

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

MARÍA TERESA DE GISPERT PASTOR

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SIEVA SÁNCHEZ

JOAN MANEL TRAYTER JIMÉNEZ

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ

Director de Publicaciones

LÍMITES AL DERECHO PENAL

PRINCIPIOS OPERATIVOS EN LA FUNDAMENTACIÓN DEL CASTIGO

Andrew von Hirsch

Kurt Seelmann

Wolfgang Wohlers

(ed. alemana)

Ricardo Robles Planas

(ed. española)

Prólogo de

Jesús-María Silva Sánchez

DERECHO PENAL COMO *ULTIMA RATIO*. ¿PRINCIPIO FUNDAMENTAL DEL DERECHO PENAL DE UN ESTADO DE DERECHO O PRINCIPIO SIN UN CONTENIDO EXPRESIVO PROPIO?

Wolfgang Woblers*

I. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA

Al principio de subsidiariedad se le vinculan diferentes significados: así, mediante este concepto se señala el principio según el cual, de varios posibles portadores de la decisión, está prioritariamente autorizado para promulgar reglas el que está más próximo a la materia,¹ una regla que debería tener relevancia en especial en la relación de las corporaciones territoriales dentro de un Estado² o en la relación de los Estados con uniones supraestatales.³ Ahora bien, en ocasiones el principio de subsidiariedad también se equipara con aquel principio que reza que el legislador debe hacer uso de la posibilidad de penalizar comportamientos de manera moderada y solamente en los casos en que se trate de

* Título original: «Strafrecht als ultima ratio-tragender Grundsatz eines rechtsstaatlichen Strafrechts oder Prinzip ohne eigenen Aussagegehalt». Traducción a cargo de Nuria Pastor Muñoz.

1. Cfr. al respecto Arthur KAUFMANN, en *Festschrift für Heinrich Henkel*, 1974, pp. 89 ss.

2. Cfr. —como un ejemplo del Derecho suizo— el art. 5^o del *Bundesbeschluss zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen* [Decisión de la federación sobre la nueva estructuración de la compensación financiera y el reparto de tareas entre federación y cantones] del 3.10.2003: «En la asignación y cumplimiento de tareas estatales hay que respetar el principio de subsidiariedad».

3. Cfr. art. 5 apdo. 2 TCE; art. 2 apdo. 2 TUE.

un injusto realmente merecedor de pena.⁴ No obstante, en el marco de las reflexiones teóricas jurídico-penales, al principio de subsidiariedad se le atribuye normalmente una función más especial en relación con la elección de los medios con los que se debería lograr una determinada regulación de la convivencia social. Cuando a continuación se hable de la subsidiariedad del Derecho penal o de la función de *ultima ratio* del Derecho penal, se pretende hacer referencia al principio según el cual el Derecho penal (criminal) solamente ha de intervenir cuando otros medios del control social que suponen una intervención menos intensa no son de aplicación, como por ejemplo las medidas de autoprotección de la víctima potencial o medidas de policía del orden así como medidas estatales de asistencia social.⁵

Concebido en estos términos, el principio se acepta de manera general como tal; se trata de una de las proposiciones que se pueden consultar en casi todo manual o comentario como «bien común»⁶ de la teoría moderna del Derecho penal. Así, por ejemplo, HASSEMER/NEUMANN afirman en el *Nomos Kommentar* al Código penal alemán que un comportamiento que lesiona un bien jurídico solamente puede ser merecedor de pena «cuando el bien jurídico solamente se puede proteger eficazmente mediante una consecuencia jurídico-penal... y no de otro modo». Según su criterio, los instrumentos del Derecho penal «solamente se pueden emplear cuando ninguna otra cosa sirve».⁷ Y STRATENWERTH indica en el primer volumen de su Parte general del Derecho penal suizo que hay que considerar «que la pena constituye en general la intervención más dura del Estado en los derechos de la personalidad del afectado y que, por ello, ya por razones de proporcionalidad, solamente se debe emplear allí donde otros medios fracasan... Otros mandatos jurídicos de naturaleza civil o administrativa tienen en general preferencia, allí donde sean practicables».⁸

La pregunta que se plantea a raíz de tales explicaciones es obviamente la siguiente: ¿cuándo son «practicables» otros sistemas de normas o cuándo está —como lo expresa RUDOLPHI— «garantizada una protección suficiente de los

4. Cfr. al respecto JESCHECK, en *Leipziger Kommentar*, StGB, 11ª ed., 1992, introducción, núm. marg. 3.

5. Cfr. BVerfGE 39, 1 (47); 57, 250 (270); 73, 206 (253); 90, 145 (213); RADTKE, en *Münchener Kommentar StGB*, vol. 1, 2003, previo al § 38, núm. marg. 2 y s.; RUDOLPHI, en *SKStGB*, 26ª entrega, 6ª ed., junio 1997, previo al § 1, núm. marg. 14; GÜNTHER, *JuS* 1978, p. 8 (p. 11); MAURACH/ZIPF, *Allgemeiner Teil*, volumen I, 8ª ed., 1992, § 2, núm. marg. 13; ROXIN, *JuS* 1966, p. 377 (382); EL MISMO, *Allgemeiner Teil*, volumen I, 3ª ed., 1997, § 2, núm. marg. 38 y s.; RUDOLPHI, *ZStW* 83, 1971, p. 105 (134).

6. BAUMANN, *JZ* 1983, p. 935 (937).

7. HASSEMER/NEUMANN, en *Nomos Kommentar StGB*, volumen I, 2ª ed., 2005, previo al § 1, núm. marg. 72.

8. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 3ª ed., 2005, § 3, núm. marg. 14.

9. SKStGB-RUDOLPHI (n. 5), previo al § 1, núm. marg. 14; cfr. también WEBER, *ZStW* 96, 1984, p. 376, (379): «protección eficaz de bienes jurídicos».

bienes jurídicos»? Diversos autores¹⁰ han indicado con razón que las medidas preventivas completas tampoco pueden ser perfectas, por lo que nunca se puede excluir que, pese a la existencia de sistemas de regulación y de control completos, se produzcan menoscabos o puestas en peligro de bienes jurídicos. Si uno se quiere adherir al principio de la subsidiariedad del Derecho penal en su forma tradicional, hay que aclarar la cuestión de a partir de cuándo podemos o incluso hemos de partir de un suficiente grado de protección de bienes jurídicos. Además, hay que aclarar quién y de la mano de qué criterios decide de modo vinculante si se ha alcanzado ese grado. Si nos atenemos a que el legislador solamente puede recurrir a instrumentos jurídico-penales cuando se ha probado o es suficientemente segura la ineficiencia de medios no jurídico-penales, nos enfrentamos, junto a estas cuestiones que necesariamente se han de resolver de la mano de criterios normativos, además con un problema empírico: lo decisivo es que los instrumentos alternativos en cuestión no estén disponibles solamente en teoría, sino que se han de mostrar efectivamente como «suficientes».

Como alternativas potenciales al empleo de la coacción jurídico-penal se discuten:

- Medidas de la llamada «prevención técnica», esto es, el empleo de medios con los que se puede impedir desde un principio o se puede dificultar la comisión de delitos de manera que, si bien no hay que esperar una reducción a cero, sí una disminución significativa de la cifra de casos;
- Medidas de autoprotección de la víctima (potencial);
- El empleo de otros sistemas estatales de regulación, a cuyo efecto entran en consideración por una parte sistemas de normas orientados preventivamente y, por otra, sistemas de normas orientados represivamente.

El objeto de las siguientes explicaciones son únicamente las dos últimas categorías.¹¹ No se tratará en cuanto tal la subcategoría de la «prevención técnica» pues, cuando se contempla más detenidamente, se puede ver que no tiene un ámbito de aplicación propio, sino que es absorbido por las otras dos subcategorías: o bien las medidas en cuestión son medidas de autoprotección en sentido propio o, en cambio, son medidas organizativas mediante las que se ha de asegurar la capacidad funcional de las medidas de autoprotección o los sistemas preventivos de aseguramiento. Como ejemplos de la categoría de las medidas de autoprotección directas se puede hacer referencia a la introducción de sistemas de inmovilización en los vehículos, así como de cristales a prueba

10. WEBER, *ZStW* 96, 1984, p. 376, (379 y s.) con el ejemplo del tráfico rodado, del sistema de subvenciones y del Derecho penal del medioambiente; cfr. también TIEDEMANN, *ZStW* 87, 1975, p. 253, (266); EL MISMO, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, volumen I, Allgemeiner Teil*, 1976, p. 79.

