posible abstraer una noción de 'bien jurídico' que lo caracteriza como un objeto de la realidad que se ha hecho acreedor de protección jurídico-penal, porque en él se pone de manifiesto un valor de carácter jurídico³. Se trata de un concepto, por tanto, en el que confluyen una dimensión material ineludible (el bien jurídico es, en este sentido, una cosa) y una dimensión valorativa (lo que define tal cosa como bien jurídico es lo que la misma tiene de valioso para el derecho).

Aunque será lo usual, no es preciso que ese valor reúna los rasgos que habilitan su categorización como derecho subjetivo. Ciertamente, el núcleo del derecho penal tradicional acoge, como bienes jurídicos, la vida de las personas, su salud, su libertad, su patrimonio o su honor, valores todos ellos caracterizables como derechos subjetivos atribuidos a una persona (persona que constituiría el substrato y la dimensión material de tales bienes jurídicos). En un derecho penal liberal, seguramente, el principal criterio rector de criminalización de conductas debe atender a la selección de las que atacan este tipo de bienes individuales reconocidos como derechos subjetivos.

Sin embargo, en el derecho penal contemporáneo –expandido y progresivamente más próximo a postulados y presupuestos comunitaristas– la dimensión valorativa del bien jurídico se extiende al concepto de derecho subjetivo para acoger intereses y valores que no pueden conceptuarse estrictamente como derechos de una persona. Así, ocurre, de forma indiscutible, con valores colectivos, como la seguridad vial, el orden público o el funcionamiento de la Administración de

² Compárese con Jesús María Silva Sánchez, "Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal", en Indret: Revista para el Análisis del Derecho, n.º 4 (2019): 1-32. Por todas partes.

³ Santiago Mir Puig, Derecho Penal. Parte General (Barcelona: Reppertor, 1998), 136.

¹ Profesor Ordinario de Derecho Penal, Universidad Pontificia Comillas-ICADE, España.

Justicia, pero también con intereses de carácter individual, como la vida o la salud del feto o del animal, a cuyos titulares no siempre se les reconoce la condición de sujetos de derechos por parte de los ordenamientos positivos. En este contexto, no es tampoco inusual que la protección de los bienes jurídicos que sí son derechos subjetivos se conecte por la doctrina con su dimensión "social" y no tanto con el valor que los mismos tienen para su titular⁴.

Esta amplitud posibilita que, en atención a la titularidad de este valor o interés, puedan hallarse bienes jurídicos de titularidad individual, bienes jurídicos de titularidad colectiva y bienes jurídicos de carácter difuso⁵, categoría con la que se designan usualmente los bienes de carácter supraindividual cuyo titular no se corresponde con la totalidad de los ciudadanos, sino con un subgrupo indefinido y cambiante de estos que se convierten en titulares de tal bien jurídico en razón de la posición que ocupan en el ámbito de una determinada relación social (tal sería el caso, entre otros, de los "derechos de los consumidores" o de los "derechos de los trabajadores").

Como más adelante se indicará, una de las principales controversias en este ámbito de debate está conectada con la autonomía de los referidos bienes supraindividuales: mientras que las posiciones comunitaristas aducen que la consideración social del ser humano abona la tutela independiente de esta clase de bienes como ejecución del mandato constitucional de promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y los grupos en que se integra sean reales y efectivas⁶ y como garantía de la seguridad y confianza en el buen funcionamiento de las instituciones sociales y la protección de los grupos socialmente más débiles⁷, las corrientes liberales advierten, en este tipo de bienes jurídicos, una construcción artificiosa que pretende encubrir una extensión y adelantamiento notables de la intervención penal. Es conocida la exigencia, a este respecto, de Hassemmer⁸ de limitar la legitimidad de tutelar penalmente los bienes supraindividuales a los casos en los que estos aparecen "funcionalizados desde el punto de vista de los bienes jurídicos individuales". El dato relativo a la titularidad del bien jurídico atacado por la conducta típica puede tener cierta relevancia procesal, dado que determina la atribución de la condición de sujeto pasivo del delito y –aun cuando ello depende de las peculiaridades de cada ordenamiento– la posibilidad de participar en el seno del procedimiento penal mediante el ejercicio de la acusación particular, sin verse relegado a otras formas de intervención más gravosas, como la acusación popular.

Este trabajo se va a concentrar en algunos ámbitos de incidencia del concepto de bien jurídico en la teoría jurídica del delito y, en consecuencia, en cuestiones propiamente dogmáticas como son las desarrolladas en los apartados 3 y 4 siguientes. No obstante, de modo previo, parece oportuno precisar de forma breve la repercusión político-criminal de esta noción y, en particular, de su notable relevancia para el desarrollo de la teoría de la criminalización.

2. El bien jurídico y la teoría de la criminalización

Puede definirse la teoría de la criminalización como la parte de la filosofía del derecho penal que se ocupa de determinar tanto las conductas que deben ser castigadas como la forma en que debe producirse el castigo. Ello presupone una decisión sobre cuáles deben ser los bienes merecedores de protección bajo pena y cuál ha de ser la intensidad de su tutela; en suma, una

4 Compárese con Mir Puig, Derecho Penal. Parte General, 137.

5 Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz, Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 53 y ss.

6 Luis Gracia Martín, "La modernización del derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de derecho (social y democrático)", Revista de Derecho Penal y Criminología, n.º 3 (2010): 63

7 Mirentxu Corcoy Bidasolo, Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales (Valencia: Tirant lo Blanch, 1999), 208.

8 Winfried Hassemmer, "Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales XLV-I, (1992): 248.

opción relativa a las conductas que deben ser penadas y a las que no deben serlo.

La consideración tradicional de los principios relativos a las condiciones que legitiman el ejercicio estatal de la potestad punitiva da respuesta a algunas de las cuestiones formuladas por la teoría de la criminalización, pero, usualmente, se trata de respuestas que adolecen de una gran falta de concreción (lo que no es de extrañar, dado que lo que persigue ese debate es la fijación de reglas fundamentales). La imprecisión es particularmente apreciable en los criterios relativos a la delimitación material del derecho penal (es decir, en los que persiguen una cierta demarcación de las conductas respecto de las que hay que intervenir penalmente), que, con frecuencia, constituyen orientaciones muy genéricas ligadas a las nociones de necesidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, fragmentariedad o subsidiariedad.

