

## Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ARTÍCULOS

RECPC 04-14 (2002)

# ¿DEBE OCUPARSE EL DERECHO PENAL DE RIESGOS FUTUROS?

## Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto \*

Roland Hefendehl

*Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Dresden*

*Traducción de Eduardo Salazar Ortuño*

### SUMARIO:

- A. *Introducción*
- B. *El problema*
- C. *Lo que no funciona*
- D. *Lo que funciona*
- E. *Problemas que quedan sin resolver*
- F. *Resumen*

### A. Introducción

A lo largo de esta pequeña reflexión voy a ocuparme de un tema ya clásico en la dogmática penal. Tanto es así, que los conceptos de bien jurídico colectivo y delito de peligro abstracto han ganado en la actualidad un lugar dentro de los programas de Derecho Penal, Parte General. La seguridad colectiva dentro del Estado sirve de ejemplo de bien jurídico colectivo y la

\* Ponencia ofrecida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia en el seno del "Seminario de Derecho Penal sobre construcciones dogmáticas y su aplicación práctica", organizado por el Departamento de Derecho Penal en mayo de 2001. Quisiera agradecer especialmente al Prof. Jaime Peris Riera de la Universidad de Murcia por haberme dado la oportunidad de realizar estas reflexiones en un foro internacional y a Eduardo Salazar Ortuño por su inestimable ayuda antes y durante la ponencia para poder explicarme en español.

conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas como delito de peligro abstracto.

La cuestión que planteo es también importante para la política criminal: Así, puede decirse que la mayoría de los tipos delictivos creados recientemente por el legislador penal responden a la figura de los delitos de peligro abstracto que protegen bienes jurídicos colectivos. Este es el caso de los tipos penales que protegen el medio ambiente, de los que castigan el blanqueo de capitales o de los delitos de terrorismo o pertenencia a banda armada.

## B. El problema

Comenzaremos dividiendo el análisis del problema en diferentes niveles:

I. 1. La pregunta acerca de qué es en realidad un bien jurídico puede suponer un incómodo esfuerzo en la tarea de dar una respuesta satisfactoria. Nombraremos a continuación algunos de los intentos de la doctrina alemana por dar una definición clara que pueda aliviar este esfuerzo. Para algunos, los bienes jurídicos suponen aquellos presupuestos valiosos y necesarios para la existencia<sup>1</sup>. También son definidos como aquellas circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de la concepción de esos fines o para el funcionamiento del propio sistema<sup>2</sup>. Otros los han descrito como presupuestos instrumentales necesarios para el funcionamiento del sistema social y para que éste sobreviva<sup>3</sup>. También están los que los definen como aquellos presupuestos que aseguran las posibilidades de participación del individuo en la sociedad<sup>4</sup>.

2. A estas deficiones con una formulación tan atrayente como abstracta se les puede encontrar rápidamente sus limitaciones si se acude a probar su validez en un caso concreto, como por ejemplo, si se piensa en la rentabilidad del tren TALGO<sup>5</sup> como un posible bien jurídico. Es evidente que este tren de largo recorrido viene siendo utilizado y sirve a una parte importante de la población.

<sup>1</sup> H. MAYER, "Strafrecht Allgemeiner Teil", Stuttgart, 1967, p. 53.

<sup>2</sup> ROXIN, "Derecho Penal: Parte General", Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña y otros, Madrid, 1999, § 2, núm. marg. 9.

<sup>3</sup> RUDOLPHI, "Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs", en: GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT GÖTTINGEN, JURISTISCHE FAKULTÄT (comp.), Festschrift für Richard M. Honig, Göttingen, 1970, pp. 151, 163.

<sup>4</sup> CALLIESS, "Theorie der Strafe", Frankfurt/M., 1974, p. 143. Véase la compilación de definiciones acerca del bien jurídico de STRATENWERTH "Zum Begriff des Rechtsgutes" en: ESER/SCHITTENHELM/SCHUMANN (comps.), Festschrift für Theodor Lenckner, Múnich, 1998, pp. 377, 378; KORIATH "Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts", GA 1999, pp. 561, 565; APPEL, "Verfassung und Strafrecht", pp. 345 ss.