11. Sobre la subsidiariedad del Derecho penal respecto a medidas de autoprotección, cfr. de manera complementaria a las siguientes explicaciones en IV1, en especial las aportaciones de HÖRNLE y SCHÜNEMANN en este volumen, pp. 87 y ss., pp. 63 y ss.

de balas en las filiales de los bancos. Ejemplos de la segunda categoría son la rotación de puestos [Amterrotation], el llamado principio de doble verificación [Vier-Augen-Prinzip] en relación con la concesión de contratos estatales así como la introducción de deberes de notificación para transacciones relevantes desde una perspectiva de política fiscal.

Hay que apuntar que las medidas de «prevención técnica» consideradas en sí mismas normalmente no eliminan las causas que se encuentran tras los correspondientes conflictos sociales, sino que se limitan a impedir o dificultar modos de comisión concretos. En consecuencia, normalmente la comisión de delitos se impide solamente de manera limitada en el tiempo, hasta que los autores adaptan su *modus vivendi* a las circunstancias modificadas.¹² Por ejemplo, en este contexto se puede volver a hacer referencia a la introducción de cristales a prueba de balas en las filiales de los bancos. Vista a largo plazo, esta medida no ha evitado los atracos a los bancos, sino que solamente ha tenido la consecuencia de que el clásico atraco al banco se ha convertido en una toma de rehenes.¹³ En la medida en que las medidas de prevención técnica conduzcan efectivamente a que se cometan menos delitos, se plantea la pregunta de cómo hay que actuar frente al riesgo restante. Aquí hay, en efecto, que hacer distinciones: si se plantea el menoscabo de intereses supraindividuales, se podrá tolerar un riesgo restante cuando los casos restantes esperados no parecen adecuados para generar un menoscabo relevante. En cambio, en la medida en que estén presentes intereses individuales, no se podrá consolar a la víctima concretamente afectada con el razonamiento de que se trata solamente de unos pocos casos restantes.¹⁴

II. SUBSIDIARIEDAD DEL DERECHO PENAL: ILUSIÓN O PRINCIPIO RECTOR FRACASADO?

Como ya se ha indicado *supra*, el principio según el cual el Derecho penal (criminal) solamente debe intervenir allí donde otros medios del control social que suponen una intervención menos intensa, como por ejemplo las medidas de autoprotección, no son de aplicación, plantea una serie de preguntas que en la doctrina no se tratan o se tratan solamente de modo insuficiente y que, por ello, requieren un examen. La impresión de que el principio de subsidiariedad del Derecho penal podría ser, más que un principio, una ilusión de un grupo al final relativamente pequeño de teóricos del Derecho penal es una impresión que se impone especialmente cuando se tiene presente que el mismo legislador parece contemplar al Derecho penal menos como *ultima ratio* que como una

prima ratio mediante cuyo uso se han de dirigir los desarrollos sociales y corregir los desarrollos equivocados.¹⁵

La orientación del legislador a los efectos preventivos se deriva ya del mismo título de la mayor parte de las leyes de reforma federales alemanas de los últimos años, las cuales se rubrican como «Ley para la lucha...».¹⁶ Esta impresión se ve confirmada por las fundamentaciones de los proyectos: con la 1ª y 2ª Ley para la lucha contra la criminalidad económica [WIKG: *Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*], el legislador federal alemán pretendía realizar una aportación a «una lucha más eficaz contra la criminalidad económica».¹⁷ Objetivo de la reforma era tanto «una protección jurídico-penal más eficaz, como una mejora de las medidas preventivas».¹⁸ También en Suiza la revisión del Derecho penal patrimonial y documental, que entró en vigor el 1 de enero de 1995, debería «orientar con más intensidad los preceptos tradicionales del Derecho penal patrimonial a la lucha contra la criminalidad económica».¹⁹

La eficacia de la reforma, pretendida con la 18ª Ley de reforma penal para la República Federal de Alemania [Str.ÄG], de los tipos penales para la lucha contra la criminalidad medioambiental fue puesta en duda por los peritos consultados en el proceso legislativo²⁰ y también el entonces Ministro de Justicia Vogel subrayó en las discusiones plenarias del Congreso [Bundestag] que no había que esperar «efectos sensacionales».²¹ Sin embargo, el legislador partió de que con la ley para la lucha contra la criminalidad medioambiental había creado posibilidades tanto para poder afrontar eficazmente los daños y puestas en peligro graves del medioambiente, como para facilitar la posibilidad de hacer cumplir las regulaciones administrativas en materia de medioambiente.²² Las expectativas en la nueva reforma del Derecho penal del medioambiente mediante la 2ª Ley para la lucha contra la criminalidad medioambiental estuvieron orientadas de nuevo a una reiterada intensificación del efecto preventivo.²³ También en Suiza se pretendía, con la reforma del Derecho penal medioambiental proyectada, que sin embargo después no se llevó a cabo, un

15. Cfr. a este respecto HASSEMER, ZRP 1992, p. 378 (381); EL MISMO, JuS 1992, p. 110 (113); sobre la orientación preventiva del legislador y sobre los desarrollos decisivos al respecto en el entorno social, cfr. también WOHLERS, (n. 12), pp. 36 y ss., pp. 39 y ss., con más referencias.

16. Cfr. HETTINGER, NJW 1996, p. 2263 (2264); KEMPF, NJW 1997, p. 1729 (1731).

17. BT-Drs. 10/318, p. 1.

18. BT-Drs. 7/3441, p. 1; 7/5291, p. 1.

19. *Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärgesetzes* [Noticia sobre la modificación del Código penal suizo y de la Ley militar] del 24 de abril 1991, BBl. 1991 II, 969 (971).

20. Cfr. KRÜGER, *Die Entstehungsgeschichte des 18. Strafrechtsänderungsgesetzes zur Bekämpfung der Umweltekriminalität*, tesis doctoral, Münster, 1995, p. 161.

21. Cfr. Congreso alemán [Bundestag], informe taquigráfico, 201ª sesión del 8º período legislativo, miércoles 13.2.1980, p. 16641 (B).

22. Cfr. BT-Drs. 8/2382, p. 1; 8/3623, p. 19, p. 21.

23. Cfr. MÖHRENSCHLAGER, NSZ 1994, p. 512 (513); SCHMIDT/SCHÖNE, NJW 1994, p. 2514 (2519).

12. WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts-zur Dogmatik «moderner» Gefährdungsdelikte*, 2000, p. 72 y s.

13. Cfr. KAISER, *Kriminologie*, 3ª ed., 1996, § 31, núm. marg. 27 y s.; cfr. en cambio también la valoración más optimista de STACHELIN, *Strafgesetzbuch im Verfassungsstaat*, 1998, p. 140.

14. WOHLERS, (n. 12), p. 74.

«refuerzo de la protección jurídico-penal del medioambiente». ²⁴ Con la integración de los correspondientes tipos en el Código penal había que lograr «una capacidad de impresionar simbólica más intensa y un plus de boicot social de aquellos comportamientos cuya lesividad social todavía no está anclada suficientemente en la conciencia pública». ²⁵

La reforma del Derecho penal de estupefacientes, tanto en Alemania como en Suiza, estuvo esencialmente marcada por consideraciones de prevención. Según las ideas del legislador federal alemán, el consumo de estupefacientes y la criminalidad de estupefacientes creció a finales de los años sesenta en una medida inusual y preocupante. La meta del legislador era «hacer de la Ley del opio un instrumento eficaz para el control del tráfico con estupefacientes y para la lucha contra la drogodependencia». ²⁶ La reformulación de la Ley del opio aspiraba a «poner freno a la ola de estupefacientes en la República Federal de Alemania y, de este modo, a evitar grandes peligros para los individuos y para la generalidad». ²⁷ También en Suiza el legislador se vio obligado a «hacer frente de manera eficaz al abuso de estupefacientes y alucinógenos, acrecentado en proporciones alarmantes, y a luchar de manera razonable y con perspectivas de éxito tanto contra las causas como contra los efectos de este fenómeno». ²⁸ En el período siguiente se mantuvieron las metas formuladas en esos términos. En la fundamentación del Proyecto de ley del Gobierno federal para la reestructuración del Derecho de los estupefacientes del 9 de noviembre de 1979 se subraya: «el aumento constante de los delitos de estupefacientes obliga, para la protección de la salud del pueblo y de los intereses sociales de la sociedad a promulgar, como medida más extrema, preceptos jurídico-penales más intensos contra esta criminalidad». ²⁹ «Los tipos de delito ... deberían ... posibilitar (medidas contra) determinadas clases de delitos de estupefacientes como agresiones especialmente peligrosas y abominables contra el bien protegido "salud de la población"». ³⁰

Que el legislador asigna al empleo de coacción jurídico-penal una función primaria autónoma en el marco de los conceptos preventivos del control social es algo que prueban los esfuerzos para la lucha contra el blanqueo de capitales, con los que el legislador de Suiza apuesta en un grado cada vez más fuerte por

24. Cfr. JENNY/KUNZ, *Bericht und Vorentwurf zur Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes der Umwelt*, 1996.