Esta relativa inespecificidad ocasiona que, dado el grado de compromiso reducido que comportan, la aceptación doctrinal de estos principios resulte abrumadora. No obstante, el hecho de que el debate sobre la criminalización genere un alto nivel de acuerdo en el nivel de los axiomas fundamentales (asociados usualmente al marco constitucional y, en particular, al derivado de la caracterización del Estado como un Estado social y democrático de derecho), no puede ocultar que, al igual que este marco posibilita una pluralidad de políticas públicas inspiradas en teorías políticas normativas distintas, son también factibles dentro del mismo diversas propuestas de criminalización inspiradas en las referidas teorías políticas.

En la construcción de estas teorías de criminalización, la decisión relativa al catálogo de bienes que se entienden dignos de tutela penal constituye un hito fundamental, dado que de ello se deriva, en buena medida, el elenco de conductas que se estiman merecedoras de sanción. Precisamente, la atención al tipo de bienes jurídicos cuya protección se persigue de forma preferente constituye, a mi juicio, uno de los factores principales que permiten distinguir entre teorías de criminalización principalmente liberales y teorías de criminalización fundamentalmente comunitaristas.

2.1. Teorías liberales de criminalización: la primacía de los bienes jurídicos individuales ligados al ejercicio de la libertad

En las primeras, la criminalización parte como premisa normativa de la primacía de la libertad individual en sentido "negativo", esto es, de la libertad de desarrollar la propia actividad sin interferencia por parte del Estado o de los demás⁹. Una aceptación adicional del pluralismo como modelo más razonable de organización social conduce a postular la existencia del máximo ámbito posible de libertad "negativa", para que cada individuo pueda perseguir los fines que él mismo elija y pueda priorizar, según su criterio, los valores a los que ajusta su comportamiento, como fundamento principal y condición de posibilidad del referido pluralismo. Naturalmente, en una sociedad pluralista existen situaciones de conflicto provocadas por la diversidad de fines y de valores que guían la conducta de los individuos, lo que se traduce en la imposibilidad de afirmar un ámbito ilimitado de ejercicio de la libertad individual en el contexto de un grupo social organizado.

En el liberalismo, la legitimidad material del Estado para intervenir en estas situaciones se asienta precisamente en la garantía para todos los ciudadanos de un nivel de ejercicio de la libertad individual superior al que resultaría de la ausencia de intervención (esto es, superior al que existiría en una suerte de "estado de naturaleza"), lo que exige la renuncia a un potencial ejercicio ilimitado de la propia autonomía privada a cambio de la fijación de un marco en el que se maximiza el ejercicio de tal libertad en las situaciones de conflicto con los otros. Desde un punto de vista metaético, el respaldo de esta posición no sería solo el propio de la racionalidad deontológica, sino el de la racionalidad teleológica propia del utilitarismo, tradiciones ambas,

9 Isaiah Berlin, Liberty (Oxford: Oxford University Press, 2009), 216.

como es sabido, presentes en la construcción original de esta teoría política.

Esta maximización comporta, al menos:

La reserva de la intervención punitiva para supuestos en los que la propia libertad individual o derechos individuales asociados a esta se ven lesionados o puestos en peligro como resultado de conductas de terceros; el ataque a bienes y derechos constituye, pues, el criterio rector de criminalización de conductas en el liberalismo, lo que supone priorizar la lesión del bien jurídico como paradigma para la incriminación, en detrimento de alternativas como la infracción de deber y de figuras basadas en la pura voluntad infractora (como las tentativas imposibles). Por supuesto, afirmar que la producción de un daño a terceros es una razón relevante para criminalizar una conducta no implica que constituya una razón suficiente, ya que pueden existir costes morales y prácticos de la criminalización que justifiquen, incluso en presencia de un daño, no incriminar la conducta.

En todo caso, estos bienes cuya lesión constituye la referencia en la construcción de los tipos han de asentarse en un sustrato fáctico funcionalmente vinculado con el ejercicio individual de la libertad. En suma, ha de tratarse de bienes jurídicos individuales de los ciudadanos o, de modo excepcional, de bienes supraindividuales claramente delimitados y directamente reconducibles a bienes individuales. El principio de lesividad –pauta fundamental de incriminación– aparece, pues, principalmente, definido en términos de lesión o puesta en peligro de bienes individuales.

La criminalización en el marco de una sociedad pluralista entraña, como reverso, la neutralidad del Estado respecto de las convicciones morales de los ciudadanos, esto es, respecto de lo que constituye el “bien” o una “vida buena”. Esta neutralidad estatal no es el trasunto de una posición moralmente escéptica o relativa, sino que constituye, en sí misma, una propuesta moral, una teoría de moralidad política que enfatiza valores como la autonomía racional, la dignidad y la libertad¹⁰. La existencia del orden liberal depende de que los miembros de la sociedad compartan compromisos valorativos y desarrollen disposiciones y actitudes que los reflejen, tales como el valor fundamental de la libertad individual, la vinculación teleológica del orden legal con la prevención del daño y el agravio a las personas o la moderación en la pretensión de imponer a los demás la propia concepción del bien¹¹. Ello supone la proscripción de criterios paternalistas y perfeccionistas en la selección de los bienes jurídicos merecedores de protección penal. En un orden liberal, el proceso de criminalización debe reflejar valores morales, pero ello no permite presumir que la inmoralidad de una conducta constituye por sí misma justificación para su incriminación.

Esta construcción liberal fija algunas pautas en las que debatir cómo sacrificar en el ámbito conflictivo por excelencia –el fenómeno criminal– la mínima libertad posible a fin de garantizar el mayor ámbito de libertad de todos. La razonabilidad del resultado de tal debate, entendiéndolo por tal su posibilidad de reconocimiento por los ciudadanos en atención a sus propios intereses y con abstracción de la posición que eventualmente puedan ocupar (ya la de potencial víctima, ya la de potencial delincuente)¹², lo legitimarían desde la perspectiva de una política criminal de carácter liberal¹³.

10 Douglas Husak, *Philosophy of Criminal Law* (Nueva Jersey: Rowman & Littlefield, 1987), 244; Ronald Dworkin, “Liberalism”, en *Liberalism and its critics* (Nueva York: New York University Press, 1994), 77.

11 Jonathan Jacobs, “Criminal Justice and the Liberal Polity”, *Criminal Justice Ethics* 30-2, (2011): 176.

12 Compárese con Jesús María Silva Sánchez, “¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas”, en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología* (Madrid: UNED, 2001), 566 y ss.

13 Rafael Alcácer Guirao, “Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* LI, (1998): 539 y ss.

2.2. Teorías comunitaristas de criminalización: autonomía de los bienes jurídicos supraindividuales y autocomprobación de la sociedad

En cuanto atañe a la dimensión sustantiva de la criminalización, las diferencias entre el liberalismo y el comunitarismo se ponen de manifiesto en una reformulación, más o menos intensa, del principio de lesividad.