<sup>5</sup> Ver el ejemplo de RANSIEK, "Unternehmensstrafrecht", Heidelberg, 1996, p. 252.

Más difícil es suponer que esta circunstancia convierta la rentabilidad del Talgo en una cuestión social fundamental. Por último dejamos abierta la pregunta acerca de si nuestra sociedad estatal en su forma concreta podría vivir sin un tren que conectase las capitales con rapidez y que no fuera rentable económicamente<sup>6</sup>.

3. Podemos ver que en el intento de definir positivamente un bien jurídico se llega rápidamente a un resultado que nos desilusiona: la relatividad social y político-jurídica del fenómeno "bien jurídico" nos condenan a la triste encrucijada de elegir entre la vaguedad y la selectividad. O bien utilizamos una definición tan vaga que no enuncia claramente sus atributos y funciona como cláusula general, o bien usamos un concepto que incluye únicamente a una parte de los bienes jurídicos protegidos y consentidos por nuestros Códigos penales<sup>7</sup>.

4. El significado crítico del concepto de bien jurídico es una idea aún discutida por la doctrina. Pese a la descriminalización de determinadas conductas o limitación del alcance de ciertos tipos penales por parte del legislador penal que pudieran tener su base en consideraciones acerca del bien jurídico protegido,<sup>8</sup> sobre todo en materia de delitos relacionados con la libertad sexual, no es menos cierto que estas medidas se han llevado a cabo en un momento en el que la valoración social dominante sobre dichas conductas sexuales era contraria, a su vez, a la permanencia de una sanción penal sobre estas conductas<sup>9</sup>.

II. 1. Demos el siguiente paso: ¿qué es exactamente un bien jurídico colectivo? Dentro de los bienes jurídicos protegidos son individuales aquellos que sirven a los intereses de una persona o de un determinado grupo de personas. A aquéllos que sirven a los intereses de muchas personas - de la generalidad - los denominaremos<sup>10</sup> bienes jurídicos colectivos o universales<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> Para más aclaraciones al respecto HEFENDEHL, "Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht", Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, 2001, § 2 III.

<sup>7</sup> Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch/HASSEMER, previo al § 1, núm. marg. 287 (diciembre de 1995), Baden-Baden, 1995; STRATENWERTH, "Strafrecht Allgemeiner Teil", 4ª ed., Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, 2000, § 2, núm. marg. 7.

<sup>8</sup> Véase JÄGER "Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten", Stuttgart, 1957.

<sup>9</sup> FRISCH, "Wesentliche Strafbarkeitsvoraussetzungen einer modernen Strafgesetzgebung", en: ESER/KAISER/WEIGEND (comps.), "Von totalitärem zu rechtsstaatlichem Strafrecht", Friburgo, 1993, pp. 201, 205 ss.; LÜDERSEN, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken", ZStW 107 (1995), pp. 877, 898; ver también HIRSCH, "Bilanz der Strafrechtsreform", en: HIRSCH/KAISER/MARQUARDT (comps.), Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, Berlín/Nueva York, 1986, pp. 133, 146.: "renovación retrasada del Código penal (StGB)"; LENCKNER, "40 Jahre Strafrechtsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland", en: NÖRR (comp.), "40 Jahre Bundesrepublik Deutschland – 40 Jahre Rechtsentwicklung", Tübingen, 1990, pp. 325, 333.

<sup>10</sup> KINDHÄUSER, "Gefährdung als Straftat", Frankfurt/M., 1989, p. 144.

2. La definición puede precisarse aún más acudiendo a los los conceptos de "no exclusión en el uso" y de "no rivalidad en el consumo". La seguridad colectiva de un Estado se trata, con perdón de la redundancia, de un bien jurídico colectivo, puesto que, en primer lugar, nadie puede ser excluido de su uso y, en segundo lugar, porque el uso o disfrute de ese bien por un individuo A no perjudica ni impediría el de un individuo B<sup>12</sup>. Para la delimitación entre bienes jurídicos colectivos e individuales se utiliza el concepto adicional de "no-distributividad". Puede decirse que un bien será colectivo cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible dividir este bien en partes y asignar una porción de éste a un individuo<sup>13</sup>.