25. JENNY/KUNZ (n. 24), p. 57 y s.

26. BR-Drs. 665/70 (nuevo), p. 7.

27. BR-Drs. 665/70 (nuevo), p. 6.

28. Cfr. *Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel* [Mensaje del Senado a la asamblea federal respecto a la reforma de la Ley federal sobre sustancias estupefacientes] en BBl. 1973 I, 1348 (1350). También en la doctrina se encuentra la expresión de «marea de drogas», cfr. Hug-Beeli, ZStrR 115, 1997, p. 249 (250); SCHULTZ, SJZ 68, 1972, p. 229.

29. BR-Drs. 546/79, p. 35.

30. BR-Drs. 546/79, p. 37; sobre la discusión en torno al bien jurídico protegido mediante los tipos penales del Derecho penal de estupefacientes, cfr. NESTLER, «Grundlagen und Kritik des Betäubungsmittelstrafrechts» en KREUZER (ed.), *Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts*, 1998, núm. marg. 24 y ss.; WOHLERS (n. 12), pp. 190 y ss.

la colaboración con los intermediarios financieros que se ocupan de la administración de valores patrimoniales ajenos, cuya cooperación se pretende asegurar mediante disposiciones penales: mediante el denominado Primer Paquete de Medidas, el 1 de agosto de 1990 entraron en vigor los tipos penales del blanqueo de capitales (art. 305^{bis} StGB) y de la falta de diligencia en negocios financieros (art. 305^{ter} StGB). ³¹ El Segundo Paquete de Medidas del año 1994 contenía, junto a la creación del tipo penal de la organización criminal (art. 260^{ter} StGB) y la revisión del derecho de comiso, también en especial la introducción de un *derecho* de notificación para intermediarios financieros (art. 305^{ter} apdo. 2 StGB). ³² Finalmente, en un tercer paso, mediante la entrada en vigor de la Ley de blanqueo de capitales el 1 de abril de 1998, se introdujo para los intermediarios financieros entre otros un *deber* de notificación (art. 9 Ley de blanqueo de capitales) y un deber de bloquear el patrimonio (art. 10 Ley de blanqueo de capitales) en aquellos casos en los que exista una sospecha fundada de blanqueo de capitales. ³³ A los intermediarios financieros que no cumplan con el deber de notificación que les impone la Ley de blanqueo de capitales, se les puede castigar conforme al art. 37 Ley de blanqueo de capitales y, en su caso, también de acuerdo con el art. 305^{ter} apdo. 1 StGB; si omiten el acto de «comprobar con la diligencia que imponen las circunstancias la identidad del titular en sentido económico». De este modo, para los intermediarios financieros que, como por ejemplo los empleados de los bancos, están sujetos a un deber de secreto garantizado penalmente, se da la siguiente situación: si prescinden de notificar, aunque se cumplan materialmente los presupuestos del deber de notificación conforme al art. 9 Ley de blanqueo de capitales, se les ha de castigar (art. 37 Ley de blanqueo de capitales; en su caso también art. 305^{bis} StGB). Si notifican; pese a que no se cumplen los presupuestos de los art. 9 Ley de blanqueo de capitales, art. 305^{ter} apdo. 2 StGB, a los trabajadores de la entidad bancaria se les puede castigar por el delito, configurado como delito oficial, del art. 47 Ley federal de Bancos y Cajas de Ahorros, ³⁴ el cual también abarca, en su apdo. 2, el comportamiento imprudente.

Ahora bien, la subsidiariedad del Derecho penal no solamente carece de importancia en la praxis de la legislación penal, sino que también se cuestiona en la ciencia jurídico-penal. El principal protagonista de esta crítica es TIEDEMANN, quien si bien reconoce fundamentalmente el principio de subsidiariedad como tal, sostiene que en el Derecho penal económico «se dan ... desviaciones respecto al Derecho penal clásico». En concreto, afirma: «mientras que en general el Derecho penal, como medio de intervención más grave del Estado, solamente debe emplearse en último lugar, ya por razones jurídico-constitucionales, en el Derecho penal económico se da la peculiaridad de que con frecuencia hay

31. BBl 1989 II, 1061 ss.

32. BBl 1993 III, 277 ss.

33. BBl 1996 III, 1101 ss.

34. *Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen* [Ley federal del 8 de noviembre de 1934 sobre los bancos y cajas de ahorros] (Ley de bancos, *BankG*), SR 952.0.

que valorar como más suave la creación de algunos tipos penales contra determinados comportamientos abusivos que la introducción de una red completa de control a base de mecanismos jurídico-administrativos.³⁵

Para fundamentar este planteamiento se hace referencia a la idea de que el ciudadano individual puede evitar la intervención jurídico-penal comportándose conforme a la norma, mientras que los sistemas preventivos restringen necesariamente la libertad de todo participante en la vida económica³⁶ y, en parte, fundamentan incluso deberes activos de colaboración.³⁷ Además, se indica que el Derecho penal está sujeto a mejores aseguramientos del Estado de Derecho de lo que lo está el Derecho administrativo³⁸ y las medidas preventivas, porque éstas suelen estar por su parte aseguradas mediante tipos de multa y no restringen el ámbito del comportamiento relevante desde una perspectiva de represión, sino que, por el contrario, incluso lo amplían, en especial, en el campo previo.³⁹ Este planteamiento, que apunta efectivamente a una suspensión del principio de subsidiariedad, la cual, puesto que no parece que sea plausible fundamentar una restricción al Derecho penal económico, tendría que ir a parar al final a una despedida definitiva de este principio, es un planteamiento que ha recibido tanto aceptación como rechazo. La cuestión decisiva es la de si se puede o no legitimar el cambio de marco de referencia que pregona TIEDEMANN:⁴⁰ ¿se puede y se debe —por así decirlo en el marco de una micro-observación— centrar la atención únicamente en el punto de vista del directamente afectado por el empleo de medios jurídico-penales⁴¹ o está permitido o se debe, tal como propone TIEDEMANN, cambiar al macro-nivel⁴² y, entonces, centrarse en la afectación de todas las personas activas en un determinado ámbito de la economía?

35. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2004, § 1, núm. marg. 63; cfr. también ACHENBACH, GA 2004, p. 559 (562); KRAITZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, 1985, p. 267 y s.; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, 1996, p. 249; SCHÜNEMANN, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, p. 629 (632); WEBER, ZStW 96, 1984, p. 376 (379 y s.); relativizándolo, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, p. 235, señalando que un control limitado a ámbitos previamente determinados puede evitar el peligro de sistemas totalitarios de control.

36. TIEDEMANN, ZStW 87, 1975, p. 253 (266 y s.); EL MISMO, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität* (n. 10), p. 79; EL MISMO, JZ 1986, p. 865 (866); EL MISMO, en ESER/KAISER/WEIGEND (eds.), *Von totalitärem zu rechtsstaatlichem Strafrecht*, 1993, p. 463; EL MISMO, en *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels*, 1993, p. 527 (530 y s.); VOGEL, GA 1990, p. 253 (259).

