

*Los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal**

Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales

Por Elky A. Villegas Paiva

1. La sociedad del riesgo y su influencia en el derecho penal como marco de la cuestión

La sociedad actual se torna cada vez más compleja debido a un marco económico rápidamente cambiante y al extraordinario desarrollo tecnológico, sin comparación en la historia; precisamente ese mismo desarrollo técnico, en su faz negativa, ha ocasionado que esté cubierta de nuevas y grandes fuentes de peligro razón por la cual ha sido denominada, desde un enfoque sociológico, como una “sociedad del riesgo”¹, cuya característica principal consiste en que el progreso técnico y los riesgos crecientes van de la mano. Estos nuevos riesgos ocasionan daños globales, no delimitables espacio-temporalmente, y son mayormente irreparables²; afectando masivamente a los seres humanos, sin exclusión, en los diferentes puntos del planeta.

Ejemplos de la situación generalizada de peligro al que todos nos hallamos expuestos serían el agujero de la capa de ozono, los cambios climáticos, el efecto invernadero, la abrasión y desertización, la muerte lenta de los bosques, cuyas causas y efectos solamente pueden ser entendidos considerándolos globalmente³. Estos peligros, además de la amenaza nuclear o la contaminación química, demuestran que el riesgo es “democrático”: afecta democrática e igualitariamente a ricos y po-

* Extraído del artículo publicado en la revista electrónica “Derecho Penal”, Université de Fribourg (www.unifr.ch/ddp1/derechopenal). [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Expresión acuñada por Beck, señala que “Estamos en la ‘sociedad del riesgo’, es decir, rodeados de efectos destructivos de la industria que se abaten sobre nosotros hiriendo de muerte a muchos de nuestros símbolos culturales más importantes (árboles que mueren poco a poco, focas que se extinguen, agua potable contaminada). La esfera de lo privado salta hecha pedazos, ante nosotros se abren las tinieblas de una vuelta atrás, todo ello adornado y justificado por decisiones de alto nivel, por estrategias de mercado mundial, por experimentos de laboratorio, y justificado también desde los medios de comunicación... la ‘sociedad del riesgo’ es la época del industrialismo en la que los hombres han de enfrentarse al desafío que plantea la capacidad de la industria para destruir todo tipo de vida sobre la tierra” (Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1998 y *La irresponsabilidad organizada*, disponible en <http://perso.gratisweb.com/carlosmanzano/Beck01.htm>, 2000).

² Se suelen distinguir, en doctrina, tres modalidades de riesgos: a) los riesgos tradicionales, individuales, imputables y limitados en el tiempo; b) los riesgos del estado industrial, colectivos, soportables y soportados solidariamente por la sociedad, y c) los nuevos riesgos, que serían los descriptos de la sociedad de riesgos, ilimitados espacio-temporalmente, globales e insoportables por sistemas de reparación colectiva. De La Cuesta Aguado, Paz, *Sociedad del riesgo y derecho penal*, en Reyna Alfaro, Luis M. (coord.), “Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa”, Lima, Ara Editores, 2005, p. 167.

³ Reconoce esta situación Herzog, Felix, *Límites al control penal de los riesgos sociales. Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro*, “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, t. XLVI, fasc. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, p. 318.

bres, a diferencia del hambre que es jerárquico⁴; la sociedad del riesgo no es “exclusiva” de los países desarrollados, sino que también aqueja a los países en vías de desarrollo⁵, las distancias desaparecen, los peligros de la sociedad del riesgo son fenómenos a escala mundial⁶.

En esta perspectiva De La Cuesta Aguado ha señalado que “La extensión de los riesgos se da en un doble frente: individual y mundial. En el frente individual, el sujeto vive inmerso en situaciones de riesgo para su salud y su vida generadas por las decisiones de terceros; en el frente mundial, el riesgo se globaliza y desaparecen las fronteras y los Estados frente al enorme potencial destructor del riesgo”⁷.

Estos nuevos riesgos –en cuanto a sus grandes dimensiones– son comparables a las catástrofes naturales, pero a diferencia de éstas, son dependientes de decisiones y actuaciones humanas⁸, por lo que son en principio dominables, lo que hace presumir que serían susceptibles de una cierta conducción a través del derecho; así surge la noción de acudir al derecho penal como medio adecuado y necesario para contrarrestar los nuevos riesgos. En este sentido se asevera que “el único instrumentario que tiene la posibilidad de poner en relación valorándolas las ventajas y desventajas de correr riesgos, así como de conducirlos a cauces reguladores es el derecho. De ahí que se invoque al derecho penal cuando hay que asegurar mediante sanciones la observancia de los valores límite para los riesgos socialmente tolerados”⁹.

⁴ Véase Beck, *La irresponsabilidad organizada*, en <http://perso.gratisweb.com/carlosmanzano/Beck01.htm>. De La Cuesta Aguado, *Sociedad del riesgo y derecho penal*, p. 163.

⁵ Según la Organización Mundial de la Salud (OMS) “Se calcula que la contaminación atmosférica provoca al año cerca de dos millones de muertes prematuras en todo el mundo. Más de la mitad de esta carga es soportada por la población de los países en desarrollo”, disponible en: www.who.int/mediacentre/news/releases/2006/pr52/es/.

⁶ Robles Salgado, Francisco, *La modernidad “irresponsable”: La comunicación de la “irresponsabilidad organizada” en sociedades de riesgo*, “Revista Mad”, n° 13, Santiago, Universidad de Chile, 2005, p. 8 y 9.

⁷ De La Cuesta Aguado, *Sociedad del riesgo y derecho penal*, p. 162 y 163.

⁸ Por ello se sostiene que los nuevos riesgos son artificiales, es decir los riesgos a los que estamos expuestos los ciudadanos, son de procedencia humana, de las decisiones que adoptan otros conciudadanos en el manejo de los avances técnicos en la industria, la biología, la genética, la energía nuclear, el ambiente natural, la salud pública, la informática, etcétera. Entonces el primer factor de inseguridad en la sociedad del riesgo es el propio hombre.

⁹ Kindhäuser, Urs, *Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal*, disponible en www.indret.com, 2009.

Hechos como los acontecidos en las catástrofes de Chernobil¹⁰, Bhopal¹¹, o los casos de Contergan¹², aceite de colza¹³, y otros muchos productos de la desenfren-

¹⁰ Un ejemplo de contaminación a gran escala ha sido la catástrofe de Chernobyl donde el 26 de abril de 1986 se produjo la explosión de uno de los reactores de la central nuclear. La cantidad de material radiactivo liberado, que se estimó fue unas 500 veces mayor que la liberada por la bomba atómica arrojada en Hiroshima en 1945. Causó directamente la muerte de 31 personas (28 de ellas debido a la exposición directa a la radiación. La mayoría eran bomberos y personal de rescate que participaban en los trabajos par controlar el accidente), forzó al gobierno de la Unión Soviética a la evacuación de unas 135.000 personas y provocó una alarma internacional al detectarse radiactividad en diversos países de Europa septentrional y central. Además de las consecuencias económicas, los efectos a largo plazo del accidente sobre la salud pública han recibido la atención de varios estudios. Aunque sus conclusiones son objeto de controversia, sí coinciden en que miles de personas afectadas por la contaminación han sufrido o sufrirán en algún momento de su vida efectos en su salud. Se prevé que la mayoría de muertes prematuras causadas por el accidente de Chernobil sean el resultado de cánceres y otras enfermedades inducidas por la radiación durante varias décadas después del evento. Una gran población (algunos estudios consideran la población completa de Europa) fue sometida a dosis de radiación relativamente bajas, incrementando el riesgo de cáncer (según el modelo lineal sin umbral). Muchas estimaciones indican que la cantidad de muertes adicionales será demasiado pequeña para ser estadísticamente detectable (p.ej., si 1 de cada 5.000 personas muriese debido al accidente, en una población de 400 millones habría 80.000 víctimas mortales debidas al accidente, estadísticamente indetectables), http://es.wikipedia.org/wiki/Accidente_de_Chern%C3%B3bil.

¹¹ El desastre de Bhopal, ocurrido el 3 de diciembre de 1984 en la región de Bhopal (India), se originó al producirse una fuga de 42 toneladas de isocianato de metilo en una fábrica de pesticidas propiedad de la compañía estadounidense Union Carbide (parte de cuyos activos fueron posteriormente adquiridos por Dow Chemical). El accidente se produjo al no tomarse las debidas precauciones durante las tareas de limpieza y mantenimiento de la planta, lo que hizo que el agua a presión utilizada y los cristales de cloruro sódico y restos metálicos y otras impurezas que la misma arrastraba, entrasen en contacto con el gas almacenado, iniciando una reacción exotérmica que provocó el estallido por sobrepresión de las válvulas de seguridad de los tanques y con ello la liberación a la atmósfera del gas tóxico. Se estima que entre 6.000 y 8.000 personas murieron en la primera semana tras el escape tóxico y al menos otras 12.000 fallecieron posteriormente como consecuencia directa de la catástrofe, que afectó a más de 600.000 personas, 150.000 de las cuales sufrieron graves secuelas. Además, perecieron miles de cabezas de ganado y animales domésticos y todo el entorno del lugar del accidente quedó seriamente contaminado por sustancias tóxicas y metales pesados que tardarán muchos años en desaparecer. La planta química fue abandonada tras el accidente y Union Carbide nunca respondió por los daños causados, http://es.wikipedia.org/wiki/Desastre_de_Bhopal.

¹² La empresa farmacéutica alemana “Chemie Grünertal” introdujo al mercado un medicamento (tranquilizante) denominado “Contergan”, cuyo componente esencial era la talidomina. Este producto fue prescrito con mucha frecuencia entre los años 1957 y 1961 a mujeres embarazadas, produciéndose más de 10.000 casos de abortos y graves daños en los sistemas óseos de los recién nacidos, que morían al poco tiempo o sobrevivían con serias malformaciones, focomelias o extremidades en forma de foca, y lesiones irreversibles. Hassemer, Winfried - Muñoz Conde, Francisco, *La responsabilidad penal por el producto en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 129 a 131; Caro Coria, Dino, *Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos*, en “Imputación objetiva, delitos sexuales y reforma penal”, México, UNAM, 2002, p. 1 y 2; Reyna Alfaro, Luis M., *La responsabilidad por productos defectuosos en el derecho penal*, “Actualidad Jurídica”, n° 134, Lima, Gaceta Jurídica, 2005, p. 81.