Todo bien jurídico colectivo se caracteriza por poder ser disfrutado por cada miembro de la sociedad, por ello no es posible relacionarlo en todo o en parte a un único sector de la misma. De la seguridad en el tráfico monetario, así como de la seguridad interior del Estado se beneficia cada ciudadano en igual medida.

III. Ante la pretensión de proteger un bien jurídico a través del Derecho penal se plantea la pregunta de cómo hemos de hacerlo. No podemos decir meramente que aquél que no respete los bienes jurídicos debe ser castigado. Debemos antes aclarar cuál es la conducta peligrosa que el sujeto debe realizar frente al bien jurídico protegido para que aquél sea sancionado penalmente. Este camino nos lleva a encontramos directamente con cuestiones referidas a la estructura del delito. Se distingue habitualmente entre tres tipos: delitos de lesión, delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto<sup>14</sup>. Un ejemplo de delito de lesión es el homicidio: el bien jurídico protegido, en este caso la vida humana, queda extinguido merced a una conducta humana. El siguiente tipo, de peligro concreto, puede explicarse de con el siguiente ejemplo: si una persona conduce bebida y, después de observar cómo un ciclista se cruza directamente en su trayectoria, consigue en el último segundo con un giro de volante esquivar a éste,

<sup>11</sup> También denominado "bien común"; LAMPE ("Gedanken zum materiellen Straftatbegriff", en: GEPPERT/BOHNERT/RENGIER (comps.), Festschrift für Rudolf Schmitt, Tübingen, 1992, pp. 77, 87, nota 32) critica con cierta razón la categoría de bien jurídico universal. Esta última denominación suscita al autor la impresión de que estos bienes jurídicos universales pudieran extenderse a cualquier lugar o situación, cuando es justo al contrario; así su dependencia a la cultura dominante y determinada es mayor que la de los bienes individuales. Por ello habla este autor en su lugar de "bienes jurídicos sociales".

<sup>12</sup> Véase, ALEXY, "Individuelle Rechte und kollektive Güter", en: WEINBERGER (comp.), "Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung, Aktuelle Probleme der Demokratie", Wien, 1989, pp. 49, 54.

<sup>13</sup> ALEXY (supra, nota 13), pp. 49, 54 ss.; referido al bien jurídico en materia penal KORIATH (supra, nota 5), pp. 561, 564.

<sup>14</sup> KUHLEN, "Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung (§ 324 StGB)", GA 1986, pp. 381, 396 ss.

puede ser condenado por un delito de peligro concreto. Un caso de delito de peligro abstracto, en este mismo ámbito, podría venir referido a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas sin provocar una situación crítica, es decir, cuando uno conduce en un grave estado de ebriedad y sin embargo no produce una situación crítica.

IV. Puede observarse que los últimos ejemplos citados se relacionaban con los bienes jurídicos *vida* y *salud*. El punto más álgido del problema que se suscita en esta reflexión se alcanza al querer comprobar cuál es la estructura delictiva adecuada en el caso de un bien jurídico colectivo. Puede pensarse de forma ingenua que puede hablarse aquí también de delitos de lesión, de peligro abstracto y de peligro concreto, pero no tardaríamos en darnos cuenta que esto realmente no funciona, no encaja: a través de una conducta determinada no puede afirmarse que un bien jurídico colectivo es lesionado o puesto en peligro de forma concreta. Sólo con una gran fantasía puedo encontrar ejemplos: un golpe perfecto posibilita que sean introducidos en el mercado millares de billetes falsos, de tal forma que la seguridad en el tráfico monetario y la confianza en el mismo queden profundamente dañadas. En este caso estaríamos realmente ante un delito de lesión.