37. WEBER, ZStW 96, 1984, p. 376 (380).

38. TIEDEMANN, en ESER/KAISER/WEIGEND (n. 36), p. 464; EL MISMO, *Stree/Wessels-FS* (n. 36), p. 531.

39. WEBER, ZStW 96, 1984, p. 376 (381).

40. TIEDEMANN (n. 35), § 1, núm. marg. 63.

41. Así VOLK, JZ, 1980, p. 85 (88); HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991, p. 121.

42. Así también DEHLEF GEERDS, *Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz*, 1990, p. 291 y s.; LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, p. 346; cfr. también OTTO, ZStW 96, 1984, p. 339 (362); EL MISMO, *MschKrim* 1980, p. 397 (403 y s.); según este autor, lo decisivo es si es posible conseguir el control necesario de las expectativas recíprocas de quienes participan en la economía mediante regulaciones jurídico-civiles o jurídico-públicas que no tienen efectos colaterales lesivos o que tienen efectos colaterales que ya no resultan intolerables.

III. EL LADO EMPÍRICO DE LA PROBLEMÁTICA

Si se parte de la tesis, *prima facie* convincente, según la cual el instrumento de la coacción penal solamente se ha de aplicar cuando no están disponibles otros medios menos agresivos pero eficaces en la misma medida, la prohibición reforzada por una pena requiere una base empírica que, por una parte, tiene que ir más allá de la mera sospecha de lesividad social⁴³ y que, por otra, prueba que no se pueden conseguir resultados semejantes con otras medidas que suponen una agresión menos intensa. A la vista de que la investigación científica empírico-social no ofrece conclusiones que hagan posible tales valoraciones y comparaciones, la legislación penal se ha de calificar como una forma de la actuación en la incertidumbre.⁴⁴

La tesis, defendida en ocasiones en este contexto, según la cual, conforme al principio «*in dubio pro libertate*», al legislador no le está permitido penalizar un comportamiento cuando existen dudas sobre la idoneidad del empleo de la coacción jurídico-penal,⁴⁵ no tiene en cuenta el hecho de que no solamente la decisión positiva de criminalizar, sino también la decisión de renunciar a la criminalización tienen efectos sobre la libertad personal del ciudadano.⁴⁶ Por ejemplo, si determinados hechos fundamentan la suposición de que un comportamiento podría tener como consecuencia el menoscabo de intereses merecedores de protección (bienes jurídicos), no se le podrá negar al legislador la autorización para criminalizar este comportamiento. Ahora bien, puesto que se trata de una decisión en la incertidumbre, habrá que considerar al legislador obligado a verificar posteriormente la solidez de su decisión. Si en el período siguiente las presunciones del legislador se ven refutadas o simplemente no confirmadas, ello fundamenta la ilegitimidad de mantener la criminalización.⁴⁷

La interpretación que se encuentra implícitamente en la base, entre otras, de las sentencias del Tribunal Constitucional Federal [BVerfG] y del Tribunal Supremo

43. BÖLLINGER, KJ 1991, p. 393 (398 y s.); cfr. también FORSTER, ZSR Nueva serie 114, 1995, II, p. 1 (52 y s.); LAGODNY (n. 42), p. 176 y s., p. 518; STÄCHELIN (n. 13), p. 184, p. 198 y ss.; cfr. también SCHROEDER, en *Festschrift für Miyazawa*, 1995, p. 533 (534 y ss., 545), especialmente sobre el trasfondo insuficientemente explicado de la Ley federal alemana de protección de embriones.

44. WOHLERS (n. 12), p. 58 y s., con más referencias.

45. Cfr. por ejemplo HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, p. 200; EL MISMO, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1974, p. 120; JÄGER, *Strafgesetzbuch und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, 1957, p. 123, así como detalladamente y haciendo más distinciones, EL MISMO, en *Festschrift für Ulrich Klug*, volumen I, 1983, p. 83 (91 y ss., con más referencias).

46. A este respecto, acertada la advertencia de H.-L. GÜNTHER, *JuS* 1978, p. 8 (10), según la cual, de manera correcta, la pregunta no debería rezar «en caso de duda, por la libertad», sino más bien «en caso de duda, por la libertad de quién»; de acuerdo LAGODNY (n. 42), p. 13; STÄCHELIN (n. 13), p. 194/195; cfr. también APPEL, *Verfassung und Strafe*, 1998, p. 412 y ss.

47. H.-L. GÜNTHER, *JuS*, 1978, p. 8 (11); SCHNEIDER, *StV*, 1992, p. 514 (515); cfr. también la opinión discrepante del juez del Tribunal Constitucional Federal Sommer, en BVerfGE 90, 145 (221). En general sobre el deber del legislador de llevar a cabo un control posterior: APPEL (n. 46), p. 588; NOLL, *Gesetzgebungslehre*, 1973, p. 146 y ss.; PEINE, *Systemgerechtigkeit. Die Selbstbindung des Gesetzgebers als Maßstab der Normenkontrolle*, 1985, p. 136; STÄCHELIN (n. 13), pp. 200 y ss.

Federal [BGH] sobre la penalización del trato con el cannabis, conforme a la cual el legislador solamente está obligado a retirar una criminalización originariamente basada en una sospecha de peligrosidad cuando esa sospecha de peligrosidad ha sido inequívocamente refutada,⁴⁸ ya tampoco es considerada en tiempos recientes por la jurisprudencia como una interpretación convincente sin más, tal como puede verse en el ejemplo de la discusión sobre la legitimidad del tipo penal de la organización no permitida de juegos de azar (§ 284 Código Penal alemán).

El punto de partida de la crítica a la legitimidad de los §§ 284 ss. Código Penal alemán es la afirmación del legislador según la cual el fin del Derecho penal de los juegos de azar es:

1. evitar un estímulo excesivo de la demanda de juegos de azar,
2. garantizar, mediante el control estatal, el desarrollo del juego conforme a las reglas,
3. evitar un aprovechamiento del instinto lúdico natural para fines de lucro privados o comerciales,
4. emplear una parte no irrelevante de los ingresos provenientes de juegos de azar (por lo menos, un 25%) para la financiación de fines públicos o de interés común.⁴⁹

Sin embargo, el fin propugnado de evitar un estímulo excesivo de la demanda de juegos de azar se encuentra en llamativa contradicción con las actividades publicitarias, en parte sumamente agresivas, de las empresas estatales de juegos de azar,⁵⁰ las cuales sugieren la conclusión de que lo que interesa al Estado no es reprimir el juego de azar, sino más bien hacer entrar en sus arcas los ingresos y, con este fin, aislar el mercado de los juegos de azar frente a la competencia privada.⁵¹ No obstante, esta crítica pasa por alto el hecho de que las intenciones del legislador reproducidas *supra* no se pueden equiparar con el motivo del castigo que se encuentra tras el § 284 Código Penal alemán. El bien jurídico protegido mediante el § 284 no es el control estatal de los juegos de azar, sino ese «algo» relevante socialmente que se pretende proteger mediante tal control.⁵² De este modo, la legitimidad del § 284 depende de si mediante la organización

de juegos de azar no permitidos se menoscaba de modo merecedor de pena un bien jurídico merecedor de protección penal. Un examen más detenido de esta cuestión conduce a la conclusión de que los §§ 284 ss. Código Penal alemán no pretenden proteger de manera paternalista a los participantes en el juego de azar frente a sí mismos, sino de que el organizador del juego inutilice mediante la manipulación las posibilidades de ganar.⁵³ Teniendo esto en cuenta, la legitimidad de la prohibición del juego de azar organizado de manera privada depende de que el juego de azar controlado por el Estado y el juego de azar explotado de forma privada se diferencien a ese respecto de manera significativa.⁵⁴

En tal medida la jurisprudencia parte de que la fiabilidad del organizador en el caso de los juegos de azar explotados por el Estado es mayor que en el caso de un juego de azar explotado por particulares.⁵⁵ Por una parte, el Tribunal contencioso-administrativo federal [BVerwG] ha indicado, subrayando la prerrogativa de valoración del legislador: «Especialmente teniendo en cuenta la falta de experiencia en Alemania, dado lo novedoso de la apuestas Oddset, con esta clase de juego de azar y el gran interés del público, no existía un punto de apoyo suficientemente seguro de que una organización o intervención privadas, con un sistema estricto de concesión y control, podría determinar que los peligros del juego de azar fueran tan dominables como en el caso de la organización con dirección estatal».