¹³ En mayo de 1981 surge una epidemia inicialmente localizada en Torrejón de Ardoz y Madrid, que luego se extendería por otras zonas de España, ocasionando lesiones que se relacionaban con una neumonía intersticial, deduciéndose, por ende, que se trataba de una enfermedad por vía respiratoria, denominándosele inicialmente “neumonía atípica”. Aunque al surgir el brote se manejó la versión de un accidente con armas bacteriológicas en la base militar norteamericana de Torrejón de Ardoz, poco a poco fue agudizándose las sospechas de la existencia de una intoxicación alimentaria, para finalmente concluirse que la enfermedad se encontraba relacionada con el consumo de aceites sin marca, distribuidos ambulatoriamente. El aceite de colza, un óleo comestible, era importado legalmente –principalmente de Francia– por empresas aceiteras, exigiéndose sin embargo, que se

nada carrera por dominar nuevas técnicas, como el crear nuevas armas, o en el caso de la manipulación genética, son suficientemente representativos de la configuración de la sociedad actual como una “sociedad del riesgo” y a la vez sirven de fundamento para la reflexión teórica en torno a la característica de estos riesgos, sus efectos presentes y futuros y la posible y necesaria intervención jurídico-penal.

La noción de acudir al derecho penal para contrarrestar los nuevos riesgos ocasionados por el hombre para evitar la lesión o puesta en peligro de intereses vitales para la sociedad, se basa también en el entendimiento de que el desarrollo científico y tecnológico, el afianzamiento de los medios de comunicación y la integración de los mercados, dan origen a nuevas formas de criminalidad, más sofisticada, “ajustada” –en palabras de Pariona Arana¹⁴– a estos nuevos tiempos, una criminalidad que hace uso de la tecnología, conocimientos científicos y modernas formas de organización. Así tenemos una criminalidad organizada, una criminalidad informática, una criminalidad cometida al amparo del ejercicio del poder, una criminalidad económica, entre otras formas de manifestación¹⁵.

Lo descrito en las líneas precedentes ha dado lugar a la llamada “expansión del derecho penal”, es decir, aquel fenómeno por el cual el derecho penal ha pasado, a intervenir en ámbitos que anteriormente no eran objeto de regulación penal, o bien a ampliar los supuestos típicos en aquellas esferas donde ya intervenía con anterioridad¹⁶. Esta expansión ha generado un intenso debate, sobre lo razonable e irrazonable de la misma, y por ende sobre la legitimidad o no del moderno derecho penal.

destinase sólo para la actividad industrial, de modo que, para asegurarse el no desvío para el consumo de boca, se desnaturalizaba los respectivos caracteres organolépticos del aceite, agregándose entre otros productos, anilina al 2%. Este elemento no alteraba el aspecto, color, olor ni sabor del aceite; empero el carácter venenoso de la substancia era ampliamente conocido por los empresarios y técnicos aceiteros. Desde 1980, la empresa “Rapsa”, dedicada a la importación desde Francia de aceite de colza para su posterior venta a empresas del sector siderúrgico, incrementa de manera considerable, los niveles de importación de aceite de colza, principalmente destinado a la empresa “Raelca” que refinaba el aceite y lo distribuía ambulatoriamente en muchas regiones de España, lo que habría dado lugar a no menos de 330 muertes y 15.000 afectados. Hassemmer - Muñoz Conde, *La responsabilidad penal por el producto en derecho penal*, p. 49 y ss.; Caro Coria, *Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos*, p. 3; Reyna Alfaro, *La responsabilidad por productos defectuosos en el derecho penal*, p. 82.

¹⁴ Pariona Arana, Raúl, *Aproximaciones al derecho penal económico. Del nacimiento de un nuevo derecho penal a una aproximación crítica*, en Reyna Alfaro, Luis M. (coord.), “Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa”, Lima, Ara Editores, 2005, p. 259.

¹⁵ Pariona Arana, *Aproximaciones al derecho penal económico. Del nacimiento de un nuevo derecho penal a una aproximación crítica*, p. 260.

¹⁶ Un enfoque crítico de la tendencia expansionista lo desarrolla Jesús M. Silva Sánchez. Este autor señala que la “creación de nuevos ‘bienes jurídico-penales’, ampliación de los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político criminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término ‘expansión’” (*La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 20 y siguientes). En sentido similar, sobre lo que se debe entender por expansión del derecho penal, Prittitz, Cornelius, *Sociedad del riesgo y derecho penal*, en Arroyo Zapatero, Luis - Neumann, Ulfrid - Nieto Martín, Adán (coords.), “Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo”, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 262.

La mencionada polémica suscitada sobre los postulados de extender el derecho penal a nuevos ámbitos generadores de importante lesividad social y que hasta ahora no habían estado sometidas a la intervención del *ius puniendi*, debe diferenciarse de aquellas otras propuestas que propugnan un modelo penal securitario, que en nada tiene que ver con los riesgos tecnológicos, o las nuevas formas de criminalidad propias de la sociedad del riesgo, pero que ha logrado encubrir sus contenidos, al integrar su análisis y presentar sus propuestas como un aspecto más del fenómeno de la expansión del derecho penal vinculada a la consolidación de la moderna sociedad del riesgo cuando en realidad, en lo referente a las áreas de intervención como a la naturaleza de ésta, inciden sobre la delincuencia clásica (violencia doméstica, acoso sexual, delitos contra la libertad sexual en general, y la delincuencia patrimonial convencional) y se limitan a exacerbar o “sobrepenalizar” medidas punitivas hace tiempo conocidas, y es en este sector, donde priman los efectos simbólicos del derecho penal.

En este sentido –como ha resaltado Díez Ripollés¹⁷– las vías de acceso del discurso de la seguridad ciudadana al discurso de la sociedad del riesgo vienen constituidas en su mayor parte por una serie de equiparaciones conceptuales que, basándose en la equivocidad de ciertos términos, tratan como realidades idénticas unas que presentan caracteres muy distintos e incluso contrapuestos, que se aluden dos fuentes de riesgo radicalmente distintas en su origen. Así, se afirma que la criminalidad de los socialmente excluidos, es decir la delincuencia clásica, constituye la dimensión no tecnológica de la sociedad del riesgo, de forma que, por ejemplo, la anticipación de la tutela penal se justifica tanto por la necesidad de reaccionar con estructuras de peligro a las nuevas formas de criminalidad como por la urgencia de actuar contra la desintegración social y la delincuencia callejera que originan los marginados sociales. Asimismo, se establece una ecuación de igualdad entre el sentimiento de inseguridad ante los nuevos riesgos masivos que desencadena el progreso tecnológico, y el sentimiento de inseguridad callejera ligado al miedo a sufrir un delito en el desempeño de las actividades cotidianas¹⁸.

En el campo del modelo penal securitario el concepto de expansión deja ya de referirse a las nuevas formas de criminalidad propias de la sociedad del riesgo, las cuales, pasan a ocupar, dentro del nuevo concepto de expansión, un lugar marginal, tanto cuantitativa como cualitativamente. Se abre el camino a la justificación “moder-

¹⁷ Díez Ripollés, José L., *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado*, “Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología”, n° 7, 2005, en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>, p. 10.

¹⁸ En esta perspectiva véase, Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 28 a 31, 104 a 109. Criticando esta postura Díez Ripollés sostiene: “Equiparar los riesgos derivados del uso de las nuevas tecnologías con aquellos asentados en la vida cotidiana como consecuencia de la creciente presencia de bolsas de desempleo y marginación social supone aludir a dos fuentes de riesgo radicalmente distintas en su origen, agentes sociales que las activan, naturaleza objetiva y subjetiva de los comportamientos, y consecuencias nocivas producidas. Su vinculación, más allá de que pueden ambas dar lugar a conductas delictivas, se sustenta únicamente en la amplitud semántica del término riesgo, pero no parece estar en condiciones de rendir frutos analíticos. Los peligros que conlleva esa disposición a trasladar conceptos de un contexto a otro explica igualmente la ausencia de deslinde suficiente entre lo que es una criminalidad organizada llevada a cabo por bandas profesionalizadas de extranjeros y la criminalidad de inmigrantes derivada de su inestabilidad social y económica” (*De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado*, p. 11).

na” de las cada vez más frecuentes decisiones político-criminales que concentran sus esfuerzos en un incremento de la punición de ciertos tipos de delincuencia clásica, delincuencia hace ya mucho tiempo incorporada a los códigos penales. Por lo que, en este sector, cabría hablar con más precisión de una mayor intensidad del derecho penal que de una expansión propiamente dicha, o entender en todo caso que la idea de expansión ha dejado de ser extensiva para ser intensiva¹⁹.

En los párrafos precedentes hemos mencionado, simplifícadamente, las diferencias sustanciales entre el derecho penal securitario y el modelo expansionista, este último en su concepción genuina, con la finalidad de, por un lado, tener en cuenta y por ello, prevenir, la instrumentalización que está haciendo el modelo securitario sobre el debate justificado por centrar los esfuerzos del derecho penal en nuevos ámbitos necesitados de su intervención, y por otro, precisamente, poder ocuparnos de este último aspecto.

Entrando de lleno al tema principal de este trabajo, acabo de señalar que existen nuevos ámbitos necesitados de la intervención penal, es decir soy de la idea que existen nuevas realidades o nuevas valoraciones de realidades preexistentes que ameritan una protección penal efectiva, por lo que resulta necesario una cierta y siempre racional expansión del derecho penal, debido a las transformaciones que la sociedad va experimentando, ya que el derecho penal no es estático, sino que es un fenómeno histórico-cultural sujeto al devenir²⁰, por lo tanto, sujeto a las transformaciones del quehacer humano. Se debe entender que el derecho en general (y por tanto también el derecho penal) es variable y dinámico debido a factores externos de carácter social, político y cultural que van a supeditar la presencia de un ordenamiento jurídico determinado. El derecho acompaña la evolución de la sociedad, ofreciendo o buscando ofrecer respuestas a los problemas que surgen con las transformaciones o cambios que suceden de manera incesante en la sociedad, de manera que esté listo para actuar cuando los demás medios de control social fallen.

Ciertamente uno de estos nuevos ámbitos, es el referido a los bienes jurídicos de la colectividad. En medio del contexto señalado (donde se suelen confundir ambas tendencias: modernización del derecho penal con aquel otro derecho penal de la seguridad ciudadana), en el cual al moderno derecho penal se le acusa de adolecer de una crisis de legitimidad²¹, uno de los debates dogmáticos y político-criminales más intensos en los últimos años es acerca de la admisibilidad de que los bienes colectivos ya tutelados jurídicamente, deban ser también protegidos por el derecho penal, tema en el que centraremos nuestro análisis.

¹⁹ Díez Ripollés, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado*, p. 13.

²⁰ Fernández Carrasquilla, Juan, *El problema de la enseñanza del derecho penal*, en “Pensamiento penal moderno”, Bogotá, Universidades Externado y Del Rosario, 1991, p. 14.

²¹ Las críticas vienen sobre todo de los autores pertenecientes a la denominada “Escuela de Frankfurt”, véanse: Hassemmer, Winfried, *Rasgos y crisis del derecho penal moderno*, “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, t. XLV, fasc. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1992, p. 235 y ss., y *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, en “Pena y Estado”, Santiago, Conosur, 1995, p. 32 a 36; Herzog, Felix, *Algunos riesgos del derecho penal del riesgo*, “Revista Penal”, n° 4, Barcelona, Praxis, 1999, p. 54 y ss., y *Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo, perspectivas más allá del derecho penal*, en Arroyo Zapatero, Luis - Neumann, Ulfrid - Nieto Martín, Adán (coords.), “Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo”, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 249 y siguientes.