V. Con esto llego a la cuestión planteada en la primera parte del título de esta reflexión: el Derecho Penal debe quizá ocuparse realmente de riesgos futuros, puesto que una acción típica aislada nunca producirá un atentado real e inmediato contra bienes jurídicos colectivos. Por citar otro ejemplo, si desde una industria situada en la costa se arrojan un día determinado los vertidos producidos al mar, no se producirán en la mayoría de los casos los efectos contaminantes en el mismo momento puesto que los desechos industriales podrán ser relativamente asimilados por el agua sin causarse un grave perjuicio. El verdadero problema vendrá en el futuro, es decir, en el caso hipotético de que todas o la mayoría de las instalaciones o fábricas cercanas hiciesen lo mismo o esta conducta se convirtiese en regla para la industria costera de una zona. Encontrar normas para el futuro, actuar con miras a lo que puede acontecer, sería, según determinados pronósticos, más acertado que querer reaccionar *a posteriori* ante errores, omisiones o catástrofes del presente. Se debe tener en cuenta que la amenaza de la pena supone un medio de represión y desaprobación<sup>15</sup> vinculada a un juicio de desvalor. En ese sentido nuestra tarea debe ser la de ponderar y seleccionar de entre las conductas sociales aquellas que contengan una mayor negatividad en el juicio de desvalor frente a los bienes jurídicos protegidos.

<sup>15</sup> HÖRNLE/VON HIRSCH, "Positive Generalprävention und Tadel", GA 1995, pp. 261, 265.

### C. Lo que no funciona

Hasta ahora he planteado los problemas, intentemos buscar ahora las soluciones.

I. Una primera solución radical sería la de renunciar al dogma que señala como función del Derecho Penal la protección de bienes jurídicos porque el concepto de bien jurídico supone un esquema demasiado vago e impreciso. Esta "propuesta de huida" lo que supone es deshacerse de un concepto que en sí posee una enorme validez para el Derecho Penal. Es claro que la idea de bien jurídico y la teoría que en torno a él se ha generado deben combatir muchos problemas e interrogantes, pero puede servir de base a reflexiones críticas importantes, como por ejemplo, la de por qué conductas homosexuales no lesionan ningún bien jurídico y por lo tanto no deben ser criminalizadas. También permite, por ejemplo, rechazar de plano la creación de un delito que penase a aquéllos que no rezasen cada día en la Iglesia por el Rey ante la ausencia de un bien jurídico en torno a la dignidad de un monarca.

II. Podemos imaginar como segunda solución radical la de no reconocer la existencia de bienes jurídicos colectivos y evitar así el problema de su ordenación junto a los bienes jurídicos individuales. Hay autores que sostienen una teoría personalista del bien jurídico, desde la cual, los bienes jurídicos colectivos o universales sólo son legítimos en tanto sirvan al desarrollo personal del individuo<sup>16</sup>. Puede hablarse de bienes jurídicos como la vida, la salud, la libertad o la propiedad, pero no de bienes jurídicos colectivos en sí mismos. **Esta opinión de la doctrina parte en realidad de un presupuesto correcto: no se puede sin más inventar un bien jurídico colectivo cuando se considere necesario crear un nuevo tipo delictivo. La seguridad colectiva y la protección del crédito son precisamente construcciones doctrinales dudosas. Por otro lado puede entenderse rápidamente que nuestro Estado actual no puede concebirse sin bienes jurídicos colectivos. ¿Podríamos imaginar un Estado sin una adecuada y garantizada asistencia jurídica, sin seguridad monetaria y sin unos órganos estatales operantes?** Tras un análisis de las denominadas teorías personalistas del bien jurídico en Alemania puede comprobarse que no hay ni uno sólo de entre los defensores de estas posiciones que se limite a reconocer como tales sólo aquellos bienes

<sup>16</sup> HOHMANN, "Das Rechtsgut der Umweltsdelikte", Frankfurt/M., 1991, p. 189; MARX, Die Definition des Begriffs "Rechtsgut", Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, 1972, pp. 79 ss. Ver también: HASSEMER/MUNOZ CONDE, "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal", Valencia, 1989, pp. 108 ss.

jurídicos colectivos que se deriven de forma indirecta de bienes jurídicos individuales<sup>17</sup>.