Así, mientras que, como se ha visto, la lesividad, como patrón de criminalización de conductas, se asocia en el liberalismo a la producción de un daño a los bienes y derechos de otros individuos, el pensamiento comunitarista más vehemente no es ajeno a la incorporación al derecho positivo de la protección coactiva de las convicciones morales imperantes en la comunidad sin otro límite que la propia decisión del legislador. Así, Devlin¹⁴ “afirma la imposibilidad de fijar límites teóricos al poder estatal de legislar contra la inmoralidad, lo que resulta consistente con la atribución a la comunión de valores de una importancia crucial en la existencia y conservación de la sociedad”.

En el derecho penal contemporáneo, la pretensión de imposición de este horizonte moral común –a veces trasunto de la moral de la mayoría y otras veces resultado de la suma de morales minoritarias–, unida a la atribución al derecho penal de una función pedagógica, se manifiesta en el énfasis punitivo que se dirige hacia los delitos impulsados por ciertos móviles particularmente despreciados o, incluso, a la propia expresión de opiniones morales divergentes.

En versiones más moderadas –y extendidas– del comunitarismo, la reformulación del principio de lesividad se caracteriza también por propugnar la extensión del ámbito de lo sancionado penalmente a comportamientos que afectan a otros elementos más allá de los bienes individuales, pero atendiendo no tanto a las convicciones morales predominantes, cuanto a otros aspectos, como por ejemplo, la asignación a los ciudadanos de “competencias de fomento” que les obligan a realizar prestaciones adicionales para salvaguardar la capacidad de funcionamiento del Estado o para garantizar las condiciones reales básicas de la existencia personal¹⁵, o ciertas condiciones de la distribución social de tales bienes individuales, condiciones que constituyen para el comunitarismo claves estructurales de una sociedad. En este sentido, por ejemplo, Pettit y Braithwaite¹⁶ conectan el carácter público del daño no solo con la afectación del “dominio” de la víctima, sino con la distribución general de dominio en la sociedad.

El ejemplo más notorio de esta perspectiva es, como ya se ha anticipado, la extensión de la tutela a los bienes supraindividuales de forma independiente de su conexión mediata o inmediata con bienes individuales. El protagonismo de los bienes colectivos engarza con otra manifestación principal de la criminalización comunitarista, como es la generalización de los tipos de peligro abstracto¹⁷. Sin duda, la incriminación de conductas meramente peligrosas no está ausente de las teorías liberales de criminalización, aunque con una vocación decididamente restrictiva dada la capacidad de esta pauta político-criminal para expandir exponencialmente el ámbito de intervención estatal¹⁸.

Esta técnica de tipificación –paradigma de la prevención penal de nuevos riesgos– supone criminalizar conductas que, o no comportan necesariamente la producción de una efectiva puesta en peligro de bienes individuales, o bien generan un riesgo insuficiente como para justificar la

14 Patrick Devlin, *The enforcement of morals* (Estados Unidos: Amagi, 2009), 12 y ss.

15 Michael Pawlik, “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. ° 2 (2016): 11.

16 Philip Pettit y John Braithwaite, “Not Just Deserts, Even in Sentencing”, *Current Issues in Criminal Justice*, n. ° 4-3 (1993): 203.

17 Hassemer, “Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno”, 24 y ss.

18 Douglas Husak, *Overcriminalization* (Oxford: Oxford University Press, 2008), 159 y ss.

intervención estatal. Es, precisamente, la menguada lesividad de los tipos de peligro abstracto para los bienes individuales la que propicia la identificación de bienes supraindividuales (en muchos casos, con contornos muy difusos y de difícil precisión) como los afectados directamente por estos tipos. El mayor grado de aceptación de la legitimidad de los tipos de peligro abstracto en el ámbito del comunitarismo explica que su presencia se justifique incluso en situaciones en las que la referencia del peligro abstracto no es un bien individual –como suele ser habitual–, sino un bien supraindividual¹⁹. No es cuestionable el esfuerzo de quienes sustentan estas posiciones por garantizar el cumplimiento de estándares garantistas en la construcción de estas conductas típicas (con especial énfasis en su taxatividad o en el aseguramiento de criterios objetivos de imputación), pero lo cierto es que a las mismas no subyace una objeción político-criminal de base al adelantamiento de la intervención estatal.

Una versión extremada de esta dilatación del principio de lesividad, también patrocinada por el comunitarismo²⁰, es la propuesta de tipificación de delitos acumulativos, en los que el efectivo peligro para el bien jurídico (que, en los ejemplos más significativos de esta clase de infracciones, ya es un bien supraindividual) solo es concebible mediante la acumulación teórica de un sinnúmero de acciones individuales insignificantes por sí solas.

También dentro del comunitarismo se ubica una propuesta, particularmente exitosa, que prescinde de la noción de bien jurídico como fundamento legitimador de la criminalización. Se trata, naturalmente, del funcionalismo sistémico, que considera la tutela de bienes jurídicos como un subproducto de un derecho penal que tiene por misión la confirmación de la identidad de la sociedad, la autoconfirmación de esta última²¹. El principio de lesividad deja, en este escenario, de constituir un criterio de criminalización y es sustituido –al menos, en alguna medida– por un modelo basado en la infracción de deber, concepción esta última que conecta, de modo netamente comunitarista, con la existencia de instituciones previas que condicionan el estatus del sujeto con una idea de comunidad homogénea y con la lesión de deberes de comportamiento solidario frente a otros.²² vincula así expresamente los delitos de infracción de deber con deberes positivos que pretende derivar del principio *neminem laedere* y para los que propugna como fundamento una moral que contempla un concepto de libertad positiva que va más allá del liberalismo²³.

En esta perspectiva, instituciones cuestionadas por el liberalismo como los tipos de peligro abstracto resultan funcionalmente justificadas en tanto que cabe aducir que forman parte de la identidad social la garantía de la expectativa de no tener que tomar en cuenta conductas que solo de modo abstracto están referidas al resultado²⁴.

19 Víctor Gómez Martín, "Libertad, seguridad y sociedad del riesgo", en *La política criminal en Europa* (Barcelona: Atelier, 2004), 78.

20 Bernd Schünemann, "¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?", en *Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania"* (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1991), 36 y ss.

21 Günther Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (Madrid: Civitas, 1996), 18 y ss.

22 Manuel Cobo del Rosal y Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Gestión de cobro de morosos y derecho penal* (España: Tirant lo Blanch, 2002), 183 y ss.