2. El discurso de resistencia

En el derecho penal contemporáneo, todavía existe consenso mayoritario en que éste tiene por misión la protección de bienes jurídicos. En este terreno el campo de acción de todo precepto jurídico penal puede estar referido al resguardo e intereses de contenido individual o colectivo, estamos frente a lo que la dogmática denomina “bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos”.

Para la delimitación entre bienes jurídicos individuales y colectivos se adopta el concepto de “no distributividad”²², por el cual 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, no pueden ser detentados individualmente. Todo bien jurídico colectivo se caracteriza por poder ser disfrutado por cada miembro de la sociedad, de tal manera que nadie puede ser excluido en su uso, ni tampoco existe una rivalidad en el consumo, es decir el uso o disfrute de ese bien por un individuo no perjudica ni impediría que otro individuo haga lo mismo. Por ello no es posible relacionarlo en todo o en parte a un único sector de ésta. De la seguridad en el tráfico monetario, así como de la seguridad interior del Estado se beneficia cada ciudadano en igual medida. Los bienes jurídicos colectivos poseen una titularidad compartida por el conjunto de la sociedad²³.

En la doctrina penal se viene discutiendo intensamente sobre la legalidad de estos últimos bienes jurídicos, toda vez que cierto sector doctrinal considera que estos intereses constituyen una clara muestra del carácter expansionista –injustificado– del derecho penal, lo que provoca un abandono del núcleo del derecho penal mínimo y una ruptura con los principios de mínima intervención y *ultima ratio*, hecho que se ha convertido en una característica predominante del derecho penal contemporáneo. Se piensa que la irrupción de los bienes jurídico-penales colectivos está haciendo temblar los cimientos garantistas que caracterizaban al derecho penal liberal.

El planteamiento crítico sostiene que el moderno derecho penal se ha ido alejando de un modelo tendiente a la protección exclusiva de bienes altamente personales –como la vida, la integridad física, la libertad, etc.– para convertirse en un derecho penal de mayor intervención en la esfera del ciudadano²⁴, que se manifiesta en el aumento de las conductas penalmente tipificadas con el fin de proteger bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, que no son más que objetos ficticios de tutela²⁵, carentes de materialización²⁶, ya que son excesivamente amplios e indetermi-

²² Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2ª ed., Barcelona, Gedisa, 2004, p. 186 y 187.

²³ Soto Navarro, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Comares, 2003, p. 194. Santana Vega, Dulce M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 194.

²⁴ Hassemer, *Rasgos y crisis del derecho penal moderno*, p. 241 y 242.

²⁵ Moccia, Sergio, *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales*, en Silva Sánchez, Jesús M. (edit.), “Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin”, Barcelona, Bosch, 1997, p. 116.

²⁶ Mendoza Buergo, Blanca, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001, p. 68.

nados, es decir serían intereses de vaga configuración²⁷, razón por lo cual para su protección penal, específicamente para determinar su injusto, se emplea, recurrentemente, la técnica de los delitos de peligro, especialmente de peligro abstracto²⁸. Así el derecho penal moderno concreta su tendencia expansiva en la ampliación del derecho penal preventivo con un acentuado adelantamiento de la protección penal²⁹, entendido este adelantamiento como un “modo de actuación penal ilegítimo porque no respeta los límites impuestos por el principio de ofensividad: se prevé una intervención penal contra conductas que no representan un ataque con suficiente entidad objetiva al bien jurídico tutelado”³⁰.

Se aprecia, entonces, que sumado a los problemas de concreción (contenido material) del objeto jurídico, se tiene que las pretensiones de eficacia normalmente precisan el uso de técnicas de tipificación que finalmente pueden quebrantar los principios básicos del derecho penal liberal, considerados como irrenunciables, lo que sucede, por ejemplo –como indica Caro Coria³¹–, con el recurso a las normas penales en blanco o a los tipos de peligro abstracto, fórmulas generalmente enfrentadas con los principios de determinación y reserva en el primer caso, y al de lesividad en el segundo supuesto.

En lo que sigue de este trabajo, analizaré los diferentes aspectos referidos sobre los bienes jurídicos colectivos, con el objetivo de relativizar algunas de las críticas recién mencionadas, pues considero que muchos de estos argumentos carecen de una concreción firme, así porque creo también que resulta necesaria la intervención del derecho penal en estos intereses jurídicos, diferentes de los tradicionales, debido a la ineficacia de los demás instrumentos de control social; sin perder de vista, claro está, las directrices que se deben respetar en todo Estado constitucional de derecho.

3. Acerca del origen de los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal

Si bien es cierto que el derecho penal liberal, en orden a privilegiar la esfera de la libertad, fue modulado principalmente, como instrumento de protección de los lla-

²⁷ Hassemer, Winfried, *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*, “Doctrina Penal”, n° 45 a 48, 1989, p. 280 y ss.; *Perspectivas del derecho penal del futuro*, “Revista Penal”, n° 1, Barcelona, Praxis, 1998, p. 37 y *Rasgos y crisis del derecho penal moderno*, p. 241 y 242. Mendoza Buergo, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, p. 44 y 75.

²⁸ Hassemer, *Rasgos y crisis del derecho penal moderno*, p. 242. Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 121.

²⁹ Lo resalta Mendoza Buergo, Blanca, *Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del derecho penal*, “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, t. 52, Madrid, Ministerio de Justicia, 1999, p. 281. En igual sentido Moccia, *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales*, p. 115.

³⁰ Fuentes Osorio, Juan L., *Formas de anticipación de la tutela penal*, “Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología”, n° 8, 2006, en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf>, p. 1 y 2. Véase también Sánchez García de Paz, María I., *El moderno derecho penal y la anticipación de tutela penal*, Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999.

³¹ Caro Coria, Dino, *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, Lima, Gráfica Horizonte, 1999, p. 293 y 294.

mados “bienes jurídicos individuales”³². Sin embargo, no se circunscribió a la tutela de aquéllos, sino que, también brindó protección a bienes colectivos³³ (fe pública, Administración de justicia, seguridad del Estado), en tal sentido éstos no son nuevos en la teoría del delito, pues están ligados al nacimiento mismo del concepto de bien jurídico y su reconocimiento ha sido permanente dentro de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina penal.

La obra de Feuerbach, constituye el antecedente más importante de la noción de bien jurídico, para este autor el objeto de protección del derecho penal estaba constituido por los derechos de los súbditos y los derechos del Estado, dentro de estos últimos incluyó algunas infracciones contra la colectividad, como los crímenes contra la personalidad moral del Estado y los crímenes contra el Estado en particular³⁴. En el Código Penal bávaro de Feuerbach, fueron contempladas figuras como el cohecho, la malversación y la prevaricación, lo mismo en el Código Penal español de 1822, cuyas bases se utilizaron para la redacción de los delitos cometidos por los funcionarios en los códigos penales del siglo XIX en toda Latinoamérica³⁵.

Sin embargo, desde su teoría (lesión de derechos subjetivos)³⁶ era imposible explicar algunos delitos cometidos en contra de instituciones sociales de gran relevancia en la época como la religión o la moral³⁷, por lo que se recurrió a la noción de bien jurídico, introducida por Birbaum; quien por un lado, consideró que constituía un contrasentido afirmar que los derechos pueden ser dañados o puestos en peligro y, por otro, señaló que mediante la idea de la violación de los derechos subjetivos no se comprendía la represión de ciertos comportamientos que atacaban intereses sociales importantes, considerados como bienes jurídicos colectivos (p.ej., la moralidad pública o el sentimiento religioso)³⁸. De esta manera el rigor del criterio establecido

³² Bustos Ramirez, Juan, *Bienes jurídicos colectivos*, en “Obras completas”, t. II, Lima, Ara Editores, 2004, p. 182 y siguientes.

³³ Reátegui Sánchez, James, *La contaminación ambiental como delito. Aspectos sustantivos y procesales*, Lima, Jurista Editores, 2006, p. 60. Pozuelo Pérez, Laura, *De nuevo sobre la denominada expansión del derecho penal: una relectura de sus planteamientos críticos*, en Montealegre Lynett, Eduardo (coord.), “El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 118.

³⁴ Castro Cuenca, Carlos, *Lineamientos sobre la antijuridicidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva*, *Dikaion*, año 20, n° 15, Chía, Universidad de la Sabana, 2006, p. 204.

³⁵ Castro Cuenca, *Lineamientos sobre la antijuridicidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva*, p. 204.

³⁶ Esta teoría iusprivatista de Feuerbach, de la lesión de un derecho subjetivo, se enmarca dentro de las concepciones filosóficas del Siglo de las Luces y en especial de las referentes al contrato social, donde se consideró que la conminación penal del Estado sólo quedaría legitimada respecto de conductas que fueran dañinas socialmente. Así que siendo la persona el centro del derecho, dichas acciones constituían “la violación de un derecho subjetivo” y, por tanto, “el equivalente colectivo de lo que puede dañar a otro a nivel individual”. La función del derecho penal fue circunscripta así al hecho de evitar verdaderos perjuicios sociales, como el elemento específico del delito, el mismo que fue concebido entonces como una acción contraria a los derechos de otro y prohibida por la ley penal. Véanse con referencias: Hurtado Pozo, José, *Manual de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Lima, Grijley, 2005, p. 14 y 15; Hormazábal Malarée, Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, 2ª ed., Lima, Idemsa, 2005, p. 21 y siguientes.

³⁷ Hormazábal Malarée, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, p. 35.

³⁸ Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, p. 15. Hormazábal Malarée, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, p. 37 y siguientes.

conforme a las ideas de la ilustración fue disminuido para justificar la ampliación de la intervención penal para reprimir conductas consideradas delitos como el incesto (buenas costumbres) o el perjurio (falta de respeto a Dios)³⁹. Birbaum clasificó los delitos en “delitos en contra del individuo” (si la conducta agresora afectaba a un bien de una persona determinada y en “delitos en contra del ser colectivo”⁴⁰ (si el bien afectaba a un bien de la colectividad).

En el positivismo jurídico de Binding, únicamente la colectividad puede ser titular de un bien jurídico, asumiendo una tesis monista colectivista que postula la prevalencia de los bienes jurídicos de la colectividad⁴¹. Para este autor el bien jurídico es todo valor que, según el legislador, constituye una condición necesaria para la vida comunitaria normal, es decir los bienes jurídicos son una creación del legislador⁴². El objetivo de éste no es la defensa de intereses jurídicos individuales sino el mantenimiento de las condiciones complejas para que la paz social no sea perturbada y los individuos puedan desarrollarse normalmente y ejercer sus derechos en libertad⁴³. En la concepción de Binding el bien jurídico es todo lo que, aun no constituyendo derecho, es valorado por el legislador como condición para que la vida comunitaria se desarrolle normalmente, por lo que se entiende que la protección penal de los bienes colectivos dependerá de la voluntad del legislador al incluirlos en la ley penal.