III. Una tercera solución también radical en el plano de la estructura del delito partiría del siguiente razonamiento: como podemos determinar de forma relativamente clara cuando un bien jurídico colectivo es lesionado o puesto en peligro de forma concreta, al resto de supuestos indeterminados los llamaremos simplemente delitos de peligro abstracto. Así es como se ha evolucionado legislativamente en los últimos años en Alemania y España. Pero decidan ustedes mismos si estamos ante casos tan semejantes cuando hablamos de conducir bebidas sin provocar ninguna situación crítica, de verter el aceite usado de nuestro coche en el lecho de un río, o de hablar de forma despectiva del rey junto a un templo. No supone una construcción dogmática muy atinada la de entender el delito de peligro abstracto como aquel cajón de sastre donde guardamos todos los casos problemáticos. Más bien entendemos el delito de peligro abstracto como estructura delictiva que debería quedar reservada para tipificar aquellas conductas que supongan riesgos latentes contra bienes jurídicos de primer orden, por ejemplo, riesgos para la integridad corporal o la vida. Los delitos de peligro abstracto, deberían, además, ser aquéllos que protejan los bienes jurídicos cuya lesión esté, dentro de una sociedad de riesgo, sometida al dominio del azar (*Zufallsbeherrschung*). La intervención penal en el ámbito de la seguridad en los alimentos y la protección de los consumidores constituye un ejemplo de parcela predestinada a la aplicación de la figura del peligro abstracto<sup>18</sup>.

## D. Lo que funciona

I. Ya nos hemos referido anteriormente al problema de encontrar un concepto que defina exacta y satisfactoriamente lo que es un bien jurídico protegido por el Derecho Penal. Quizá no es acosenjable intentar por enésima vez desarrollar un concepto positivo de bien jurídico. Nuestra postura no entiende las definiciones

<sup>17</sup> Véase HASSEMER, "Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre", en: PHILIPPS/SCHOLLER (comps.), "Jenseits des Funktionalismus, Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag", Heidelberg, 1989, pp. 85, 91: "Auch er [scil.: der personale Rechtsgutsbegriff] ist freilich nicht so voraussetzungsvoll, dass sich kriminalpolitische Entscheidungen über die Strafbarkeit aus ihm deduzieren ließen."/ "Tampoco es éste (el concepto personalista de bien jurídico) tan restrictivo, que no puedan deducirse de él decisiones político-criminales sobre el merecimiento de pena".

<sup>18</sup> KUHLEN, "Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik", ZStW 105 (1993), pp. 697, 712 y nota 71, del mismo autor (supra, nota 15), pp. 347, 367; SCHÜNEMANN, "Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft", GA 1995, pp. 201, 212.

anteriormente expuestas como defectuosas, pero sí como insuficientes para utilizarlas como herramientas de trabajo.

Consideramos más fructífero hallar alguna pista que nos permita comprobar de forma crítica ante cada tipo delictivo cuál es en cada caso el bien jurídico protegido.

Siguiendo este método intentaremos dar un paso hacia adelante atendiendo a lo siguiente: vista la complejidad del objeto<sup>19</sup> no acudiremos a definirlo de principio, sino - así lo formula el propio HASSEMER<sup>20</sup> - "materializado desde abajo". En coherencia con esta idea paso a introducir a continuación algunos criterios de materialización.

1. El bien jurídico ha de tratarse de un objeto del mundo real, sometido a las leyes físicas. Esta simple frase posee quizá mayor claridad y operatividad que las abstractas definiciones utilizadas por la doctrina que en ocasiones ha llegado a referirse al bien jurídico como un bien ideal e intangible. Así a lo que se llega es a una mera construcción de conceptos que no resulta útil al combinarla con la estructura del delito: para un valor intangible es ciertamente indiferente que el peligro que se cierne a su alrededor sea concreto o abstracto<sup>21</sup>.

El siguiente ejemplo de GRAUL<sup>22</sup> puede aclararnos esta cuestión: en aras a proteger una rara especie de aves acuáticas se prohíbe bajo pena la realización de determinadas actividades recreativas en y junto a un lago durante los meses A, B y C (época de la cría de esta especie). Si la prohibición se mantiene pese a un cambio de circunstancias como una variación temporal de la época de cría o la extinción de la misma pese a los esfuerzos por su conservación, estaremos ante un caso de protección tan absurda como ineficiente de un valor ideal (la vida de la especie Z).