23 Cobo del Rosal y Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Gestión de cobro de morosos y derecho penal*, 141.

24 Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, 43 y ss.

3. Antijuridicidad formal, antijuridicidad material y teoría de la interpretación

Seguramente, si hubiera que identificar solamente una esfera de la teoría jurídica del delito al objeto de evidenciar la incidencia que ha tenido la noción de bien jurídico en los debates sobre la materia, no sería sorprendente que la escogida fuera la erigida en torno al concepto de antijuridicidad material.

La referencia a la materialidad de este elemento del delito está conectada con la tesis –con un cierto predicamento tanto en la doctrina como en la jurisprudencia que, no obstante, no es unánime²⁵–, que propugna la distinción entre la antijuridicidad formal de una conducta –que vendría a ser la nota de ilicitud que se atribuye a la misma como consecuencia de su subsunción en el tipo penal en ausencia de causas de justificación– y la denominada antijuridicidad material de la misma, que exigiría la constatación no solo de esa subsunción, sino de un ataque (o, incluso, de un ataque relevante) al bien jurídico protegido por el tipo. En algunas formulaciones de esta teoría, la antijuridicidad material se presenta como la incorporación al tipo del ataque al bien jurídico, de forma que cabría fundamentar una causa general de exención de responsabilidad penal (bien por exclusión de la tipicidad, bien por justificación) en aquellos casos en los que, pese a ser indiscutible la subsunción formal de la conducta en el supuesto de hecho típico, ese ataque se considera inexistente o insuficiente²⁶.

Aun cuando el recurso utilizado mayoritariamente para la articulación práctica de la antijuridicidad material ha estado ligado a la operatividad de principios como el de insignificancia o el de intervención mínima, entre las vías dirigidas a conseguir el objetivo propuesto por esta teoría destaca, sobremanera, la generalización de una pauta de interpretación teleológica conducente a la reducción del ámbito típico, en los casos en los que el intérprete identifica la ausencia de un nivel suficiente de ataque al bien jurídico tutelado.

Condición de posibilidad de esta tesis es el frecuente desacuerdo que se genera en torno al aspecto funcional del contexto en el que se expresa un enunciado legal, lo que se traduce en la dificultad de formular directrices funcionales de interpretación susceptibles de aceptación general²⁷. Este es, quizá, el ámbito en el que se presenta de forma más nítida la controversia ideológica entre las distintas doctrinas normativas de interpretación.

El núcleo básico del elemento interpretativo usualmente denominado "teleológico" viene constituido por una directriz funcional que el propio Wróblewski²⁸ formula en los siguientes términos: "a una regla legal se le debería atribuir un significado de acuerdo con la finalidad que persigue la institución a la que pertenece la regla". Usualmente, se adjudica al artículo 3.1 del Código Civil (y a su referencia a la necesidad de interpretar las normas "atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas") la recepción de esta directriz en el ordenamiento español. De hecho, la ideología interpretativa tradicionalmente dominante –favorecida en este punto por la presencia del adverbio "fundamentalmente" en el citado precepto– atribuye un papel central a este criterio teleológico, en alusión general a la finalidad, al espíritu o a la voluntad de la ley²⁹.

25 Compárese, por ejemplo, Enrique Orts Berenguer y José González Cussac, *Compendio de derecho penal-Parte general* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022), 234; Tribunal Supremo Español, "Sentencia de la Sala 2ª de 21 de junio de 2003", RJ 2003\4362, 21 de junio de 2003.

26 Véase, por ejemplo, en el ámbito del Derecho penal económico, Carlos Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico y de la Empresa* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022), 428.

27 Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (Madrid: Civitas, 1985), 45 y ss.

28 Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, 50 y ss. Y, *The Judicial Application of Law* (Dordrecht: Kluwer, 1992), 106.

29 Con carácter general, compárese, Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (Barcelona: Ariel, 1966), 263 y ss., y, en el ámbito del Derecho penal, Eugenio Cuello Calón, *Derecho Penal. Tomo I, Parte General. Volumen 1º* (Barcelona: Bosch, 1980).

En el marco de esta ideología interpretativa, estas expresiones ('finalidad', 'espíritu', 'voluntad') se usan en sentido figurado y en virtud de una comparación tácita con la finalidad o la voluntad del legislador. Son, por tanto, metáforas. Aquello genera dificultades ontológicas de cierto calibre ligadas, precisamente, a la identificación de la finalidad, el espíritu o la voluntad de la ley, que en esta ortodoxia teleológica se presentan como entidades distintas de la finalidad del legislador (es un tópico afirmar que la finalidad de la ley se independiza de la finalidad del legislador). Cabría así preguntar, ¿cuál es, cómo se reconoce y dónde consta la finalidad de la ley? ¿Qué finalidades de sus creadores gozan de la suficiente relevancia como para ser atribuidas a la ley como finalidades propias? ¿Qué criterios de identificación permiten afirmar con certeza que se está ante la finalidad de la ley?

En el seno de la dogmática penal, la construcción de una directriz teleológica en el seno de esta corriente ha tomado por modelo la interpretación de un grupo específico de enunciados legales: los tipos penales. Conforme a la versión dominante de esta doctrina³⁰, la finalidad de estos enunciados legales penales es la tutela del bien jurídico protegido. Destaca, en particular, la opinión de Maurach y Zipf³¹, quienes señalan³² que "la interpretación de la ley penal –y con ella su conocimiento–, sin la directriz que le da la noción del bien jurídico, es simplemente imposible".

Si se admite como hipótesis argumentativa –discutida por algún sector doctrinal, como se vio en el apartado anterior– que el fin de todo tipo penal es la protección de un bien jurídico por ser esta la finalidad que persigue la institución (el derecho penal) a la que pertenece la regla legal, no habría inconveniente en admitir que este fin de tutela formaría parte, en principio, del contexto funcional del enunciado legal penal, por lo que podría integrarse legítimamente en un razonamiento interpretativo.

Ahora bien, afirmar que el enunciado legal penal tiene como fin la protección de un bien jurídico no permite determinar cuáles han de ser la intensidad, el grado, la forma, las excepciones o las circunstancias de tutela de ese bien; no cabe deducir, por ejemplo, que el fin del enunciado haya de ser la mayor, mejor o más eficaz tutela del bien jurídico protegido por el tipo. Esto ocurre incluso cuando el fin de la ley es expresamente declarado por el legislador, pues admitir que la finalidad de un enunciado legal penal es la tutela de un bien jurídico concreto no permite inferir la forma y la intensidad que la tutela debe adoptar.