En la concepción de Franz von Liszt, que ha sido denominada como “positivismo naturalista”, él negó que los bienes jurídicos constituyan una creación del legislador y afirmó que más bien se trataban de intereses vitales, personales o colectivos, que tenían su origen en hechos y circunstancias sociales anteriores a las normas jurídicas, es decir aquellos intereses no los crea el derecho sino la vida, empero el derecho eleva ese interés vital a bien jurídico⁴⁴. Bajo esta postura se reconocen la existencia e importancia de los bienes jurídicos individuales y de los colectivos como condiciones de existencia social.

En el neokantismo sobresale Mezger, quien plantea que los intereses que abarcan el bien jurídico no sólo se limitan al del individuo sino también deben perfilarse a la sociedad, razón por la que prefiere hablar de un “bien del derecho”; tanto es así que la conjunción de todos los bienes jurídicos implican en realidad el ordenamiento jurídico⁴⁵.

³⁹ Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, p. 15. Como sostiene Santiago Mir Puig “El concepto de bien jurídico no nació con el propósito de trazar una frontera al *ius puniendi* del Estado, sino que fue introducido por Birbaum en el ámbito de los delitos contra la religión y las buenas costumbres, en contra de los postulados liberales” (*Introducción a las bases del derecho penal*, 2ª ed., Montevideo, B. de F., 2003, p. 112).

⁴⁰ Hormazábal Malarée, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, p. 37.

⁴¹ Castro Cuenca, *Lineamientos sobre la antijuridicidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva*, p. 204.

⁴² Hormazábal Malarée, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, p. 51.

⁴³ Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, p. 15 y 16.

⁴⁴ Beraún Sánchez, David, *El bien jurídico en el derecho penal*, “Revista Peruana de Ciencias Penales”, n° 10, Lima, 2000, p. 645.

⁴⁵ Mezger, Edmund, *Derecho penal. Parte general*, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1958, p. 155 y siguientes.

En el finalismo de Welzel, la tutela de los bienes jurídicos se encuentra mediatizada por la tutela de los valores fundamentales de conciencia de carácter ético social⁴⁶, pues la protección de los bienes jurídicos la cumple en cuanto prohíbe y castiga las acciones dirigidas a la lesión de los valores ético-sociales. Por consiguiente, las normas jurídico-penales tienen como trasfondo ético-social los valores del actuar conforme a derecho arraigado en la conciencia jurídica. De lo que se desprende que “la misión del derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares”. Welzel define al bien jurídico como un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente. Identifica al bien jurídico como todo estado social deseable que el derecho busca resguardar. Entonces su conjunto será constitutivo de un orden social⁴⁷.

La doctrina más reciente acepta la protección penal de los bienes jurídicos colectivos, para ello trata de sistematizar y delimitar el contenido material de estos intereses y busca los mecanismos más convenientes para su protección penal efectiva⁴⁸.

Se concluye entonces que la protección de los bienes colectivos no es algo nuevo para el derecho penal, por lo cual no puede considerarse que su tutela sea un síntoma de la expansión del derecho penal⁴⁹. En la medida que aquellas posturas que propugnan la tutela de los bienes colectivos, se halla alejada totalmente de intereses morales o religiosos, se puede sostener que lo que ocurre ahora es sólo una creciente atención a los bienes colectivos, fruto no de una visión panpenalista de control social por parte de la doctrina y del legislador, sino de las transformaciones económico-institucionales, que han hecho emerger nuevas entidades merecedoras y necesitadas de pena, o que han acrecentado la importancia de los bienes colectivos clásicos⁵⁰.

Lo que sucede es que aquellos intereses –que al igual que los llamados “bienes jurídicos individuales” siempre han tenido el mismo fundamento: la dignidad de la persona– adquieren la connotación de pilares básicos de la organización y funcionamiento del sistema social –sobre todo económico– con relevancia constitucional (p.ej., el sistema financiero y de tributación, libre competencia, medio ambiente,

⁴⁶ Castro Cuenca, *Lineamientos sobre la antijuridicidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva*, p. 205.

⁴⁷ Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 11 a 15.

⁴⁸ Véanse, entre muchos otros, Bustos Ramírez, *Bienes jurídicos colectivos*, p. 182 y ss.; Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*; Caro Coria, *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*; Reyna Alfaro, Luis M., *Reflexiones sobre el contenido material del bien jurídico penal y la protección de los bienes jurídicos colectivos*, “Revista Jurídica del Perú”, año LI, n° 18, Trujillo, Normas Legales, 2001; Reátegui Sánchez, James, *El bien jurídico en el derecho penal. Concepto, fundamento y validez del objeto de protección en el ámbito jurídico-penal*, “Actualidad Jurídica”, n° 164, Lima, Gaceta Jurídica, 2007, p. 164 y siguientes.

⁴⁹ Castro Cuenca, *Lineamientos sobre la antijuridicidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva*, p. 207.

⁵⁰ Reátegui Sánchez, *La contaminación ambiental como delito. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 60.

etc.); en el cual se recepciona estos nuevos intereses y el proceso de asimilación viene presidido por una fuerte tensión en el derecho penal⁵¹.

Tensión que surge debido a que el derecho penal liberal, a pesar de reconocer la existencia de los bienes colectivos, se articuló en base a los bienes jurídicos individuales, pues aparentemente eso era, únicamente, lo que aquel momento histórico-social demandaba, pues no se visualizaba la necesidad de intervenir en las disfunciones de los procesos sociales y económicos, por lo que se centró en una relación individualizable entre autor y víctima, en tal sentido sus criterios de atribución, que ahora proporcionan seguridad jurídica, se han desarrollado sobre ese fundamento y para esa función⁵², de ahí pues la falta de idoneidad de los tradicionales instrumentos y categorías jurídicas para hacer frente a los nuevos riesgos que afectan a los bienes jurídicos colectivos, que –como veremos en el siguiente acápite– merecen y necesitan una adecuada protección penal.

4. Presupuestos para la protección penal de los bienes jurídicos colectivos

Empecemos por establecer la diferencia entre bien jurídico y bien jurídico-penal⁵³. Para ello partimos de la noción de que en la sociedad el derecho en general tiene como misión prevalente la defensa de intereses que, una vez asumidos por el ordenamiento jurídico, se denominan “bienes jurídicos”.

En consecuencia, los intereses sociales o individuales son muchos, los bienes jurídicos sólo aquellos (intereses sociales) tomados por el derecho para su defensa; por lo que la protección de bienes jurídicos es una tarea que asumen todos los sectores del ordenamiento jurídico⁵⁴. Mientras que un bien jurídico-penal es aquel interés social que siendo recogido, para su protección, por el ordenamiento jurídico (ya sea la Constitución, el derecho internacional o el resto de la legislación) además merece y necesita que esa tutela jurídica sea reforzada, por lo que se debe acudir al derecho penal para lograr dicho cometido. Se puede ver que el concepto de bien jurídico-penal es uno más restrictivo que aquel de bien jurídico.

Por lo tanto la afirmación de que el derecho penal tiene como función la tutela de bienes jurídicos del ciudadano o de la comunidad, no significa que deba proteger a todos los bienes jurídicos, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinarse la intervención del derecho penal⁵⁵. Sino que por el contrario sólo debe intervenir para salvaguardar a aquellos bienes más esenciales ante los ataques más graves que los lesionen o pongan en peligro, conforme

⁵¹ Urquiza Olaechea, José, *El bien jurídico*, “Revista Peruana de Ciencias Penales”, n° 6, Lima, 1998, p. 809.

⁵² Heine, Günther, *Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente*, “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, t. XLVI, fasc. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, p. 291.

⁵³ Conviene recordar la frase de Santiago Mir Puig: “No todo *bien jurídico* requiere tutela penal. No todo bien jurídico ha de convertirse en un *bien jurídico penal*” (*Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del ius puniendi*, “Estudios penales y criminológicos”, t. XIV, Universidad de Santiago de Compostela, 1991, p. 205).

⁵⁴ Gracia Martín, Luis, *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción filialista de la responsabilidad penal*, Lima, Idemsa, 2005, p. 68.

⁵⁵ Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Barcelona, Tecfoto, 1998, p. 358.

a los principios de subsidiariedad y carácter fragmentario del derecho penal. Puede suceder que el derecho penal comparta con otras ramas del derecho la protección de los mismos objetos, pero por su carácter de *ultima ratio* el ámbito de protección está restringido a los ataques más graves⁵⁶.

Se aprecia entonces que la legislación penal no crea bienes jurídicos, sólo eventualmente individualiza alguna acción que lo afecta de cierto modo particular grave, pero nunca puede otórgale una tutela amplia o plena, dada su naturaleza fragmentaria y excepcional. El derecho penal recibe el bien jurídico ya tutelado y la norma que se deduce del tipo no hace más que anunciar un castigo para ciertas formas particulares y aisladas al mismo⁵⁷. Cuando ocurre esto a aquél bien jurídico se le denomina “bien jurídico-penal”.

Para que un bien jurídico, pueda considerarse, además, un bien jurídico-penal, cabe en él exigir dos condiciones: que por su importancia merezca una protección penal y que además necesite de esa protección. A continuación analizaremos ambos presupuestos.

a. Merecimiento de pena

Si, como se ha sostenido, el derecho penal no protege todos los bienes jurídicos, sino sólo aquellos indispensables para la vida social, y solamente frente a los ataques más lesivos o dañosos; entonces el merecimiento de protección penal deriva del significado atribuido al bien (su importancia social) y la gravedad de sus diversas formas de ataque (intensidad de sus afecciones).

Hasta aquí es posible que todos estemos de acuerdo, sin embargo es más difícil coincidir en la apreciación de cuándo un interés es fundamental para la vida social, es decir cuándo reviste la suficiente importancia social que lo haga merecedor de tutela jurídico-penal y cuándo no la tiene. En cierta medida ello es inevitable en tanto se trata de una cuestión axiológica, pero es imprescindible elaborar ciertos criterios que puedan auxiliar en la discusión racional (intersubjetiva) del problema, y evitar una arremetida incontrolable del *ius puniendi*.

Entre los criterios desarrollados por la doctrina, para dotar de una mayor concreción al contenido material del bien jurídico-penal, tenemos aquel que afirma que la importancia del bien jurídico puede ser obtenida a partir de su plasmación en la Constitución. Se piensa que los valores, derechos y libertades incluidos en la norma fundamental pueden dotar de contenido al objeto de protección penal. Este punto de vista resulta, en principio, razonable puesto que la norma fundamental suele recoger los bienes y valores más importantes de la sociedad, alrededor de los cuales hay un consenso social mínimo⁵⁸. Asimismo la Constitución promulgada en el Estado social

⁵⁶ Hormazábal Malarée, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, p. 160.

⁵⁷ Zaffaroni, Eugenio, R. - Alagia, Alejandro - Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Bs. As., Ediar, 2002, p. 486.