Por otra parte —continúa el BVerwG—, el legislador «después del paso de un cierto lapso de tiempo en el que se podrá y deberá adquirir más experiencia con apuestas-Oddset, también en relación a su organización privada en el extranjero, tendrá que examinar si su valoración sobre la exigencia de mantener alejados a los organizadores y mediadores privados de tales juegos de azar se puede seguir justificando mediante consideraciones adecuadas que también incorporen en especial los derechos fundamentales de potenciales intereses privados. Además, una cuestión que requerirá el examen crítico por parte del legislador es la de si la organización de apuestas deportivas monopolizada por el Estado es realmente adecuada para frenar los peligros vinculados a la organización de juegos de azar. Ya no se podrá tratar de eso en el caso de una ampliación extrema de la oferta de juego mediante publicidad agresiva. En especial habrá que tener cuidado de que el carácter indeseable del juego de azar, que se presupone en el § 284 Código penal, no incurra en una contradicción irresoluble con el proceso de organización estatal».⁵⁶

Se verá qué consecuencias se producen cuando el legislador —lo que es de esperar— no cumple o cumple insuficientemente el deber de control postulado

48. Cfr. BVerfGE 45, 187 (252); 39, 1 (5), así como BVerfGE 90, 145 (183), donde se exigen conocimientos criminológicos seguros; BGH 38, 339 (342), así como ya BayObLG, NJW 1969, p. 2297. También el mismo legislador parece estar convencido de esta interpretación: cfr. BR-Drs. 546/79, p. 24. En la doctrina, esta tesis encuentra aprobación (cfr. Gallwas, MDR 1969, p. 892 [895]; Goerlich, JR 1977, p. 89 (90); ROOS, *Entkriminalisierungstendenzen im Besonderen Teil des Strafrechts*, 1981, p. 210 y s.) y rechazo (cfr. BÖLLINGER, KJ 1991, p. 393 [403]; EL MISMO, KJ 1994, p. 405 [408, 414]; SCHNEIDER, StV 1992, p. 514 y s.).

49. BT-Drs. 138/8587, p. 67; crítico a este respecto WRAGE, ZRP 1998, p. 426 (427 y s.).

50. Cfr. al respecto BVerwG, NJW 2001, p. 2648, p. 2650, así como WRAGE, NSiZ 2001, p. 256.

51. Cfr. LG Bochum, NSiZ-RR 2002, p. 170; ODENTHAL, NSiZ 2002, p. 482, 483; WRAGE, NSiZ 2001, p. 256, 257.

52. WOHLERS, en *Nomos Kommentar StGB*, 2ª ed., 2005, volumen 2, § 284, núm. marg. 2; HOYER, en *SK/StGB II*, 48ª entrega, 6ª ed., agosto 1999, § 284, núm. marg. 2; DAHS/DIERLAMM, *GewArch* 1996, p. 272 (275).

53. Cfr. a este respecto NK-WOHLERS (n. 52), § 284, núm. marg. 4 y s.

54. Crítico a este respecto NK-WOHLERS (n. 52), § 284, núm. marg. 5.

55. BVerwG, NJW 2001, p. 2648, 2650; BayObLG, NSiZ 2004, p. 445 y s.; BayVGH, *GewArch*, 2001, p. 65, 69; cfr. también LK-VON BUBNOFF (n. 1), previo al § 284, núm. marg. 9, así como MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht Besonderer Teil*, 9ª ed., 2003, volumen 1, § 44, núm. marg. 3: es immanente al juego de azar clandestino la tendencia a la trampa.

56. BVerwG, NJW, 2001, p. 2648 (2650); cfr. a este respecto también HEINE, *Wistra* 2003, p. 441 (442 y s.); LESCH, JR 2003, p. 344 (346); WOHLERS, JZ 2003, p. 860 (862 y s.).

por el Tribunal contencioso-administrativo federal.⁵⁷ El Tribunal del *Land* de Hamburg, como primer tribunal en lo que llevo a ver, ha sostenido la interpretación de que es tarea del Estado comprobar que «es necesaria por motivos imperiosos del bien común» una intromisión en la libertad fundamental garantizada por el Tratado de la Comunidad Europea.⁵⁸

IV. EL LADO NORMATIVO DE LA PROBLEMÁTICA

1. Subsidiariedad del Derecho penal frente a las medidas de autoprotección

Las medidas de autoprotección de la víctima son solamente una alternativa a las medidas represivas de hacer frente al conflicto en caso de que exista una víctima (potencial) individual y ésta disponga de suficientes opciones de autoprotección que puede poner en práctica sin menoscabar por ello intereses propios importantes.⁵⁹ De este modo, la pregunta de si se le puede exigir al individuo que se auxilie a sí mismo es, al final, una cuestión de proporcionalidad, aun cuando hay que tener en cuenta que la remisión a tales medidas de autoprotección puede conducir a transformar, en el curso del «*target hardening*», el espacio privado de vida de la víctima (potencial) en una prisión creada por ella misma.⁶⁰

2. La subsidiariedad del Derecho penal frente a otros sistemas estatales de control

a) La relación con otros sistemas de normas orientados represivamente

Respecto a la situación jurídica en Alemania, con la relación entre el Derecho penal y otros sistemas de normas también represivos se plantea *de lege lata* la relación del Derecho penal criminal con el Derecho de las infracciones administrativas.⁶¹ Si se parte de que las infracciones administrativas están castigadas con sanciones más leves que los hechos criminales⁶² —o de que, en todo caso, desde

57. Sobre el deber de verificación del legislador, cfr. WOHLERS (n. 12), p. 59 y s., con más referencias.

58. LG Hamburg, *NSZ-RR* 2005, p. 44 (LS). Sobre la problemática de la compatibilidad de las normas del Derecho penal nacional de los juegos de azar con las disposiciones del Derecho de la Unión Europea, cfr. EuGH, *NJW* 2004, pp. 139 y ss. (caso Gambelli), así como los puntos de vista contrarios en LESCH, *Wistra* 2005, p. 241 (243 y ss.) y OHLMANN, *WRP* 2005, p. 48 (60 y ss.).

59. Cfr. BRANDT, *Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips für Entpönalisierungen im Kriminalstrafrecht*, 1988, p. 149; KRATZSCH (n. 35), p. 365; EL MISMO, en *Festschrift für Dietrich Oebler*, 1985, p. 65 (75 y s.); SCHÜNEMANN, *NSZ* 1986, p. 439; EL MISMO, en *Festschrift für R. Schmitt*, 1992, p. 117 (128).

60. WOHLERS (n. 12), p. 73, con referencia a SESSAR, *MschKrim* 1997, p. 1 (16 y s.).

61. Cfr. a este respecto WOHLER (n. 12), pp. 84 y ss., con más referencias.

62. Cfr. WOHLERS (n. 12), p. 83.

un punto de vista ideal típico, ello debería ser así—,⁶³ la vigencia del principio de subsidiariedad es aquí tan obvia como trivial: que de entre varios medios apropiados al legislador solamente le está permitido emplear el más leve es algo que ya se deriva del principio de proporcionalidad.⁶⁴ Así, el problema sería al final, más que un problema normativo, un problema empírico: ¿quién decide y de la mano de qué criterios si una sanción más leve puede o no alcanzar el efecto deseado?

Más difícil es la ponderación si se tiene además en cuenta que el Derecho penal criminal y el Derecho de las infracciones administrativas no solamente se diferencian en la clase y gravedad de las sanciones, sino también además y, sobre todo, en lo referente al proceso:

- en el caso de las infracciones administrativas no rige —a diferencia de lo que ocurre en el proceso penal (§ 152 Código penal alemán)— el principio de legalidad, sino el de oportunidad (§ 47 Ley de infracciones administrativas [OWiG]);
- la persecución de las infracciones administrativas no incumbe a la Fiscalía, sino a autoridades administrativas competentes en un ámbito material (§§ 35 ss. Ley de infracciones administrativas);
- normalmente la justicia penal solamente se ocupa de las infracciones administrativas cuando el afectado recurre contra la decisión de la Administración de imponer una multa (§§ 67 y ss. Ley de infracciones administrativas);
- las garantías jurídico-procesales del afectado están, frente al Derecho procesal que es de aplicación en caso de delitos criminales, restringidas de manera no irrelevante.⁶⁵

Decisivo para la tendencia, que empezó en los años 50 del siglo XX y que se mantiene hasta el presente, hacia una continua ampliación del Derecho de las infracciones administrativas⁶⁶ era principalmente la necesidad de liberar a la

63. Efectivamente, el Derecho de las infracciones administrativas, tal como está vigente, es un receptáculo de comportamientos heterogéneos y diversos cuyo único denominador común consiste en ser infracciones de normas respecto a las que no se puede renunciar a una reacción represiva, en las que, sin embargo, según la valoración del legislador, no es necesario o —esencialmente por motivos procesales— se considera inadecuado el castigo criminal (cfr. WOHLERS [n. 12], p. 82). Que en efecto también hay infracciones graves de normas que se castigan mediante el Derecho de las infracciones administrativas es algo que se puede demostrar con el ejemplo de los tipos de las infracciones administrativas del Derecho de carteles.