La estrategia de razonamiento implicada en esta versión de la interpretación teleológica invierte, en mi opinión, el proceso de argumentación pertinente. Lo cierto es que solo los términos que conforman el tipo penal estipulan el alcance de la tutela. Aceptar que el fin del tipo penal es la protección de un bien jurídico no permite identificar ese fin con la mejor o mayor protección del bien jurídico, sino con la protección del bien jurídico en la medida arbitrada por el propio enunciado. La determinación del grado de agresión al bien jurídico que resulta necesario para la tipicidad (esto es, la descripción del grado de protección que el tipo dispensa al bien tutelado) es una decisión legislativa que se expresa en las propias palabras de la ley, y la selección del bien jurídico tutelado no puede sustituir al propio tenor del tipo como pauta para la identificación de la estructura típica. La indicación del bien jurídico protegido por un tipo penal es, por lo general, una decisión controvertida, pero aun en aquellos casos en los que pudieran aducirse al respecto argumentos contextuales de cierta solidez, lo que resultaría generalmente especificable sería el

216.

30 Por todos, Manuel Cobo del Rosal y Tomás Salvador Vives Antón, *Derecho Penal. Parte General* (Valencia: Tirant lo blanch, 1999), 118; Enrique Gimbernat Ordeig, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal* (Madrid: Tecnos, 1999), 87 y ss.; Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (Granada: Comares, 1993), 140; Diego Manuel Luzón Peña, *Curso de Derecho Penal. Parte General I* (Madrid: Universitas, 1996), 169 y s.; Edmundo Mezger, *Tratado de Derecho Penal* (Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955), 138 y s.; Santiago Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método* (Barcelona: Bosch, 1976), 139 y s., y 312 y ss.

31 Reinhart Maurach y Heinz Zipf, *Derecho Penal. Parte General* (Buenos Aires: Astrea, 1994), 150 y ss.

32 Maurach y Heinz Zipf, *Derecho Penal. Parte General*, 339.

bien tutelado, pero no el grado de protección legalmente arbitrado, que es, en definitiva, lo que permite establecer diferencias entre distintas estructuras típicas.

Así las cosas, la versión penal de la interpretación teleológica se torna circular, pues el único criterio hábil para fijar el grado de protección que se ha asignado al enunciado es el propio enunciado que se ha de interpretar. La identificación del bien jurídico cuya protección constituye, según esta teoría, el fin del tipo penal depende precisamente de la forma en la que este enunciado configura el tipo de injusto del delito.

Como señalan Nuvolone³³ y Pagliaro³⁴, la *ratio legis* se descubre precisamente mediante la interpretación de la norma. Por esta razón, es paradójico querer fijar la *ratio legis* como un criterio de interpretación; ello supondría cambiar el *prius* por el *posterius*. De este modo, la versión penal de la interpretación teleológica comporta una petición de principio, al introducir como directriz interpretativa un elemento (el grado de protección del bien jurídico) cuya identificación depende de los términos en que el enunciado legal describe el tipo de injusto, términos que, por hipótesis (pues se está ante una situación de interpretación y no de isomorfía), no son claros. Ello supone afirmar de forma simultánea que la descripción de la conducta típica no es clara (pues requiere ser interpretada) y que sí lo es (pues permite inferir de su tenor el grado de protección del bien jurídico que se identifica como fin del tipo penal). La paradoja deriva de la aserción simultánea de la claridad y la oscuridad de los términos legales en el aspecto que resulta relevante.

Pese a estas dificultades lógicas y prácticas que presenta la versión mayoritaria de la interpretación teleológica de tipos penales como directriz funcional, su primacía en la interpretación del derecho penal es, para los dogmáticos españoles, una cuestión casi trivial.

Lo que no resulta precisamente trivial es la consecuencia que se deriva de las pautas de resolución práctica de las aporías que genera esta estrategia teleológica, pues en la tesitura de navegar constantemente de la protección del bien jurídico al tipo de injusto y viceversa, no es inusual que el propósito o finalidad de la ley que se advierte en la ley penal termine siendo, en mayor o menor medida, una construcción individual del propio intérprete, y que la justificación teleológica concluya suponiendo la atribución a la voluntad real o hipotética del legislador o de la ley de todo lo que el intérprete considera correcto. Como con rotundidad señala Guastini³⁵, "apelar a la voluntad de la ley como cosa distinta de la (relativamente) concreta voluntad del legislador, y especialmente cuando se trata de leyes recientes, no es más que un modo de eludir, dejar de lado o sabotear la política jurídica perseguida por los órganos legislativos, sustituyéndola por la política jurídica del intérprete".

De este modo, la evasión del aprieto derivado de la remisión infinita entre la protección del bien jurídico y el tipo de injusto (al objeto de que cada uno precise los contornos del otro) suele acontecer mediante una decisión voluntarista acerca tanto del bien jurídico protegido por el tipo como de la intensidad que alcanza su tutela, elementos que, pese a lo que se suele pretender, no proceden del examen del tipo de injusto, porque este, por hipótesis, es indeterminado en algún extremo relevante. En mi opinión, esta forma de integrar el elemento teleológico en el contexto funcional como directriz de interpretación de los tipos penales en casos límite no logra desembarazarse de la sospecha de propiciar la introducción de premisas que, en el fondo, son el correlato de las preferencias político-criminales del intérprete.

Particularmente graves son las consecuencias cuando esta directriz asume la forma de "reducción teleológica", esto es, cuando, por razones ligadas a la finalidad de la ley –es decir, por un ataque insuficientemente grave al bien jurídico–, se exceptúa la aplicación de un enunciado legal penal a un hecho al que, en principio, sería aplicable en atención a la descripción típica.

33 Pietro Nuvolone, *Il possesso nel Diritto Penale* (Milán: Vita e Pensiero, 1942), 55 y s.

34 Antonio Pagliaro, *Principi di Diritto Penale. Parte generale* (Milán: D. A. Giuffrè, 2000), 78 y s.

35 Riccardo Guastini, "Técnicas interpretativas", en *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 19 (1993): 16.

Pese a la gran acogida de esta técnica –pretendidamente interpretativa– por parte del Tribunal Constitucional español³⁶, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo español³⁷ y de la principal doctrina penalista, lo cierto es que existen razones que oponer a su legitimidad.