⁵⁸ Castillo Alva, José L., *Principios del derecho penal. Parte general*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 258. En sentido similar afirma José L. Díez Ripollés que “en una sociedad que se ha dotado democráticamente de una Constitución es esa norma legal la recoge el contenido básico del acuerdo social, condicionado históricamente y desde luego susceptible de modificación, al que se ha llegado

democrático de derecho constituye el fundamento de todos los fines del aparato estatal, incluyendo la finalidad de protección penal de bienes jurídicos. Todo ello parte de una finalidad general, que es la de evitar que las condiciones necesarias para el mantenimiento de la vida social, derivadas del texto constitucional, sean puestas en peligro o vulneradas⁵⁹.

Sin embargo, el reconocimiento constitucional de un bien no es una condición suficiente para fundamentar la protección penal⁶⁰. En efecto, el hecho de que exista la Constitución como fundamento del derecho penal, no significa que del catálogo de derechos y libertades contenidos en ésta se pueda conformar, de manera exclusiva, la protección penal de los bienes jurídicos. De ser así todo interés constitucional, por vago o ambiguo que fuera, merecería protección penal⁶¹. Aun entendiendo que aquellos intereses sociales que no tengan fundamento constitucional, explícito o implícito, deben quedar fuera de la protección penal, los principios de fragmentariedad y subsidiariedad impiden que todos aquellos previstos en la ley fundamental sean jurídico-penalmente posibles de protección⁶².

En tal sentido, es inadecuada la identidad entre bien jurídico penal y valor constitucional, la relación no ha de ser, pues, de coincidencia, sino de coherencia⁶³. “Los bienes jurídicos constitucionales y penales no pueden ni deben coincidir a la vista de la diversidad de objetivos del constituyente y del legislador penal: el primero pretende afirmar las condiciones esenciales de la vida comunitaria, fundamentalmente para definir el papel del Estado en cuanto a su respeto y garantía; el segundo, asegurar las mismas, sus presupuestos y derivaciones siempre que sean fundamentales y que esta tarea sea imprescindible”⁶⁴.

Acorde con lo anterior, a la idea de plasmación constitucional se debe sumar –para determinar si un bien jurídico debe ser protegido penalmente– el criterio de la grave dañosidad social de la conducta, por lo que el derecho penal sólo intervendrá para castigar los comportamientos más lesivos y dañosos que eliminan o afectan de

de cara al ejercicio del poder” (*La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista*, en “Teorías actuales en el derecho penal”, Bs. As., Ad-Hoc, 1998, p. 432).

⁵⁹ Rodríguez Sanabria, Vladimir, *El bien jurídico penal: límite del ius puniendi estatal basado en el ser humano*, “Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología”, en: www.iuspenalismo.com.ar/doctrina/bienjuridicovladimir.pdf, 2007, p. 18.

⁶⁰ En este sentido, Mir Puig, *Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del ius puniendi*, p. 210; Silva Sánchez, Jesús M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 273 a 275; Caro Coria, *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, p. 46 y ss.; Rodríguez Sanabria, *El bien jurídico penal: límite del ius puniendi estatal basado en el ser humano*, p. 18. Carbonell Mateu, Juan C., *Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad*, en Arroyo Zapatero, Luis A. - Berdugo Gomez de La Torre, Ignacio (dirs.), “Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam”, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca, 2001, p. 134.

⁶¹ Rodríguez Sanabria, *El bien jurídico penal: límite del ius puniendi estatal basado en el ser humano*, p. 18 y 19.

⁶² En sentido similar, Caro Coria, *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, p. 35 y 36.

⁶³ Lascurain Sánchez, Juan, *Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal*, “Revista Chilena de Derecho”, vol. 22, n° 2, 1995, p. 262 y 263.

⁶⁴ Lascurain Sánchez, *Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal*, p. 262 y 263.

manera inaceptable la capacidad de mantener la estabilidad y funcionalidad de la vida social⁶⁵.

La dañosidad social constituye un criterio suficiente para legitimar el bien jurídico, pero no lo es para delimitar el bien jurídico penal, por lo que la doctrina ha creído conveniente la inclusión de una especial referencia al individuo y otras condiciones derivadas de la idea de proporcionalidad. De esta manera, si un determinado comportamiento es socialmente dañoso que no afecta directamente al individuo en sus posibilidades de participación social, queda sin lugar la intervención penal, pero está justificado el uso del derecho administrativo. Esta construcción refuerza el fundamento de la protección penal de los bienes jurídicos colectivos, como la salud pública, el ambiente natural o la ordenación del territorio que, en menor medida que los individuales pero de manera trascendental, constituyen medios importantes para la autorrealización social del individuo⁶⁶.

b. Necesidad de pena

No basta reparar que el bien jurídico que se pretende proteger es valioso e imprescindible para la vida en comunidad (merecimiento de pena)⁶⁷, en tanto que este juicio (dañosidad social de las agresiones, referencia individual y su plasmación constitucional) sólo permite determinar que bienes ameritan una valoración penal positiva, pero no señala qué comportamientos deben incriminarse por ser oportuna o útil la intervención punitiva (lo que se logra mediante el juicio sobre la necesidad de pena), extremos que debe enfrentar una teoría del bien jurídico penal que aspira a ejercer una función crítica y rectora de los procesos de criminalización y descriminalización⁶⁸.

Por tal razón deben conjugarse las consideraciones axiológicas relacionadas con la importancia del bien y la intensidad de sus afecciones, es decir el merecimiento de pena, con los aspectos utilitaristas del principio de mínima intervención en términos de necesidad y subsidiariedad.

La necesidad de pena –refiere Luzón Peña⁶⁹– presupone el merecimiento de pena y significa que un hecho en sí merecedor de pena además necesita ser penado, ya que en el caso concreto no existe ningún otro medio que sea eficaz y menos aflictivo. En tal sentido uno de los mecanismos más importantes para determinar si hay necesidad de apelar a la sanción penal o, en caso contrario, saber acerca de su inutilidad, es averiguar si otros medios del control social formal o informal podrían asegurar la consecución de iguales o mejores resultados que los buscados con la pena. En caso, una correcta política social o la remisión a sanciones de naturaleza no penal, propias, por ejemplo, del derecho civil o el derecho administrativo, pueden sustituir con idénticos resultados el empleo de la pena y ha de preferirse el acudir a dichas vías previas, por ser menos lesivas, antes que recurrir al recurso de la pena.

⁶⁵ Castillo Alva, *Principios del derecho penal. Parte general*, p. 261.

⁶⁶ Caro Coria, *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, p. 44.

⁶⁷ Castillo Alva, *Principios del derecho penal. Parte general*, p. 266.

⁶⁸ Caro Coria, *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, p. 45.

⁶⁹ Luzón Peña, Diego, *La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito*, "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", t. XLVI, fasc. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, p. 22.

Una pena es inútil si las mismas metas de tutela se logran a través de otros medios menos costosos y aflictivos a los derechos de los ciudadanos⁷⁰.

En este punto, en lo que interesa, a este trabajo, la doctrina que se muestra crítica a la protección penal de los bienes jurídicos colectivos, admite, que efectivamente, la complejidad de las sociedades modernas, requiere una respuesta adecuada, pero se muestra contraria a que sea el derecho penal quien tenga que darla, entre otras razones, porque existirían otros instrumentos jurídicos para ello, de tal manera que no existe la necesidad de su tutela penal.

Para comprobar lo acertado o no de tales posturas tomemos como ejemplo un caso concreto: el medio ambiente, observamos que existe un amplio consenso social y por ende doctrinal, acerca de la necesidad de proteger este bien jurídico, su protección y aseguramiento de preservación representan en la actualidad un objetivo social fundamental, en los ámbitos estatal e internacional⁷¹, razón por la cual determinados atentados medio ambientales están tipificados hace tiempo en el derecho administrativo sancionador. Ahora bien ¿han sido suficientes y eficaces las sanciones provenientes del derecho administrativo sancionador para controlar la devastación del medio ambiente? En una extendida opinión, que compartimos, se sostiene que las medidas adoptadas por el derecho administrativo no han sido suficientes ni eficaces para el control de las agresiones medio ambientales.

Las agresiones más graves contra el medio ambiente –que serían las que, en principio, deben interesar al derecho penal– son, en su inmensa mayoría, cometidas por grandes estructuras empresariales. Un ejemplo lo encontramos en la contaminación medio ambiental –vertidos de residuos tóxicos o peligrosos–. Si la sanción prevista para estas agresiones es simplemente económica sucede, que la cuantía de esa sanción se integra en sus costes de producción. Esto es reflejo de la afirmación de que el precio de la sanción depende de la magnitud de la pena y de la probabilidad de que ésta se imponga, es decir, de las posibilidades de éxito de persecución de la infracción, lo cual es igual a decir que la sanción es un valor esperado para el delincuente⁷².

Señala Pozuelo Pérez que prueba de lo que se acaba de mencionar es que las empresas potencialmente contaminantes suelen instalarse en lugares donde, o bien no existe normativa protectora del medio ambiente, como en los países empobrecidos, o bien la persecución de estas infracciones es muy lábil. Si se tipifican administrativamente determinadas agresiones al medio ambiente, pero no se persiguen ni se sancionan de forma satisfactoria, ¿cómo se produciría la quiebra de ese balance favorable al infractor? Las respuestas posibles son dos: aumentando la persecución y la certeza de la sanción o incrementando ésta. Lo más correcto sería lo primero, pues sin tener que acudir al derecho penal conseguiríamos una adecuada prevención de las infracciones: no ha de insistirse demasiado en la idea de que si las sanciones no se imponen el sistema pierde su validez, su vigencia. Esta es la opción

⁷⁰ Castillo Alva, *Principios del derecho penal. Parte general*, p. 268; Abanto Vásquez, Manuel, *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, Lima, Idemsa, 1997, p. 66; Caro Coria, *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, p. 52.

⁷¹ Sessano Goenaga, Javier, *La protección penal del medio ambiente. Peculiaridades de su tratamiento jurídico*, "Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología", n° 4-11, 2002, p. 5 y 6.

⁷² Pozuelo Pérez, *De nuevo sobre la denominada expansión del derecho penal: una relectura de sus planteamientos críticos*, p. 126.

más oportuna y, de hecho, el camino a seguir; el problema es que se trata de un camino de recorrido muy largo porque ha de enfrentarse a problemas como, por ejemplo, el de que las empresas contaminantes son con frecuencia grandes estructuras empresariales y a menudo se entremezclan, indebidamente, intereses de naturaleza económica y política que dificultan una adecuada persecución de las infracciones⁷³.