2. Independientemente de cómo se defina el bien jurídico, éste ha de encarnar una posibilidad de participación de los individuos en el sistema social<sup>23</sup>. Como ya he afirmado anteriormente esto no nos debe llevar a excluir la protección penal la organización estatal, puesto que ésta, al realizar las funciones que le son propias, garantiza los presupuestos para el libre desarrollo del individuo<sup>24</sup>. Del mismo modo el medio ambiente no puede ser considerado como un bien jurídico en sí: éste sólo adquiere su condición de

<sup>19</sup> HASSEMER (supra, nota 8), previo al § 1, núm. marg. 287 ss. (diciembre de 1995).

<sup>20</sup> HASSEMER (supra, nota 8), previo al § 1, núm. marg. 288 (diciembre de 1995).

<sup>21</sup> HEFENDEHL (supra, nota 7), § 2 IV.

<sup>22</sup> GRAUL, "Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht", Berlín, 1991, p. 67 nota 257.

<sup>23</sup> MIR PUIG, siguiendo a CALIESS, en "Introducción a las bases del Derecho Penal", Barcelona, 1976, p. 140.

<sup>24</sup> HEFENDEHL (supra, nota 7), § 3 III.



bien jurídico por la función que ejerce para la persona, cuya autorrealización se antoja difícil sin la protección directa e inmediata del ambiente en que se encuentra<sup>25</sup>.

**3. a) Un uso correcto del concepto de bien jurídico ha de conducirnos a desenmascarar aparentes bienes jurídicos que en realidad no lo son.** Si tomamos el caso del Derecho Penal en el ámbito de las drogas, en esta parcela se dice que lo que se protege es la Salud Pública, un bien jurídico colectivo. Pero tras un análisis detenido puede afirmarse que la salud pública no es ni más menos que la salud de todos los miembros de la sociedad. No se trata de un bien jurídico colectivo sino de la suma de bienes jurídicos individuales<sup>26</sup>. Este descubrimiento tiene efectos decisivos, puesto que sobre un bien jurídico individual puede el propio titular del mismo disponer y decidir. La decisión de una persona de llevar una vida "insana" no justifica la intervención del Derecho Penal; el pensamiento paternalista debe permanecer ajeno a las reflexiones en torno a los bienes jurídicos.

b) Si analizamos la protección del crédito como parte integrante del orden socioeconómico, podemos darnos cuenta rápidamente de que las funciones del crédito económico no pueden representar en ningún momento un bien jurídico colectivo, sino que considerarlas así supone más bien otorgar una protección complementaria para la actividad de los bancos<sup>27</sup>. Sabiendo esto podemos preguntarnos: ¿es realmente el Derecho Penal un instrumento idóneo, necesario y proporcionado para la protección de este (aparente) bien jurídico?

**c) Tendríamos que ser prudentes en este punto e intentar en la medida de lo posible la erradicación del ordenamiento penal de los bienes jurídicos aparentes.** Siempre que se oiga que un tipo delictivo debe proteger la validez del ordenamiento jurídico, la seguridad colectiva o el orden público o la seguridad del tráfico, debería colocarse junto a éstos una luz roja de alarma. ¿Qué es realmente la seguridad del tráfico? En nuestra opinión es simplemente la protección de los bienes jurídicos individuales (como la vida o la salud) de los participantes en el tráfico automovilístico. No se trata, pues, de un bien jurídico colectivo.

<sup>25</sup> DE LA MATA BARRANCO, "Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa: Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita", Barcelona, 1996, p. 57; LACKNER/KÜHL, "Kommentar zum Strafgesetzbuch", 23ª ed., Múnich, 1999, previo al § 324, núm. marg. 7.

<sup>26</sup> HEFENDEHL (supra, nota 7), § 4 V 2; HAFFKE, "Drogenstrafrecht", ZStW 107 (1995), pp. 761, 780 ss.

<sup>27</sup> LAMPE, "Der Kreditbetrug (§§ 263, 265 b StGB)", Berlín, 1980, pp. 39 ss.