En primer lugar, es discutible que la actividad que conduce a un entendimiento teleológicamente reducido de la ley penal pueda calificarse propiamente como una actividad interpretativa. Desde luego, no lo es cuando el juez o el dogmático no abordan una situación de indeterminación semántica, sino una situación de claridad. Esto será habitualmente lo que ocurra, toda vez que el presupuesto de las operaciones de reducción teleológica es que el enunciado legal penal (en este caso, la descripción de la conducta típica) comprende, como uno de sus ejemplos estándar, el uso que se propone excluir (de ahí, la consideración del resultado como una reducción). Si la reducción teleológica se traduce en una propuesta dirigida a suprimir alguno de los ejemplos estándar de uso de un término en un contexto dado, ello no puede ser el fruto de una actividad interpretativa (pues, por definición, no existirían razones contextuales que justificaran la supresión), sino el resultado de una actividad de legislación semántica y, en concreto, de una reducción de la extensión semántica del enunciado que se ha de interpretar en la medida de que no forma parte del haz de competencias atribuidas al dogmático o al juez³⁸.

Los motivos para la cautela se incrementan al comprobar, además, que las razones que se suelen invocar como soporte de la reducción teleológica se alejan de forma muy significativa del criterio de probabilidad contextual del significado.

A este respecto, el argumento subyacente tiene, en muchas ocasiones, una naturaleza exclusivamente política, como cuando se justifica la reducción apelando al efecto de principios político-criminales que a su carácter programático y su impreciso contenido unen, además (y ello en el mejor de los casos), una incompleta constitucionalización. Su postulación (cabe pensar, por ejemplo, en los principios de intervención mínima o de insignificancia) como criterios informadores de la política criminal del legislador no entraña lógicamente la atribución de un papel a estos principios en la resolución de un problema de comunicación –como es la indeterminación semántica– cuando el legislador ya ha decidido el grado de intervención que estima oportuno. El máximo ajustamiento de la intervención penal a la intensidad lesiva de las conductas constituye, sin duda, un principio muy estimable de un control penal necesario y mínimo, pero no es un criterio hábil para determinar la probabilidad semántica de una propuesta de entendimiento de un término o enunciado indeterminado. Como ha señalado Larsen³⁹, su ausencia de consagración legal y/o constitucional provoca que su aplicación resulte desigual –e incluso, azarosa– por parte de la jurisprudencia, lo que da lugar a la proliferación de decisiones diferentes para supuestos muy similares.

Otras veces, el carácter teleológico de la reducción está ligado a la identificación del bien jurídico protegido por el tipo como factor determinante, lo que, a los problemas de índole lógica que ya se han expuesto, aúna la dificultad adicional –no despreciable– de emplear este criterio no para resolver una situación en la que el uso del enunciado legal es dudoso, sino para descartar el uso del enunciado en presencia de un caso estándar. Esta es, no obstante, una estrategia habitual en la doctrina, en particular, en la interpretación de los tipos penales, donde es fácil encontrarse con propuestas de reducción del ámbito típico fundadas en una decisión personal acerca del grado de protección que merece el bien jurídico tutelado por el tipo.

36 Tribunal Supremo Constitucional, "Sentencia de la Sala 2ª de 26 de septiembre de 2005 (Recursos de amparo 1744-2003, 1755-2003, 1773-2003 (acumulados))", 237/2005, 26 de septiembre de 2005.

37 Tribunal Supremo Español, "Sentencia de la Sala 2ª de 20 de junio de 2006 (Recurso de Casación)", RJ 2006\5184, 20 de junio de 2006.

38 Compárese. al respecto Juan Antonio García Amado, "Sobre el argumento a contrario de la aplicación del derecho", Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 24 (2001): 1675.

39 Pablo Larsen, "Entre la estética intelectual, el arbitrio de los jueces y la seguridad jurídica", Indret: Revista para el análisis del Derecho, n.º 3 (2015): 20 y ss.

4. Bien jurídico y sistema concursal

Un escenario dogmático adicional en el que la noción de bien jurídico adquiere relevancia fundamental es el de las relaciones concursales.

Dos son los principios que orientan la resolución de la situación que surge cuando el hecho enjuiciado o el conjunto de hechos enjuiciados es susceptible de subsumirse en varios preceptos penales: (i) por una parte, el principio de íntegra valoración del hecho, corolario del principio de proporcionalidad, conforme al cual es preciso ordenar el resultado de la situación concursal a la captación del máximo desvalor posible del hecho; (ii) por otra, el principio *non bis in idem*, que entraña la prohibición de que un mismo hecho o idéntica parte del mismo se castigue o se desvalore más de una vez, de forma que se evite, como señala la STC 2/2003, de 15 de enero, una sanción "globalmente desproporcionada" (formulación expresiva de la conexión de sentido que existe también entre este principio y el de proporcionalidad).

La interacción entre estos dos principios determina el sentido que debe adoptar la estrategia para afrontar los problemas concursales, pues, si bien puede atribuirse al criterio de íntegra valoración del hecho la condición de pauta rectora del sistema, el principio *non bis in idem* constituye un límite infranqueable de este último, vedando cualquier solución que implique un exceso punitivo. El objetivo, pues, es aproximarse lo más posible a la valoración completa del hecho, aunque esta no se alcance en su plenitud.

La traslación de estos principios a la efectiva aplicación del sistema de concursos en el derecho penal español conduce, de acuerdo con el tenor del artículo 8 CP, a la primacía general del concurso de delitos –en tanto que garantiza una completa valoración del hecho– salvo que la calificación como tal implique incurrir en un *bis in idem*, lo que deberá conducir, bien a examinar si cabe modificar la calificación jurídica del hecho de tal forma que, logrando la íntegra valoración del mismo, se evite el exceso punitivo, bien a la aplicación de las reglas previstas para el concurso de normas.

Como es conocido, en el principio *non bis in idem* se suele distinguir una doble dimensión: (i) una vertiente material, conectada con la prohibición de que recaiga una duplicidad de sanciones cuando se aprecie la triple identidad de supuesto de hecho, sujeto responsable y fundamento punitivo, y (ii) una vertiente procesal, próxima a la *procedural defense* del *double jeopardy* anglosajón, concretada en la prohibición de duplicidad de procedimientos sancionadores cuando concurre la citada identidad (con manifestaciones específicas como el principio de cosa juzgada).

Aun cuando ciñendo la prohibición no tanto a una doble sanción, cuanto a una doble valoración de un mismo elemento⁴⁰, es la primera de estas dimensiones la que cobra importancia esencial para la resolución de los problemas propios de la teoría del concurso⁴¹. Y, si bien no es infrecuente que surjan dificultades a la hora de determinar la posibilidad de apreciar la concurrencia de identidad fáctica y subjetiva, la mayor controversia suele generarse a la hora de decidir si las normas concurrentes tienen o no un fundamento punitivo idéntico. Este es, precisamente, el punto en el que se produce la conexión entre el sistema concursal y el asunto objeto de este trabajo, toda vez que en la actualidad resulta sustancialmente incontrovertido que esta identidad acontece cuando las dos normas tienen por objeto la protección del mismo bien jurídico protegido⁴².