Si se parte de que no es posible, al menos a corto plazo, el aumento de la persecución de la infracción, la opción es, entonces, la de incrementar la sanción. Ello puede hacerse desde el derecho administrativo o desde el derecho penal. En el primer caso, nos encontramos otra vez con que esos mayores costes en la sanción son tradicionalmente de naturaleza económica —a través de multa administrativa—. Y para una gran empresa, que obtiene grandes beneficios de esa misma naturaleza, cuando se encuentra en un entorno de gran impunidad respecto de las infracciones medio ambientales, resulta que el saldo saldría prácticamente siempre a su favor; se trata de una apuesta donde hay mucho que ganar y poco que perder. Si el incremento económico de la sanción no parece ser la solución más adecuada, ésta debe buscarse, entonces, en otro tipo de sanción. Esto significa que, sin abandonar el propósito de que en futuro la respuesta satisfactoria al problema la pueda dar el derecho administrativo, hoy por hoy, mientras la situación de déficit de persecución administrativas medio ambientales se mantenga, parece necesario intervenir penalmente a través de la introducción de unos costes y sistema de control diferentes al del sistema administrativo⁷⁴.

En tanto que la respuesta administrativa no es suficiente, si no se da intervención penal alguna, se produciría una situación de desprotección del bien jurídico, por lo que en este caso existe la necesidad de la actuación penal.

Es necesario señalar que toda persona, sobre la base de su inherente dignidad como tal, tiene derecho al desarrollo de su vida en un ambiente adecuado, se trata de un derecho humano fundamental (que en nuestro país ha sido reconocido constitucionalmente⁷⁵), por lo que el Estado debe garantizar este derecho. La importancia de su protección se ve acrecentada en la sociedad de riesgos, en razón de que el desarrollo industrial y las nuevas tecnologías son, en muchos casos, verdaderos instrumentos de destrucción que han obligado al Estado a recurrir —ante la ineficacia de los demás sectores del ordenamiento jurídico— a su última vía, es decir el derecho penal, para tratar de conservar lo que queda de ella.

Siguiendo esta perspectiva algún autor ha señalado, con evidente razón, que la indudable importancia del medio ambiente como objeto de protección (en tanto que sistema natural en que se desarrolla la vida), y la creciente gravedad de los ataques que sufre, así como el fracaso del resto del ordenamiento jurídico para protegerlo adecuadamente, han desembocado en la intervención penal medio ambiental. El grado de degradación ambiental es tal que la lucha contra la misma requiere de todos los instrumentos jurídicos al alcance de la sociedad, entre ellos, como *ultima*

⁷³ Pozuelo Pérez, *De nuevo sobre la denominada expansión del derecho penal: una relectura de sus planteamientos críticos*, p.127.

⁷⁴ Pozuelo Pérez, *De nuevo sobre la denominada expansión del derecho penal: una relectura de sus planteamientos críticos*, p. 127 y 128.

⁷⁵ Reconoce expresamente este derecho el art. 2º, inc. 22 de nuestra Constitución.

ratio, un derecho penal que cumplirá una función secundaria, sin que de ello se derive que deba limitarse a sancionar la mera infracción de normas civiles y administrativas. Tanto la relevante trascendencia del ambiente como interés jurídico. Como las formas de incidencia nociva que se han desplegado contra el mismo reclaman esta intervención⁷⁶.

En conclusión de lo que he manifestado hasta este momento, la necesidad y oportunidad de proteger penalmente un bien jurídico no proviene de su naturaleza individual o colectiva sino de su esencial importancia para la sociedad⁷⁷, de que todos los demás medios de control social hayan fallado en este objetivo, y por supuesto de la compatibilidad de su tutela penal con lo establecido en la Constitución⁷⁸.

Con todo lo dicho podemos sostener con Caro Coria⁷⁹: que la fundamentación de la intervención penal en la protección de los bienes jurídicos colectivos, se encuentra en la realidad social y el modelo de Estado social y democrático de derecho (art. 43, Const. Política). Con relación al primero de los fundamentos, resulta evidente que las nuevas necesidades sociales derivadas de la expansión de la tecnósfera concebida en el seno de la revolución industrial, técnica y científica, y que demandan su satisfacción, entre otros medios, a través de una eficaz protección jurídica para enfrentar esos riesgos de la modernidad. Pues bien, la atención de tales demandas tiene precisa acogida en el modelo de Estado social y democrático de derecho que nuestra Constitución reconoce y por el cual el Estado debe atender a las necesidades de todos y cada uno de los miembros de la sociedad, con el objeto de tender hacia la libertad e igualdad material, razón que justifica una intervención estatal activa para promover la atención de dichas necesidades, superando las disfuncionalidades económicas y sociales.

Desde este enfoque, los bienes jurídicos colectivos, habría que definirlos –de acuerdo con Bustos Ramírez– a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social⁸⁰. Los bienes jurídicos colectivos inciden en el funcionamiento del sistema, esto es, a los procesos o funciones que este ha de cumplir, para que justamente puedan quedar aseguradas materialmente las bases y condiciones del mismo, esto es, las relaciones microsociales⁸¹. En otras palabras se hallan al servicio de bienes microsociales (los denominados tradicionalmente como “bienes individuales”), o sea poseen un carácter complementario

⁷⁶ Sessano Goenaga, *La protección penal del medio ambiente. Peculiaridades de su tratamiento jurídico*, p. 22 y 23.

⁷⁷ Por ejemplo, en el caso del bien jurídico protegido en los delitos ambientales, como lo es la estabilidad del ecosistema: su tutela penal “constituye hoy un prepotente imperativo para la salvaguardia más que de la utilidad, de la supervivencia del género humano” (Palazzo, Francesco, *Principios fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente en Italia*, “Revista Penal”, n° 4, Barcelona, Praxis, 1999, p. 71).

⁷⁸ Como refiere Emilio Octavio de Toledo: “Las leyes penales no pueden amparar con sus normas intereses incompatibles con los acogidos por la Constitución. Ni tampoco pueden proteger aquellos otros que, siendo constitucionalmente viables, reciben tutela bastante por parte de las demás ramas del derecho” (*Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, t. XLIII, fasc. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990, p. 9).

⁷⁹ Caro Coria, *Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos*, p. 8 y 9.

⁸⁰ Bustos Ramírez, *Bienes jurídicos colectivos*, p. 190.

⁸¹ Bustos Ramírez, *Bienes jurídicos colectivos*, p. 192.

respecto de los llamados “individuales” como la vida humana o la salud, razón por la cual son jerárquicamente inferiores y precisan de una tutela penal menos intensa, pero a la vez autónoma de cara a la eficacia penal sostenida en fines preventivos, pues sólo si se acepta que los bienes jurídicos colectivos poseen sustantividad propia puede concluirse que la titularidad de los mismos es colectiva⁸². Esta construcción es acorde con el concepto de bien jurídico penal que hemos anotado, pues el merecimiento de pena en los bienes jurídicos colectivos se justifica por la relación teleológica que guardan en relación con las posibilidades de participación del individuo en sociedad, en el marco del modelo personalista consagrado en la norma fundamental de nuestro país, es decir en orden al desarrollo libre y digno del individuo.

Con estas limitaciones, se superan los temores de que la protección de bienes jurídicos colectivos, en el seno de un Estado intervencionista, puede convertirse en una injustificada expansión del derecho penal. Ciertamente, si se entiende el proyecto de reducción penal según los principios de tutela exclusiva de bienes jurídicos, fragmentariedad, subsidiaridad y utilidad, podrá concluirse que éste no se limita a la simple descriminalización de los comportamientos insignificantes o mejor controlables en sede extrapenal, sino que conlleva a incriminar aquellos que son merecedores y necesitan de la reacción punitiva en orden a su prevención. Por ende, la mínima intervención se sustenta en un conjunto de procesos de entrada y salida, de criminalización y desincriminación, de acuerdo con los indicadores que proporcionan los principios de merecimiento y necesidad de pena en el modelo de Estado social y democrático de derecho⁸³.

5. Las técnicas de tipificación para proteger penalmente a los bienes jurídicos colectivos

Es necesario conectar los esfuerzos de delimitación del bien jurídico penal a las técnicas de tipificación, orientadas a otorgarle una protección jurídica apropiada. Teniendo en cuenta que muchas veces “el problema no reside en *si* la ley penal debe intervenir o no en determinadas materias, sino en *cómo* lo hace”⁸⁴, es decir, el problema residiría en la defectuosa técnica empleada; veremos pues, si las técnicas utilizadas por el derecho penal del riesgo son conformes con los principios garantistas que debe tener todo derecho penal que se precie de formar parte de un Estado constitucional de derecho, o si por el contrario vulnera estos principios. Analizaremos, aunque sea de forma sucinta, dos casos concretos: la utilización de leyes penales en blanco, así como la tipificación de los delitos de peligro.

a. Uso de la ley penal en blanco y la accesoriedad administrativa

Se ha criticado la falta de legitimidad del derecho penal moderno, en cuanto para la protección de los bienes jurídicos colectivos, especialmente en el campo del derecho penal ambiental y en amplios espacios del derecho penal económico, haya optado por delimitar la prohibición contemplada en el tipo penal teniendo en cuenta

⁸² Caro Coria, *Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos*, p. 16.

⁸³ Caro Coria, *Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos*, p. 17.

⁸⁴ Pozuelo Pérez, *De nuevo sobre la denominada expansión del derecho penal: una relectura de sus planteamientos críticos*, p. 119.

la regulación administrativa. Esto es lo que se conoce como la accesoriedad del derecho penal al derecho administrativo. Esta accesoriedad abarca la utilización de leyes penales en blanco, es decir, tener en cuenta otras normas jurídicas, de carácter extrapenal, para completar la prohibición punitiva⁸⁵. Así, por ejemplo, en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente tenemos que en múltiples ocasiones la prohibición penal se completará mediante el reenvío a las disposiciones administrativas sobre la materia⁸⁶.

Las posiciones contrarias a los tipos penales en blanco o abiertos se basan principalmente en sus posibles implicancias contra el principio de legalidad penal. En este sentido se ha dicho que “la teoría de los tipos abiertos debe... rechazarse, pues si el tipo se entiende como clase de injusto, pues sólo debe imaginarse como cerrado, ya que de lo contrario le faltaría, precisamente el carácter típico. Esto significa que el tipo ha de contener todos, sin excepción, los elementos que contribuyen a determinar el contenido de injusto de una clase de delito”⁸⁷. La tipicidad, dice Jescheck, constituye un círculo que, para mantener su indemnidad, debe contener la totalidad de sus elementos: norma de conducta y consecuencia jurídica, de lo contrario, el círculo de tipicidad se mantendría abierto y con ello el principio de legalidad resultaría afectado. Por nuestra parte, siguiendo a Muñoz Conde⁸⁸, creemos que si bien en principio el derecho penal debe crear los presupuestos de sus normas de un modo autónomo y en lo posible sin remisiones expresas a otras ramas del ordenamiento jurídico, sin embargo hay ocasiones en que por razones técnicas y de política criminal muy precisas es necesario recurrir a la ley penal en blanco, y creo que estas situaciones se darían en el caso del derecho penal ambiental y del económico.

Como ha dejado escrito el profesor Muñoz Conde⁸⁹, la regulación de determinadas actividades peligrosas para la sanidad de un país, su orden económico, etc.,

⁸⁵ “Las leyes penales en blanco son aquellas cuyo supuesto de hecho se configura por remisión a una ley de carácter extrapenal, es decir, se debe recurrir a una disposición de carácter no penal para que se determine con precisión los alcances de la ley penal” (Bramont Arias Torres, Luis M., *Manual de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Lima, Eddili, 2002, p. 75).