64. APPEL (n. 46), p. 506 y s., 554 y ss.; LAGODNY (n. 42), p. 146; ROXIN, *AT I* (n. 5), § 2, núm. marg. 39; SCHMIDHAUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, 8/105 y s.; WOHLERS (n. 12), p. 107; cfr. también NIGGLI, *ZStR* 111, 1993, p. 236 (239) y (261) sobre la necesidad de limitarse a la sanción que en cada caso sca la más leve posible (prioridad de la pena de multa sobre la pena privativa de libertad).

65. Cfr. §§ 71 y ss. OWiG, en especial §§ 72, 74, 77, 77a, 78 OWiG.

66. Cfr. BOHNERT, en *KK/OWiG*, introducción, núm. marg. 39; EL MISMO, *Jura* 1984, p. 11 (18); GÖHLER, *JZ* 1968, p. 583; H.-L. GÜNTHER, en *40 Jahre Bundesrepublik Deutschland, 40 Jahre Rechtsentwicklung*, 1989, p. 385 y s.; LANG-HINRICHSER, en *Festschrift für H. Mayer*, 1966, pp. 57 y ss.; MAITES, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Zweiter Halbband*, 1982, p. 50, 53 y ss.; TIEDEMANN, *ÖJZ* 1972, p. 285 (288); WEBER, *ZStW* 92, 1980, p. 313 (319 y ss.).

justicia penal de tener que ocuparse de infracciones de normas menos importantes, para poder hacer frente a las comisiones de delitos más importantes con el efectivo de medios materiales y personales existente, esto es, para no tenerlo que aumentar a la vez que crece la criminalidad.⁶⁷

Así pues, desde la perspectiva del ciudadano afectado, la atenuación de la amenaza de sanción no se consigue gratis, sino que se adquiere al precio de una pérdida de derechos procesales. Esta relación de intercambio queda especialmente clara en la propuesta desarrollada por HASSEMER consistente en eliminar *de lege ferenda* del Derecho penal nuclear a las normas con funciones preventivo-instrumentales y reunir las en un «Derecho de intervención» separado. En la opinión de este autor, el Derecho de intervención tiene esencialmente dos ventajas; por una parte, en la configuración de los «tipos de intervención» el legislador no está forzosamente vinculado a las reglas de imputación del Derecho penal nuclear, de manera que se le podría dar mayor relevancia a la efectividad de la norma. En segundo lugar, se liberaría de funciones instrumentales al restante Derecho penal nuclear y, de esta manera, éste quedaría liberado de su dilema legitimatorio.⁶⁸ Al margen de que, tal como muestra la evolución del Derecho de las infracciones administrativas, esta (aparente) descriminalización conduciría a un recurso inflacionario a este instrumento, se plantea la pregunta de si es realmente adecuado hablar de una atenuación de la intervención represiva cuando a la anunciada atenuación de las sanciones se opone una debilitación de las garantías procesales y una flexibilización de los presupuestos de imputación.⁶⁹

Hay que dejar constancia de que una atenuación de la amenaza de sanción es preceptiva cuando las metas perseguidas con una sanción represiva también se pueden alcanzar mediante una sanción menos grave. En relación a esta materia, tal exigencia ya se deriva del principio de proporcionalidad. La pregunta decisiva al respecto es, en parte, de naturaleza empírica —¿qué efectos se han de lograr mediante qué sanción?— y, en parte, de naturaleza normativa: ¿a qué grado de obediencia a la norma se ha de aspirar? En los casos en los que no solamente se atenúa la sanción, sino que también se modifican a la vez los presupuestos de la imputación y cambian las formas procesales, surge una cuestión totalmente disjunta. En este caso no se puede partir sin más de que el orden de sanciones, el cual trabaja con las sanciones consideradas en sí mismas leves, representa, visto en conjunto, la regulación menos represiva.

b) La relación del Derecho penal con los sistemas de normas preventivamente orientados

Si uno se vuelve a la relación del Derecho penal con los sistemas de normas preventivamente orientados, se plantea de entrada la pregunta empírica de si

67. Eb. SCHMIDT, JZ 1969, p. 401; TIEDEMANN, ÖJZ 1972, p. 285 (288); APPEL (n. 46), pp. 91 y ss.

68. HASSEMER, ZRP 1992, p. 378 (383).

69. Cfr. sobre las objeciones contra el Derecho de intervención, ya WOHLERS (n. 12), p. 78 y s., con más referencias.

los sistemas de normas preventivos pueden garantizar un grado suficiente —que, sea como fuere, hay que definir normativamente— de protección de bienes jurídicos. Ahora bien, puesto que mediante el empleo de sistemas de normas represivos no se afecta necesariamente a las mismas personas que en el caso de emplear sistemas de normas preventivos, se plantea además la cuestión de a quién se ha de cargar o está permitido cargar con los costes del control del sistema.⁷⁰ Expresado mediante un ejemplo, se trata de decidir si el hecho de que los sistemas de control económico-jurídico-administrativos afectan y suponen cargas para una pluralidad de personas puede compensar el hecho de que la sanción jurídico-penal criminal afectará ciertamente a un grupo de personas más bien relativamente pequeño, aunque a cambio presenta una cualidad especial.⁷¹ En este contexto, ¿desempeña algún papel el hecho de que en el caso del autor de un delito se trata de una persona que normalmente ha quebrantado dolosamente una norma vinculante para todos? Y finalmente: ¿se puede ni siquiera comparar y colocar en una jerarquía a la pena como sanción con aquellos menoscabos que se fundan mediante sistemas de normas preventivos?

Quien ve el sentido y fin del Derecho penal o bien en generar una compensación de la culpabilidad⁷² o bien en estabilizar de manera contrafáctica las normas de comportamiento⁷³ tendrá que poner en tela de juicio desde un principio la comparabilidad.⁷⁴ Que una compensación de la culpabilidad y/o la (re-)instauración de la confianza en la norma son funciones específicas que solamente se pueden lograr, si es que ello es posible, mediante sanciones represivas es algo que ya se muestra en el hecho de que, en un sistema de control social asentado únicamente en la prevención y la reparación del daño, un quebrantamiento de la norma se tendría que ver como un comportamiento verdaderamente racional.⁷⁵

Quien ve el sentido y fin del Derecho penal en la protección de bienes jurídicos se encuentra de entrada ante el problema de tener que ponderar y poner en relación los menoscabos cualitativamente muy distintos que están unidos a sistemas de control social configurados represiva y preventivamente. Al margen de que ya no es evidente de la mano de qué criterios y pautas se ha de decidir cuándo un sistema preventivo de normas garantiza un «suficiente» grado de protección de bienes jurídicos, habrá todavía más dificultades para decidir cuáles de los menoscabos vinculados a este sistema de normas preventivo tienen una importancia tal que, por lo menos, compensan los menoscabos unidos al uso del Derecho penal.⁷⁶ E incluso cuando se considere que estos problemas

70. Cfr. WOHLERS (n. 12), p. 75.

71. Cfr. WOHLERS (n. 12), p. 76 y s.

72. Cfr. KÖHLER, *Über den Zusammenhang von Strafbegründung und Strafzumessung*, 1983, pp. 37 y ss.; EL MISMO, *Der Begriff der Strafe*, 1986, pp. 9 y ss.; EL MISMO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, p. 43, 48 y ss.; E.A. WOLFF, ZStW 97, 1985, p. 786 (818 y ss.); cfr. también FRISCH, en SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG (eds.), *Positive Generalprävention*, 1998, p. 125 (141).