II. Ya he mencionado anteriormente el caso del Derecho Penal Ambiental. En el caso de la criminalización de conductas contaminantes para el medio acuático, recapitularemos en torno a ésta los distintos aspectos tratados en la ponencia. El bien jurídico protegido no puede venir dado por el agua como un valor en sí mismo, sino en su función con respecto al ser humano y en su vinculación con sus necesidades existenciales. Se trata de un bien jurídico colectivo y por ello nadie puede ser excluido de su uso o aprovechamiento. Pero si verificamos la característica de "no rivalidad en el consumo" propia de los bienes jurídicos colectivos encontramos que, dentro de éstos, en relación con los ambientales, de forma diferente al caso citado de la seguridad del Estado, nadie puede hacer un uso del medio ambiente que no implique un cierto desgaste de éste. Estamos ante caso especial, ante bienes jurídicos colectivos "consumibles". Los bienes jurídicos consumibles y socialmente relevantes se tratan, además, esencialmente de bienes descriptivos. Éstos se diferencian del resto de bienes supraindividuales en que encarnan este bien y al mismo tiempo son *directamente* tangibles y "modificables" físicamente. Desde el punto de vista de la analítica del lenguaje esta categoría de bienes tienen como objeto los denominados hechos naturales, que vienen definidos desde un plano alejado e independiente de planteamientos jurídicos y sociales<sup>28</sup>. Los bienes ecológicos (medio terrestre, medio acuático, etc.) responden a esta características y por ello no se tratan de construcciones normativas sino de realidades materiales perceptibles.

III. 1. Demostrar lo expuesto en el epígrafe anterior puede suponer ya un paso importante, logrado a través de una precisa conceptualización. Ello nos facilita la búsqueda de la estructura delictiva adecuada. Ya llegamos anteriormente a la conclusión de que tanto los delitos de lesión como los de peligro concreto no nos podían ayudar mucho. Lo veremos en otro ejemplo: si un individuo arroja cinco litros de aceite usado en el cauce de un río, no sufrirá el agua en su función referida al hombre lesión alguna, tampoco podremos hablar de un peligro concreto que requiera implícitamente que la lesión no se haya producido sólo a raíz de una mera casualidad ¿Cuál podría ser aquí la casualidad? Sólo nos quedaría comprobar la idoneidad de la estructura del delito de peligro abstracto, que ya antes tachamos de imprecisa y vaga: no sabemos realmente por qué se habla de la existencia de un peligro abstracto. La verdadera razón que determina su criminalización se basa más bien en la idea de la acumulación, y ésta parte del planteamiento de que la sucesión de acciones individuales que no amenacen gravemente el medio ambiente, no merecedoras por tanto de una sanción penal,

<sup>28</sup> SEARLE, "Sprechakte", Frankfurt/M., 1971, pp. 78 ss.

producidas en gran número, generan como consecuencia un perjuicio grave para la calidad de las aguas<sup>29</sup>.

**2. La idea de la acumulación nos sirve de equivalencia material a la relación que en el seno de la causalidad lesiva, ha de darse entre acción y bien jurídico.** Precisamos de esta equivalencia puesto que, afirmada la condición de objeto del mundo real sometido a las leyes físicas del bien jurídico, éste ha de sufrir una modificación consecuencia de una conducta humana. La idea de la acumulación puede, a su vez, aplicarse fácilmente en el ámbito de los delitos medioambientales, puesto que los bienes ecológicos o recursos naturales representan finalmente bienes jurídicos y no es problemático imaginar, a mayor o menor plazo, la existencia de un riesgo por la acumulación de conductas.

3. Mediante este proceso deben ser analizados cada uno de los tipos que protejan bienes jurídicos colectivos. Desde nuestra postura, **se hace necesaria en todos los casos una explicación clara acerca de cómo acción típica y bien jurídico se conectan o relacionan.** La idea de la acumulación es un ejemplo válido en esta línea. Para otros ejemplos similares en otras áreas de intervención penal no disponemos de espacio en estos breves apuntes sobre el tema, remitiendo a la monografía recientemente publicada que trata con amplitud la cuestión de "Los bienes jurídicos colectivos en el Derecho Penal".