⁸⁶ Dentro de los tipos penales que el ordenamiento penal peruano se complementan con dispositivos extrapenales designados a articular la protección del ambiente tenemos el delito de contaminación ambiental (art. 304, Cód. Penal), al señalar expresamente que la conducta desvaliosa debe ser hecha “infringiendo las normas sobre protección del medio ambiente”. De forma semejante, los arts. 306 y 312 del texto penal acotado, al describir los delitos de prevaricación del funcionario público en el otorgamiento de licencias de funcionamiento y autorización de proyectos de urbanización, centra el reproche penal en la inobservancia de “las exigencias de las leyes y reglamentos sobre protección del medio ambiente” (art. 306, Cód. Penal) y en la actuación “no conforme con los planes o usos previstos por los dispositivos legales” (art. 312). El delito de eliminación de desechos (art. 307), sanciona el depósito, comercialización o vertido de desechos industriales o domésticos en lugares no autorizados o “sin cumplir con las normas sanitarias y de protección del medio ambiente”. Tenemos también el delito de alteración del ambiente natural (art. 313) cuyo desvalor se ubica en la alteración del ambiente natural o paisaje urbano o rural “contraviniendo las disposiciones de la autoridad competente”. En cuanto a los tipos cuyo reenvío se dirige a normas complementarias destinados a establecer el círculo de elementos destinatarios de la protección medio ambiental tenemos los delitos de explotación de especies legalmente protegidas (art. 308), extracción ilegal de especies acuáticas (art. 309) y daño de bosques y formaciones vegetales legalmente protegidas (art. 310).

⁸⁷ Jescheck, Hans H., *Tratado de derecho penal*, Granada, Comares, 1993, p. 335.

⁸⁸ Muñoz Conde, Francisco, *Introducción derecho penal*, 2ª ed., Montevideo, B. de F., 2001, p. 55.

⁸⁹ Muñoz Conde, *Introducción derecho penal*, p. 50 y 51.

por sólo citar los sectores en los que se da más frecuentemente este tipo de técnica legislativa, está fuertemente condicionada por las circunstancias histórico-sociales concretas. La actividad legislativa en estos sectores es incesante: a una ley sigue otra que poco después la modifica, un reglamento que la desarrolla, etcétera. Si se incluyeran estas conductas que forman el supuesto de hecho de la norma penal en la redacción de la norma penal misma, habría que estar continuamente reformando ésta, so pena de quedar prácticamente sin aplicación. Para evitar este deterioro legislativo de la norma penal, surge la norma penal en blanco.

En tal sentido el derecho penal tiene que acoger tipos que son tendencialmente abiertos posibilitando así la adaptación de la norma a los cambios sociales y técnicos sin tener que realizar intervenciones legislativas constantes en el Código Penal⁹⁰. La ley penal en blanco es la única posibilidad de conseguir certeza y seguridad, teniendo como objetivo hacerla lo más preciso posible en la configuración típica del supuesto de hecho y hacia donde va dirigida la remisión. La disposición extrapenal sólo tiene por función señalar condiciones, circunstancias, límites y otros aspectos complementarios pero nunca a definir lo prohibido mismo⁹¹.

Las normas penales en blanco no afectan, el principio de legalidad penal, salvo aquellos casos en que la norma extrapenal, integrante de la norma punitiva, describa la prohibición de manera difusa, afectando la certeza de la ley, lo que puede incluso ocurrir en leyes que no recurran a la técnica del reenvío. No se puede, en consecuencia, hablar de una singular violación al principio de legalidad a través de las normas penales en blanco⁹².

Además, compartiendo la idea de Castro Cuenca⁹³, es mucho más garantista determinar la antijuridicidad material de un delito contra el medio ambiente a través de una prueba sobre la incidencia de la conducta del sujeto activo en el recurso natural concreto presuntamente afectado, que analizar la lesividad de un delito a través de estructuras filosóficas abstractas por las siguientes razones: en primer lugar, la verificación de la antijuridicidad material de una conducta punible no significa que es

⁹⁰ Heine, *Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente*, p. 300. En la misma línea y de manera muy clara, Reátegui Sánchez, expresa que la remisión normativa de la norma penal en blanco ofrece las ventajas como la de mayor flexibilidad y agilidad en orden a la adaptación del derecho penal a los cambios de la realidad social en parcelas especialmente complejas y tecnificadas y, a la vez, una mayor estabilidad y continuidad para la norma penal. Este autor agrega que “no utilizar la fórmula de la ley penal en blanco implicaría hacer una ley con corta vida. El elemento objetivo conllevaría el riesgo de perder vigencia si la técnica o el avance científico modifica sus parámetros y ahí sí podría plantearse serios problemas de orden constitucional, más grave que lo que se puede atribuir a esta norma de revisión” (*La contaminación ambiental como delito. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 118).

⁹¹ Reátegui Sánchez, *La contaminación ambiental como delito. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 123. Sobre este aspecto ha señalado, con razón, Muñoz Conde que lo verdaderamente peligroso para la seguridad jurídica y para las garantías de los ciudadanos frente al poder punitivo estatal es que se conceda a la autoridad política o administrativa, a través de la remisión a las órdenes o reglamentos que se hacen en las normas penales en blanco, la facultad de determinar el ámbito de prohibición penal (*Introducción derecho penal*, p. 55 y 56).

Para evitar estos peligros, dice Jescheck, deberían determinarse, con suficiente claridad, en la misma norma penal, los presupuestos de punibilidad y la extensión de la pena.

⁹² Reyna Alfaro, Luis M., *La protección penal del medio ambiente: posibilidades y límites*, en www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_84.pdf, 2001, p. 13.

⁹³ Castro Cuenca, *Lineamientos sobre la antijuridicidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva*, p. 211.

suficiente para la atribución de responsabilidad penal a una persona, pues para ello es necesario también analizar otros aspectos tales como el cumplimiento de los elementos de la conducta típica, la imputación subjetiva (a título de dolo o imprudencia), la culpabilidad y la ausencia de causales de justificación. Por ello no puede decirse que la determinación de la lesividad de una conducta a través de una pericia técnica equivalga a una sentencia en contra del imputado. En segundo lugar, los críticos más radicales de los tipos penales en blanco se olvidan que los destinatarios de la norma no son ellos mismos sino personas que no tienen la menor idea de la filosofía de Kant, Hegel o Habermas, ni de la dogmática de Jakobs o Hassemer, y que sí conocen las normas que manejan a diario en su actividad profesional. Por ello para un empresario es más fácil conocer las normas técnicas sobre el manejo de residuos y los volúmenes de emisiones de su compañía que el contenido de figuras tan complicadas como la culpabilidad, la responsabilidad, la injerencia, la prohibición de regreso y la autoría mediata.

Por las consideraciones reseñadas estoy de acuerdo con quienes admiten que para el derecho penal las consideraciones del ordenamiento jurídico administrativo sobre daños al medio ambiente son, en gran medida imprescindibles⁹⁴ ya que como se ha dejado señalado existen determinadas materias que no pueden ser tratadas completamente en un precepto penal y por ello es indispensable la remisión.

Entonces lo conveniente sería asumir una dependencia relativa de las normas administrativas, o mejor dicho, del derecho administrativo en relación con la regulación penal ambiental. De tal manera que la infracción a las normas administrativas conllevará a un riesgo jurídicamente desaprobado y nada más, restando todavía la determinación de los posibles resultados típicos que ella ocasione. De esta forma el juez si bien aplicará el tipo penal una vez verificada la afectación normativa a cualquiera de los objetos del bien jurídico: estabilidad del ecosistema, también es cierto que tendrá que comprobar –previo informe del sector correspondiente– la infracción de las normas de protección del ambiente. En resumen, la función del derecho administrativo, en el marco de los delitos ambientales, es la de alimentar el contenido de la conducta típica, pero sin fundamentar una imputación penal, esto es, advertirá si una conducta está dentro del marco de lo lícito (será un riesgo permitido o socialmente adecuado) y si por el contrario, se desconocen dichos estándares reglamentarios; situación que da como resultado que faltará algún grado –no ya de dependencia administrativa– sino de ofensividad en los objetos que representan al bien jurídico penal⁹⁵.

b. Delitos de peligro y objetos que cumplen función representativa

Como he mencionado anteriormente al derecho penal moderno se le ha criticado el hecho que deba recurrir –para proteger a los bienes colectivos– a la técnica de los delitos de peligro, especialmente de peligro abstracto, siendo una forma anticipada de tutela penal, es decir un modo de actuación penal ilegítimo porque no respeta los límites impuestos por el principio de ofensividad: se prevé una intervención penal

⁹⁴ Así, Heine, *Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente*, p. 293.

⁹⁵ Reátegui Sánchez, *La contaminación ambiental como delito. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 117.

contra conductas que no representan un ataque con suficiente entidad objetiva al bien jurídico tutelado.

Desde nuestra perspectiva la técnica del delito de peligro en general es estimable, ante la necesidad imperiosa de cautelar bienes jurídicos macrosociales o colectivos, pues el peligro no constituye un estado subjetivo creado en la ciudadanía por la política y los medios de comunicación, sino la consecuencia lógica en una sociedad con contactos sociales complejos y con mayores grados de desarrollo tecnológico, los delitos de peligro son fruto de una necesidad de nuestro tiempo y no simplemente una invención del legislador para solucionar simbólicamente, y no de manera efectiva, los problemas de la criminalidad⁹⁶.

Una protección penal que se base exclusivamente en la lesión efectiva de los bienes jurídicos clásicos no sirve en nada para captar o lo hace demasiado tarde a las nuevas fuentes de peligro, más todavía cuando la relación causa efecto entre los perjuicios al ambiente y lesión de vidas, salud humana no han sido investigadas suficientemente⁹⁷. Una reacción penal retrasada, que se limita a la pretensión de retribuir con un mal los comportamientos del pasado que lesionaron causalmente bienes jurídicos, carecería tanto de utilidad como de legitimidad, es decir no estaría justificada la necesidad y el merecimiento de pena respectivamente. En tal orden de ideas, desde una perspectiva preventiva, es inevitable reconocer la necesidad de instrumentar, en la tutela de los bienes jurídicos colectivos, delitos de peligro pero asociados siempre al respeto de los principios político-criminales propios de un Estado constitucional⁹⁸.

Ahora bien, la característica de complementariedad de los bienes jurídicos colectivos respecto de los individuales, no implica que los delitos que se configuren para protegerlos hayan de ponerse en relación a estos últimos para definir su estructura⁹⁹. Sin embargo, en general, ello es lo que sucede cuando se habla de delitos de peligro abstracto en estos casos: el tipo no se pone en relación al bien jurídico colectivo, sino en relación complementado —ello también en muchos casos ahondado por la circunstancia de que se confunde el bien colectivo con un derecho subjetivo—¹⁰⁰.