73. Cfr. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1993, sección 1, núm. marg. 4 y ss.

74. Cfr. TIEDEMANN, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, 1991, p. 52; VOGEL, GA 1990, p. 253 (259).

75. WOHLERS (n. 12), p. 73.

76. Sobre la incomparabilidad también ya APPEL, (nota 46), p. 540 ss.; HEFENDEHL, (nota 35), p. 235.

se pueden resolver, surge un problema adicional: también en el caso de un planteamiento asentado en la protección de bienes jurídicos al Derecho penal le corresponde una función específica que no puede ser cumplida por otros sistemas de normas preventivos y/o de compensación del daño: la función de asegurar que la pena sea un «gorrón».⁷⁷

Si se parte de que al Derecho penal le corresponde una función autónoma que no la pueden cumplir sistemas de normas orientados preventivamente, entonces la relación de los sistemas de normas represivos con los preventivos ya no es efectivamente una relación de «o bien-o bien», sino más bien de «tanto-como».⁷⁸ Este punto de vista, que se corresponde por lo demás con la praxis del legislador,⁷⁹ no es compatible, por una parte, con la concepción usual de la subsidiariedad del Derecho penal, pero, por otra parte, también excluye el intento de TIEDEMANN consistente en invertir simplemente la jerarquía: condicionada por su función específica como reproche individualizado, la aplicación de coacción penal no se puede legitimar mediante una macro-consideración. Más bien se han de legitimar en sí mismos tanto el sistema de normas preventivo como el represivo, si bien entonces —con distinto alcance— hay que tener en cuenta la existencia y la configuración concreta del otro sistema de normas respectivamente.

(a) La legitimación de sistemas de normas preventivos

En la legitimación de un sistema de normas preventivo lo relevante es, de entrada, si los menoscabos vinculados al sistema, considerados en sí mismos, todavía se han de calificar como restricciones adecuadas de la libertad del ciudadano.

Al respecto hay que observar, en primer lugar, que ciertamente los sistemas de control completos parecen adecuados para evitar en gran parte el comportamiento desviado, pero que es inherente a tales sistemas de control un carácter tendencialmente totalitario que difícilmente se puede hacer compatible con las condiciones constitutivas de una sociedad libre.⁸⁰ Si las lagunas de control son el precio de la libertad,⁸¹ entonces en una sociedad libre no puede haber sistemas de con-

77. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 70 y ss.; cfr. también HÖFFE, *Den Staat bräucht selbst ein Staat von Teufeln*, 1988, pp. 70 y ss.; RAWLS, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 6ª ed., 1991, pp. 300 y ss., así como —de la mano del problema especial del delito de acumulación— WOHLERS, (n. 12), pp. 318 y ss.; sobre el punto de vista según el cual, por lo demás, debido a los déficits fácticos de descubrimiento y ejecución existentes, el quebrantamiento de la norma, sería un comportamiento racional, cfr. WOHLERS, (n. 12), p. 73; cfr. también NIGGLI, *ZStrK* 111, 1993, p. 236 (248 y ss., 261); REHBERG/DONATSCH, *Strafrecht I: Verbrechenslehre*, 7ª ed., 2001, p. 4.

78. WOHLERS, (n. 12), p. 75, 77; SCHÜNEMANN, *Armin-Kaufmann-GS* (n. 35), p. 632; cfr. también BAUMANN, *JZ* 1983, p. 935 (938); según este autor, se puede dejar de lado la cuestión de si el Derecho penal es un medio más suave o más fuerte en comparación con los instrumentos del Derecho civil o Derecho administrativo, pues aquél es un instrumento irrenunciable.

79. Cfr. HEFENDEHL (n. 35), p. 234/235; WEIGEND, en *Festschrift für Otto Triffterer*, 1995, p. 695 (711, n. 93).

80. HAFKE, en *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, p. 955 (967 y s., 975); LÜDERSSEN, en *Festschrift für Armin Kaufmann*, 1993, p. 487 (497 y s.); STACHELIN, (n. 13), p. 152 (remitiendo a Feuerbach).

81. HAFKE, *Roxin-FS* (n. 79), p. 968.

rol completos; en tal caso, los sistemas de control se han de restringir —algo que ya ha indicado HEFENDEHL acertadamente— a los ámbitos elegidos para el control.⁸² Se puede hacer uso de ese sistema si y en la medida en que las restricciones vinculadas a tal sistema de control se le puedan exigir al afectado por ellas.

En la configuración de sistemas de normas hay que tener en cuenta, además, que las regulaciones que están primordialmente al servicio de metas preventivas tienen efectos sobre el sistema represivo de normas a través del hecho de que se obliga a los ciudadanos afectados a crear medios de prueba que puedan ser empleados en un proceso penal posterior o a que se hayan de inculpar a sí mismos de un hecho punible. Si, por razones de funcionalidad del sistema preventivo de control, hay que mantener estos deberes de colaboración, entonces hay que prever las correspondientes prohibiciones a partir del principio *nemo tenetur*, que no solamente está garantizado constitucionalmente, sino también por el art. 6 de la CEDH.⁸³

(b) La legitimación de sistemas de normas represivos

Además, el legislador ha de decidir si las personas que se comportan de modo contrario a la norma han de ser perseguidas con los medios del Derecho penal. La tarea del Derecho penal puede ser, por una parte, lograr por la fuerza la cooperación de los ciudadanos en el marco de sistemas preventivos de normas. Característica de la adaptación del Derecho penal a conceptos preventivos de protección es la tendencia a clasificar determinadas finalidades, como por ejemplo la protección de determinados aspectos del medioambiente, como tarea de la administración, la cual pretende alcanzar esta meta primordialmente mediante la cooperación con los ciudadanos afectados, si bien entonces el Derecho penal solamente debería estar disponible como sanción con la que se puede forzar a una cooperación también cuando y en la medida en que tal cooperación no se produzca de manera voluntaria.⁸⁴

En ocasiones, se cuestiona la legitimación de tales «normas back-up» jurídico-penales con la argumentación de que en tal caso se penaliza la mera desobediencia administrativa. Ahora bien, por otra parte también se sostiene la interpretación según la cual, en el caso de comportamientos que no se pueden prohibir en general porque exista en ellos un interés reconocible, el legislador puede, con fines de control, recurrir a la reserva de permiso y a asegurarla también jurídico-penalmente.⁸⁵ Si se quiere evitar el peligro de castigar la mera

82. HEFENDEHL, (n. 35), p. 235; cfr. también LÜDERSSEN, *Armin Kaufmann-FS* (n. 79), p. 498.

83. Cfr. WOHLERS/GODENZI, *AJP* 2005, p. 1045 (1059 y s., con más referencias).

84. PETER-ALEXIS ALBRECHT, *KritV* 1988, p. 182 (192); HEINE/MEINBERG, *GA* 1990, p. 1 (8 y ss.); SCHALL, *Wistra* 1992, p. 1 (9); en el marco de la discusión sobre el bien jurídico, esto conduce a que el bien jurídico protegido por las normas del Derecho penal del medioambiente se vea en la «prerogativa de valoración de la Administración» (cfr. a este respecto WOHLERS [n. 12], pp. 135 y ss., con más referencias).

85. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 4ª ed., 1922, volumen I, p. 400 y s.; DÖLLING, *JZ* 1985, p. 461 (462 y s.); KINDHÄUSER, (n. 76), pp. 320 y ss.; SCHALL, *NSIZ* 1997, p. 577 (580).

desobediencia administrativa por sí misma, los comportamientos en cuestión han de presentar un contenido de injusto que vaya más allá de la mera infracción formal contra la autorización.⁸⁶ Esto se ha de afirmar en el caso de comportamientos que, conforme a las valoraciones prioritarias del ordenamiento jurídico primario, no forman parte de la esfera de libertad jurídica del individuo protegida como derecho fundamental. Tales comportamientos pueden verse en todo caso como permitidos cuando la Administración, a la cual le ha sido concedido en esa medida el poder de autorizar en el caso concreto, y rigiéndose por los criterios de ponderación dados previamente por el legislador, los comportamientos excluidos de la libertad de acción garantizada como derecho fundamental, ha concedido efectivamente la correspondiente autorización (denominada prohibición represiva con reserva de permisión).⁸⁷ Si en este caso el ciudadano no coopera, su comportamiento no es una mera desobediencia administrativa, sino un injusto merecedor de pena. En el caso de comportamientos que forman parte de la esfera de libertad del individuo protegida como derecho constitucional a la infracción de la reserva de permiso solamente le pertenece un contenido material de injusto cuando, solamente tras el control administrativo previo, los correspondientes comportamientos se pueden reconocer como fuentes de peligro que todavía o que ya son tolerables.⁸⁸ En cambio, falta un contenido material de injusto cuando la reserva de autorización solamente sirve a otros fines, como en especial el fin del aligeramiento del cumplimiento de las tareas administrativas.⁸⁹