## **E. Problemas que quedan sin resolver.**

I. Desgraciadamente con todo lo expuesto no resolvemos todas las dudas y problemas planteables a la teoría del bien jurídico en la dogmática penal, puesto que fuera de los supuestos analizados quedarían ejemplos como la protección penal de la flora y la fauna y la criminalización del doble matrimonio. En Alemania, como en España, se condena el exterminio de especies animales y vegetales protegidas y el hecho de contraer matrimonio en más de una ocasión. A primera vista, ambos ejemplos no se parecen en nada, pero desde un determinado enfoque resultan muy semejantes: ambos tipos delictivos carecen de bien jurídico protegido en un sentido estricto y en ambos casos estamos prácticamente seguros de que no queremos renunciar a la intervención del Derecho Penal en dichos ámbitos. No puede alegremente proclamarse la vida de una rara especie animal o vegetal como un bien jurídico a proteger penalmente, pues la función principal del Derecho Penal es la prevención de conductas que comporten un menoscabo importante de bienes considerados esenciales para la convivencia en sociedad

<sup>29</sup> KUHLEN, "Umweltstrafrecht– auf der Suche nach einer neuen Dogmatik", ZStW 105 (1993), pp. 697, 716.

humana y ésta se verá amenazada cuando se lesione un bien jurídico relacionado con uno de sus miembros<sup>30</sup>. Tampoco podemos afirmar en el caso de la prohibición de doble matrimonio de que estemos ante un bien jurídico protegido. Aunque encontremos habitualmente posturas en la doctrina que afirmen la condición de bien jurídico del único matrimonio, se trata de construcciones tautológicas vacías con un fundamento aparente<sup>31</sup>.

**II. Puede afirmarse por otro lado sin reparo que existen tipos delictivos que carecen de un bien jurídico protegido.** Con esto hemos de conformarnos pero tener el cuidado de no perder en este progreso social la idea de la función protectora de bienes jurídicos que ha de tener el sistema punitivo. Únicamente puedo dejar indicada nuestra postura al respecto: el legislador penal no desborda sus competencias en aquellos casos en que, sin brindar tutela a una moral mayoritaria que suponga una intolerancia frente a los que simpaticen con otras posturas, se limita a penalizar las conductas contrarias a bases culturales profundamente enraizadas<sup>32</sup> conciliables con el orden constitucional del Estado.

## F. Resumen

Para culminar estos breves apuntes, forzosamente incompletos sobre un tema de tal magnitud, recapitularé sobre lo expuesto: me he ocupado del concepto de bienes jurídicos colectivos y de la categoría del delito de peligro abstracto. Normalmente se trabaja en la Universidad con el Código Penal en la mano y no es corriente preguntarse por qué el legislador ha creado un determinado nuevo tipo delictivo. Por otro lado debemos recordar el papel fundamental que el Derecho Penal juega en nuestra sociedad. El legislador no ha quedado inmóvil en la llamada sociedad de riesgo<sup>33</sup> y ha creado diferentes amenazas penales en el ámbito de la criminalidad organizada, los delitos económicos, los ambientales. Pero para que el Derecho Penal siga manteniendo una posición social importante, debe mantener en su avance firmes y claras las estructuras que ha venido utilizando, sin acudir a bienes jurídicos aparentes y a un adelantamiento de las barreras de protección a estadios anteriores al de la acción típica. Es nuestro

<sup>30</sup> HEFENDEHL, "Die Strafvorschriften im Naturschutzrecht; oder: Warum das Strafrecht für den Schutz der Natur nicht prädestiniert ist", *Natur und Recht* 2001.

<sup>31</sup> Véase como ejemplo LACKNER/KÜHL, "Kommentar zum Strafgesetzbuch", 21ª ed., Múnich, 1995, §172, núm. marg. 1; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, "Kommentar zum Strafgesetzbuch", 26ª ed., Múnich, 2001, § 172, núm. marg. 1.

<sup>32</sup> De forma parecida STRATENWERTH, "Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?", *ZStW* 105 (1993), pp. 679, 694.

<sup>33</sup> Sobre el concepto de sociedad de riesgo (*Risikogesellschaft*) ver BECK, "Risikogesellschaft", Frankfurt/M., 1991, así como PRITTWITZ, "Strafrecht und Risiko", Frankfurt/M., 1993.

deber detectar estos errores político-criminales y señalarlos claramente. Nuestra crítica no sea quizá escuchada, pero debemos asumir nuestra condición de idealistas.

## **RESUMEN**

## **PALABRAS CLAVES**

Fecha de publicación en RECPC: 25 de julio de 2002