40 Ramón Miguel García Albero, "Non bis in idem" material y concurso de leyes penales (Barcelona: Cedecs, 1995), 228 y ss.

41 Antonio Obregón García, "Los llamados concursos de leyes en relación de alternatividad: sentido y contenido de la regla 4ª del Artículo 8º del Código Penal", Icade: Revista de la Facultad de Derecho, n.º 74 (2008): 69; Lorenzo Morillas Cueva, "De la concreción conceptual y alcance del concurso de leyes penales", en El Derecho Penal en el siglo XXI (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 310.

42 Gabriel Garcías Planas, "Consecuencias del principio "non bis in idem" en Derecho penal", Anuario de derecho penal y ciencias penales, n.º 42 (1989): 110.

La simplicidad de este último criterio es, por supuesto, meramente aparente, pues, como se ha indicado en el apartado anterior, el bien jurídico tutelado por cada norma es un *posterius* que solo es dable identificar a partir del tenor de esta última, lo que provoca de forma ineludible que surjan conflictos y discrepancias tanto en la doctrina como en la jurisprudencia respecto de la identificación del bien jurídico tutelado por un tipo penal concreto. Y, naturalmente, esa divergencia complica la resolución de los problemas concursales en los que la norma se ve involucrada y propicia la existencia de propuestas de resolución diversas para tales situaciones.

Este escenario se produce de forma muy frecuente y harto problemática cuando en la situación concursal aparece implicada una infracción penal que parece sancionar el ataque a un bien jurídico de carácter supraindividual, circunstancia en la que se pone claramente de manifiesto la complicación a la que conduce la pretendida caracterización autónoma de esta suerte de bienes.

Como ilustración de este tipo de problemas puede resultar útil atender, por ejemplo, a los concursos generados por la comisión de los denominados "delitos socioeconómicos de consumo", en los que la mayoría de la doctrina especializada identifica como objeto de tutela bienes de carácter supraindividual tales como "el derecho de los consumidores y usuarios a recibir una información veraz de los productos y servicios ofertados en el mercado"⁴³ o el "interés difuso del grupo colectivo de los consumidores en que se asigne el valor nominal que proceda a los [...] productos o servicios facturados en el mercado"⁴⁴.

Resulta llamativo –y evidencia el tipo de dificultades que se han anticipado– que los mismos autores que propugnan la identificación de un objeto de tutela supraindividual caractericen esta clase de delitos de consumo como tipos de peligro, en tanto que la consumación de la conducta típica no requiere la efectiva producción de un perjuicio de naturaleza patrimonial, sino la mera ejecución de una conducta apta para causar este último. Se trata, sin duda, de una afirmación sorprendente, pues el bien jurídico supraindividual que se adopta como pauta para la configuración de la categoría en la que se decide insertar estos artículos –delitos de consumo– pierde importancia cuando se procede a la identificación de la estructura de los tipos en atención al grado de agresión del bien jurídico resultante de la consumación de la conducta típica. De este modo, la atribución a los delitos de consumo de la condición de tipos de peligro se formula desde la elección de un bien eminentemente individual –el patrimonio de los consumidores– como objeto de referencia, prescindiendo a estos efectos del bien jurídico supraindividual, que, en principio, sería objeto de efectiva lesión –y no de mera puesta en peligro– como consecuencia de la realización de los comportamientos típicos descritos en la norma.

Esto evidencia que en la construcción de estos bienes jurídicos supraindividuales existe siempre el riesgo de incurrir en una cierta artificiosidad que puede llegar a ocultar que aquellos constituyen abstracciones que se instituyen de forma generalizada sobre derechos de carácter individual. De hecho, no es infrecuente que, cumulativamente a su afirmación como objeto de protección del tipo penal, se aclare que el bien supraindividual debe entenderse como un bien "espiritualizado" o "institucionalizado", que se tutela en la medida en que aparece referido, de modo más o menos inmediato, a genuinos bienes jurídicos individuales o individualizables. En realidad, el bien supraindividual no es, en muchos de estos casos, sino una construcción objetivadora de una situación de peligro para derechos individuales de una pluralidad indefinida de sujetos.

Ello exige especial rigor en el examen de las situaciones concursales en las que aparecen implicados esta clase de bienes. Así, por ejemplo, en el supuesto citado de los delitos socioeconómicos de consumo, cuando la realización de la conducta típica (peligrosa para el patrimonio individual de quienes conforman el grupo indefinido de consumidores) va seguida de

43 José Manuel Valle Muñiz, "Comentario al artículo 282", en Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, (Pamplona: Aranzadi, 1999), 667.

44 Carlos Martínez-Buján Pérez, "Facturación ilícita", en Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997), 49.

la producción de un efectivo perjuicio patrimonial para un consumidor concreto, es defendible la aplicabilidad concurrente de delitos patrimoniales de defraudación como el de estafa. Y no resulta claro determinar en tal caso hasta qué punto puede hablarse de identidad en el fundamento punitivo de las normas involucradas. Por una parte, parece sensato postular que, en última instancia, ambas normas protegen el patrimonio del consumidor mediante la sanción bien de su lesión (estafa), bien de su puesta en peligro (delito económico de consumo), de forma que habría, efectivamente, un elemento de identidad en este ámbito; por otra, quienes reivindican que estos delitos protegen un bien jurídico de carácter supraindividual aducen que el mismo hecho –por ejemplo, la publicidad falsa que ocasiona un perjuicio patrimonial al consumidor– vulnera dos bienes jurídicos distintos (el patrimonio y el referido bien supraindividual).

Si se acepta –como aquí se propone– que la solución más ajustada pasa por considerar que el fundamento punitivo de ambas normas es coincidente (en atención a que el bien supraindividual no es sino un constructo que acoge situaciones de peligro para el bien individual), la apreciación de un concurso de delitos conduciría a una situación de *bis in idem* en la medida en que se tomaría en consideración dos veces el ataque al mismo bien jurídico individual: en primer lugar, como elemento integrante del peligro generalizado propio del delito socioeconómico de consumo y, en segundo lugar, en tanto que objeto lesionado por el delito patrimonial clásico.