Además, el legislador ha de encontrar una regla para los casos en los que los ciudadanos no se han atenido a las normas de comportamiento que también están en la base de los sistemas preventivos de normas. En este caso, también es decisivo el merecimiento de pena del comportamiento que lesiona la norma, merecimiento que puede que se tenga que negar en el caso de que los intereses en cuestión sean supraindividuales y —por ejemplo, también debido a la existencia de un sistema preventivo de control esencialmente eficaz— los casos, en los que las normas de comportamiento que están en la base son infringidas, no conducen a un menoscabo relevante.⁹⁰ Frente a esto, cuando están en juego intereses individuales, difícilmente se le puede indicar al afectado que ha de tolerar el menoscabo de sus intereses porque se trata de un extraño caso excepcional. Las cosas son distintas solamente en los casos en los que el menoscabo no logra alcanzar un grado relevante, lo cual, no obstante, a diferencia de

86. Cfr. WOHLERS (n. 12), p. 316 y s.

87. En esa medida acertadamente: TIEDEMANN/KINDHÄUSER, *NSiZ* 1988, p. 337 (342/243); cfr. también MARTIN, *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen*, 1989, p. 96 y s.; OLG Köln, *Wistra* 1991, p. 74, 75 (respecto al § 327 Código penal alemán).

88. Cfr. FRISCH, *Verwaltungsakzessorität und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht*, 1993, p. 109.

89. Así ya también WEBER, *ZStW Beiheft*, 1987, p. 1 (30).

90. Sobre la clase de delito apropiada en este caso, el delito de acumulación, cfr. WOHLERS (n.13), pp. 318 y ss., con más referencias.

lo que ocurre en el caso de los bienes jurídicos supraindividuales, será muy extraño en el caso de los bienes jurídicos individuales.⁹¹

(c) *Ejemplo: el control de comportamientos de delincuencia económica*

Cuando en determinados ámbitos de la vida económica se producen abusos, el legislador ha de examinar la cuestión —con independencia de si estos comportamientos han o no han de ser considerados merecedores de pena— de si se puede hacer frente a tales abusos preventivamente mediante sistemas de vigilancia o de control. Como no se trata de reglamentar la economía en su conjunto, sino de hacer frente con la mayor precisión posible a un abuso de la libertad económica, tales regulaciones no se podrán equiparar con el escenario de horror de un sistema totalitario de control. Lo decisivo es si las medidas relevantes en cada caso son, consideradas en sí mismas, compatibles con los derechos de libertad del afectado. Al respecto es relevante, de entrada, la clase de menoscabo: ¿surgen deberes pasivos de tolerancia o también deberes activos de colaboración —como, por ejemplo, deberes de notificación— ¿Qué alcance tienen los deberes y cuáles son los costes que van vinculados a ellos? Además, hay que preguntarse si aquellos a quienes se somete a una carga sacan provecho de la capacidad funcional del sistema.

En este contexto, puede ser tarea del Derecho penal asegurar la cooperación de los afectados dentro del sistema preventivo de control; ahora bien, el empleo de coacción jurídico-penal no es en esa medida subsidiaria, sino que aparece junto al sistema preventivo de normas cuya capacidad funcional se ha de asegurar mediante la sanción jurídico-penal.

Además, el legislador ha de decidir —con independencia de si toma o no medidas preventivas— si el abuso de determinadas posibilidades económicas de configuración considerado en sí mismo ha de ser considerado o no merecedor de pena. Siempre que se trate —por lo menos también— de la protección de bienes jurídicos individuales, esta decisión se ha de tomar con independencia de la cuestión de si y a causa de qué circunstancias tales comportamientos se producen más bien raramente o más bien con frecuencia. El caso puede ser distinto cuando se trata de comportamientos que menoscaban única y exclusivamente bienes jurídicos supraindividuales. En tal caso, la decisión en contra de la criminalización se puede basar en la consideración de que, a la vista de los sistemas preventivos de protección adoptados por el legislador o posibles, solamente pueden producirse abusos en una medida que al final hay que despreciar, pese a que entonces se acaba de nuevo en la problemática de quién tiene que decidir y sobre la base de qué criterios qué grado de menoscabos puede soportar o incluso debe de soportar la sociedad.

91. WOHLERS (n. 12), p. 307 y s.

V. RESUMEN

Los sistemas de normas jurídico-civiles y jurídico-administrativos no convierten a las normas penales en algo superfluo. No obstante, pueden hacer posible la restricción de la intervención del Derecho penal a aquellos casos en los que el autor ha hecho omiso de estos sistemas de control.⁹² Si los sistemas preventivos de control son suficientemente eficaces, esto es, si solamente hay que esperar infracciones de normas en una medida que no puede menoscabar de manera relevante el bien jurídico relevante en el caso correspondiente, se puede renunciar a la protección jurídico-penal complementaria. Ahora bien, esto podría ser relevante desde una perspectiva práctica en todo caso cuando no están en cuestión bienes jurídicos individuales, sino supraindividuales.

El empleo de coacción jurídico-penal puede ser inadecuado. Ahora bien, ese carácter inadecuado no se puede deducir ni de la existencia de sistemas preventivos de normas ni se puede fundamentar con la posibilidad de crear tales sistemas de normas. La inadecuación de las normas jurídico-penales es más bien consecuencia del principio de proporcionalidad, el cual también rige evidentemente en Derecho penal.

De este modo, el principio de subsidiariedad, en su dimensión de mandato de hacer uso de los medios del Derecho penal solamente como último medio —como *ultima ratio*—, se muestra como un principio sin un contenido expresivo propio. La tesis según la cual dicho principio es uno de los principios fundamentales del Derecho penal en un Estado de Derecho es, después de todo, una afirmación que no se puede sostener en tales términos.

¿PUEDE SER «SUBSIDIARIO» EL DERECHO PENAL? APORÍAS DE UN PRINCIPIO JURÍDICO «INDISCUTIDO»*

Gerhard Seber

I. EL CONCEPTO DE SUBSIDIARIDAD Y SUS PREMISAS

El Derecho penal es subsidiario. Así se lee ampliamente en la literatura jurídico-penal —o más exactamente: el Estado sólo podría recurrir al Derecho penal como injerencia estatal más severa en la libertad de los ciudadanos cuando un medio más leve no asegurara el éxito suficiente;¹ por tanto, la pena estaría a disposición del Estado sólo como «*ultima ratio*».² Siempre que estén a mano posibilidades de regulación igualmente válidas y menos drásticas, queda excluido el empleo de sanciones jurídico-penales: frente a estas medidas más leves el Derecho penal sería subsidiario.³ Este concepto tiene dentro de la dogmática jurídico-penal el estatus de «patrimonio común» («*Allgemeingut*»).⁴

Con todo, se observan fácilmente algunas diferencias dentro del terreno de la dogmática: por ejemplo, mientras ROXIN relaciona en general el concepto de subsidiariedad con el principio de proporcionalidad [*Verhältnismäßigkeitsprinzip*],⁵

* Título original: «Kann Strafrecht "subsidiär" sein? Aporien eines "unbestrittenen" Rechtsgrundsatzes». Traducción a cargo de Juan Pablo Montiel.

1. Cfr. simplemente ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tomo 1, 3ª ed., 1997, § 2 núm. marg. 39; RUDOLPHI, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª ed., 1997, previo al § 1 núm. marg. 14; STRATENWERTH/KUHLEN, *Die Straftat*, 5ª ed., 2004, § 2 núm. marg. 19.

2. V. gr. EBERT, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 2001, p. 4; KINDHÄUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2005, § 2, núm. marg. 8.

3. EBERT, (n. 2), p. 4.

4. Así, BAUMANN, *JZ* 1987, p. 935 (937).

5. ROXIN (n. 1), § 2 núm. marg. 41; en el mismo sentido, RADTKE, en *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo 1, 2003, previo al §§ 38 y ss. núm. marg. 4.

92. Cfr. RUDOLPHI, *ZStW* 83, 1971, p. 134 y s., de la mano del ejemplo de la interrupción del embarazo; igualmente, WEBER, *ZStW* 96, 1984, p. 376 (380).