Mas con ello no se agota la complejidad del análisis, pues la descripción general del supuesto no permite concluir con exactitud cuál es el criterio –dentro de los que ofrece el concurso de normas– que debe operar en todos los casos. Y ello porque pueden existir supuestos en los que la lesión del bien individual agote o consuma todo el peligro generado por la conducta (por ejemplo, si el peligro afecta en exclusiva al patrimonio de un consumidor que se ve finalmente lesionado), pero también otros en los que el riesgo alcance a una pluralidad de sujetos pasivos, pero solo en algunos casos se produzca la efectiva lesión del bien jurídico.

En el primer grupo de casos parece razonable afirmar que el desvalor del hecho castigado por el delito de estafa abarca, conforme al sentido de la ley, el desvalor del hecho comprendido en el delito socioeconómico de consumo, de forma que el concurso de normas podría resolverse de acuerdo con la regla de consunción: la apreciación del delito de estafa excluiría la del delito socioeconómico de consumo, que constituiría –en este supuesto (y valga el juego de palabras) – la ley consumida.

Pero en el segundo grupo de supuestos –que será, por otro lado, el habitual–, la multiplicidad de sujetos que pueden verse afectados por la defraudación provoca que el radio de acción del peligro no pueda resultar completamente consumido por la lesión individual. Sin duda, también en este escenario el recurso al concurso de delitos daría lugar a una duplicidad sancionadora, aunque esta pueda calificarse como fragmentaria o mínima, ya que se valoraría dos veces el ataque al mismo bien jurídico individual (el ataque al patrimonio efectivamente lesionado sería objeto de desvaloración tanto en el delito socioeconómico de consumo como en el patrimonial). La regla operante en este supuesto habría de ser, no obstante, la de alternatividad (aplicación del precepto que fija una pena mayor), dado que no podría hablarse en esta situación de una relación de consunción.

Bibliografía

- Alcácer Guirao, Rafael. "Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política". En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* LI, (1998): 365-588.
- Berlin, Isaiah. *Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Cobo del Rosal, Manuel y Tomás Salvador Vives Antón. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.
- Cobo del Rosal, Manuel y Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. *Gestión de cobro de morosos y derecho penal*. España: Tirant lo Blanch, 2002.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- Cuello Calón, Eugenio. *Derecho Penal. Tomo I, Parte General, Volumen 1º*. Barcelona: Bosch, 1980.
- Devlin, Patrick. *The enforcement of morals*. Estados Unidos: Amagi, 2009.
- Dworkin, Ronald. "Liberalism". En *Liberalism and its critics*. Nueva York: New York University Press, 1994. 60-79.
- García Albero, Ramón Miguel. "*Non bis in idem*" material y concurso de leyes penales. Barcelona: Cedecs, 1995.
- García Amado, Juan Antonio. "Sobre el argumento a contrario de la aplicación del derecho". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. ° 24 (2001).
- Garcías Planas, Gabriel. "Consecuencias del principio "non bis in idem" en Derecho penal". *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, n. ° 42 (1989): 109-124.
- Gimbernat Ordeig, Enrique. *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1999.
- Gómez Martín, Víctor. "Libertad, seguridad y sociedad del riesgo". En *La política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier, 2004. 59-90.
- Gracia Martín, Luis. "La modernización del derecho penal como exigencia de la realización del postulado del estado de derecho (social y democrático)". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. ° 3 (2010): 27-72.
- Guastini, Riccardo. "Técnicas interpretativas". En *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, n. ° 19 (1993).
- Hassemer, Winfried. "Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales XLV-I*, (1992): 235-250.
- Husak, Douglas. *Philosophy of Criminal Law*. Nueva Jersey: Rowman & Littlefield, 1987.
- . *Overcriminalization*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Jacobs, Jonathan. "Criminal Justice and the Liberal Polity". *Criminal Justice Ethics* 30-2, (2011): 173-191.
- Jakobs, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid: Civitas, 1996.
- Jescheck, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada: Comares, 1993.
- Larenz, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1966.
- Larsen, Pablo. "Entre la estética intelectual, el arbitrio de los jueces y la seguridad jurídica". *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, n. ° 3 (2015): 1-27.
- Luzón Peña, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. Madrid: Universitas, 1996.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos. "Facturación ilícita". En *Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997.
- . *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- Maurach, Reinhart y Heinz Zipf. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Astrea, 1994.
- Mezger, Edmundo. *Tratado de Derecho Pena*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.
- Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*. Barcelona: Bosch, 1976.
- . *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Reppertor, 1998.
- Morillas Cueva, Lorenzo. "De la concreción conceptual y alcance del concurso de leyes penales". En *El Derecho Penal en el siglo XXI*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- Nuvolone, Pietro. *Il possesso nel Diritto Penale*. Milán: Vita e Pensiero, 1942.
- Obregón García, Antonio. "Los llamados concursos de leyes en relación de alternatividad: sentido y contenido de la regla 4ª del Artículo 8ª del Código Penal". *Icade: Revista de la Facultad de Derecho*, n. ° 74 (2008).
- Orts Berenguer, Enrique y José González Cussac. *Compendio de derecho penal-Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- Pagliaro, Antonio. *Principi di Diritto Penale. Parte generale*. Milán: D. A. Giuffrè, 2000.
- Pawlik, Michael. "El delito, ¿lesión de un bien jurídico?". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. ° 2 (2016): 1-15
- Pettit, Philip y John Braithwaite. "Not Just Deserts, Even in Sentencing". *Current Issues in Criminal Justice*, n. ° 4-3 (1993): 225-239.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen. *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Schünemann, Bernd. "¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un

modelo o un escarmiento?". En *Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania"*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1991. 31-48.

Silva Sánchez, Jesús María. "¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas". En *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*. Madrid: UNED, 2001. 559-575.

———. "Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal". En *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4 (2019): 1-32.

Tribunal Supremo Español. "Sentencia de la Sala 2ª de 21 de junio de 2003". *RJ* 2003\4362. 21 de junio de 2003.

———. "Sentencia de la Sala 2ª de 20 de junio de 2006 (Recurso de Casación)". *RJ* 2006\5184. 20 de junio de 2006.

Tribunal Supremo Constitucional. "Sentencia de la Sala 2ª de 26 de septiembre de 2005 (Recursos de amparo 1744-2003, 1755-2003, 1773-2003 (acumulados))". *237/2005*. 26 de septiembre de 2005.

Valle Muñiz, José Manuel. "Comentario al artículo 282". En *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Pamplona: Aranzadi, 1999.

Wróblewski, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas, 1985.

———. *The Judicial Application of Law*. Dordrecht: Kluwer, 1992.