Lo que debe prevalecer es la figura de los delitos de peligro concreto, y no así los de peligro abstracto. Partiendo de la autonomía de los bienes jurídicos colectivos, y su adecuada caracterización se pueden construir en relación a él —y no al bien jurídico complementado (bien jurídico individual) delitos de lesión o de peligro concreto—¹⁰¹. Para ello es necesario poner de relieve dos cuestiones: la diferencia entre sujeto pasivo de la acción y sujeto pasivo del delito, y el segundo punto sería ver lo relacionado a los denominados objetos que cumplen una función representativa.

⁹⁶ Reátegui Sánchez, *La contaminación ambiental como delito. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 135. Quien además señala que: “el tipo de peligro no hace otra cosa que recoger una regla de experiencia: se penalizan ciertas conductas que provocan resultados de riesgo, porque precisamente en estos casos, se ha demostrado que el peligro es frecuente”.

⁹⁷ En este sentido, Heine, *Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente*, p. 292.

⁹⁸ Caro Coria, *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, p. 406.

⁹⁹ De este parecer, Bustos Ramírez, *Bienes jurídicos colectivos*, p. 193.

¹⁰⁰ Bustos Ramírez, *Bienes jurídicos colectivos*, p. 193.

¹⁰¹ Bustos Ramírez, *Bienes jurídicos colectivos*, p. 192.

El sujeto pasivo de la acción, es aquel donde recae la conducta típica del sujeto activo (sujeto que comete la conducta delictiva), por lo que se le conoce como objeto de acción, objeto de ataque u objeto del bien jurídico. Los objetos del bien jurídico son aquellos intereses que representan a los bienes jurídicos en el campo concreto de las relaciones sociales: la vida de un individuo, sus bienes, su honor, el patrimonio de una empresa, etcétera. El sujeto pasivo del delito, es el objeto de protección, el titular del derecho (bien jurídico) o interés lesionado o puesto en peligro por el delito cometido. Así en el homicidio se lesiona, de acuerdo con la ley natural, el bien del muerto, su vida, pero no el bien jurídico vida; para ello sería necesario, acabar con la vida de todas las personas, entonces sería más pertinente referirse a una afección al bien jurídico vida. También el medio ambiente como condición para la existencia humana puede ser entendido como bien jurídico que es afectado a través de la lesión o puesta en peligro de sus objetos de acción (un concreto nivel de la pureza de las aguas, del aire, de la tierra, etc.) y con ello de la vida o la salud de las personas (existentes o futuras)¹⁰².

Esto guarda relación con lo que se ha venido a denominar “objetos que cumplen función representativa”, como precisa Martínez-Buján Pérez, la protección de todo bien colectivo debe operar mediante delitos erigidos en función de un objeto con función representativa, que es el que ha de resultar inmediatamente lesionado o puesto en concreto peligro por el comportamiento típico individual, y sin que sea necesario verificar esa efectiva lesividad para el bien colectivo mediatamente tutelado, dado que la “abstracta peligrosidad” de la conducta típica para este último reside en la lesión o peligro concreto reiterado y generalizado para el objeto representante. Por ello, para la imputación subjetiva es suficiente que la imprudencia o el dolo del agente abarquen únicamente el conocimiento de los elementos típicos, es decir la vulneración del objeto con función representativa inmediatamente protegido y sin que sea necesario probar el conocimiento en torno al bien colectivo. De esa manera, el menoscabo del bien jurídico “representado no posee relevancia directa alguna en el tipo objetivo, ni en el subjetivo”¹⁰³.

Mediante estos objetos representantes se trata de tutelar el bien jurídico colectivo mediante delitos, es decir el resultado afecta a un objeto que representa al bien a un nivel menos abstracto, como sucede por ejemplo con el aire, el agua, la flora, la fauna, que su interacción dinámica permiten conservar el ambiente equilibrado que sería en última instancia el verdadero bien jurídico-penal protegido como agrupado o colectivo¹⁰⁴. Con esto no se niega que el resultado lesivo o peligroso en el terreno de los intereses colectivos, no sea susceptible de concreción, sino que, dichos bienes por su grandiosidad, pueden protegerse con mayor eficacia mediante la criminalización de los comportamientos que vulneran aquellos objetos que permiten o sirven a la conservación del bien colectivo¹⁰⁵.

Según con lo dicho se llega a la comprensión que para poder hablar de la lesión –más preciso afección– de un bien jurídico colectivo no es preciso la desaparición

¹⁰² Abanto Vázquez, *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, p. 51.

¹⁰³ Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal económico. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 99.

¹⁰⁴ Reátegui Sánchez, *La contaminación ambiental como delito. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 150.

¹⁰⁵ Caro Coria, *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, p. 512.

ción de esa realidad social como consecuencia de la lesión, del mismo modo que para afirmar una lesión a la vida tampoco hace falta que desaparezca la vida humana del planeta o de un determinado territorio; o lo que es igual, que un bien jurídico tenga una dimensión colectiva no quiere decir que tal bien no sea susceptible de diferenciación en elementos individualizables que constituyen concretas formas de manifestación de él¹⁰⁶. Estas formas concretas de manifestación serían los objetos que cumplen función representativa.

“El funcionamiento del sistema crediticio, podría estar siendo lesionado (con más exactitud: afectado) cuando un solo banco (como objeto de la acción es defraudado en el otorgamiento de un crédito, siempre que se considere al mercado crediticio como un bien digno de protección penal) debido a su cercanía con respecto a un valor individual”¹⁰⁷.

En los delitos contra el orden constitucional y los poderes del Estado, que contiene —entre otros— el delito de rebelión se trata de un bien jurídico colectivo, pero este bien necesita de determinados objetos materiales que hagan evidente y corpóreo el bien jurídico colectivo e institucional: poderes del Estado y el orden constitucional. Entonces los objetos materiales de una función representativa son los siguientes: Congreso de la República, Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Consejo Nacional de la Magistratura, Ministerio Público, Contraloría General de la República y de las asambleas regionales, etcétera¹⁰⁸.

Volviendo al caso de los delitos contra el ambiente natural, no cabe duda que la protección del bien jurídico penal estabilidad del ecosistema sería inútil si los tipos penales contemplaran directamente la lesión o el peligro de dicho bien, pues tal punto de partida obligaría a criminalizar conductas lo suficientemente graves para ello, es decir catastróficas (lesión) o las encaminadas hacia tal meta (peligro), lo que sólo se lograría tipificando conductas omnicomprendivas, inciertas o vagas. Como ello no es conveniente político-criminalmente, ni desde el punto de vista del principio de legalidad, es necesario tipificar los comportamientos en relación con bienes intermedios (objetos con función representativa), o mejor dicho a través de aquellos objetos que en su interacción permiten la estabilidad del ecosistema: es decir el aire, el agua, los suelos, la flora y la fauna. Ahora, cuando en un caso concreto se protege, la estabilidad del ecosistema recurriendo para ello al objeto representante aire, o sea tipificando el delito de contaminación atmosférica, no se pretende una tutela del aire como fin en sí mismo, sino por la función que este cumple en la interacción de los elementos bióticos y abióticos que permiten la estabilidad del sistema natural. Es ese contexto, el único bien jurídico merecedor y necesitado de tutela penal, al ser complementario de bienes individuales como la vida, la salud, el patrimonio, etc., es esa estabilidad del ecosistema. Así, la protección del aire queda convertida en un medio, en un mero instrumento u objeto al servicio del bien jurídico colectivo y, de ese modo, a los bienes individuales complementados¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Díez Ripollés, *La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista*, p. 452.

¹⁰⁷ Abanto Vásquez, *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, p. 52.

¹⁰⁸ Reátegui Sánchez, *El bien jurídico en el derecho penal. Concepto, fundamento y validez del objeto de protección en el ámbito jurídico-penal*, p. 122.

¹⁰⁹ Caro Coria, *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, p. 513.

6. Epílogo

A la luz, de lo que se ha sostenido en este trabajo podemos afirmar que resulta justificado centrarnos en la necesidad de modernización del derecho penal, de acoplarlo a la nueva realidad social en la que nos desenvolvemos, ello no significa dejar de lado las garantías instauradas por el derecho penal liberal, se trata más bien de que en un Estado social y democrático de derecho o de constitucionalismo social, dichas garantías son superiores al estar contenidas de justicia material. La exigencia constitucional de igualdad de trato de todas las personas obliga a que las garantías deban estar llenas de contenido de igualdad y de justicia social, y no meras formas liberales que, hasta ahora, han funcionado sólo y exclusivamente al servicio de la represión del comportamiento desviado de los integrantes de clases sociales económicamente empobrecidas y, excluyendo del discurso de la criminalidad material a las clases sociales poderosas. El derecho penal del Estado constitucional de derecho debe cumplir realmente su función, la de ser un derecho orientado a la salvaguardia de los presupuestos esenciales para la convivencia social.

En sociedades tan dinámicas y complejas como las del momento actual, con una cada vez mayor integración de los mercados, con avances sin precedentes en la informática y en la información, y en donde la capacidad técnica de destrucción puede arrasarse con toda clase de vida en el planeta, la necesidad de reacción penal no puede seguir viéndose sólo como un recurso frente al pequeño transgresor de algunas normas sociales como, por ejemplo, el delincuente que nos sustrae el celular o la cartera; sino que, por el contrario, tiene que afrontar también a otros hechos mucho más neurálgicos, como son la criminalidad organizada, los fraudes empresariales, los comportamientos excesivamente arriesgados en el uso de la tecnología, los ataques que deterioren gravemente al medio ambiente, etcétera¹¹⁰.

La sentida presencia de tales riesgos que hallan su fuente en el mundo moderno sumada a las exigencias del Estado social y democrático, ha provocado la instrumentación de nuevas técnicas de imputación jurídico-penal que permiten atribuirle responsabilidad a quienes ejecutan comportamientos no permitidos, *ex-ante* riesgosos y que se realizan en resultados de lesión o de peligro para los intereses penalmente tutelados. En tal línea de esfuerzos se inscribe la protección generalizada de los bienes jurídicos colectivos, la reevaluación de los delitos imprudentes y omisivos, la técnica de los delitos de peligro y de la ley penal en blanco, la responsabilidad de las personas jurídicas y su órganos de dirección, el distanciamiento del “dogma cau-

¹¹⁰ En esta línea se ha pronunciado, con toda razón, el profesor Roxin: “En primer lugar no es admisible desde un punto de vista político social que el arma más grave del Estado, el *ius puniendi*, se use sin objeciones frente a cada bronca, cada riña a cuchilladas o cada pequeño robo, y sin embargo deba retroceder en la lucha de peligros contra la vida e integridad u otros bienes jurídicos fundamentales de millones de hombres, como por ejemplo, los que se derivan de los fallos en los productos, de los daños al medio ambiente, del uso de la energía nuclear, de las instalaciones industriales, de la tecnología de la genética o de la moderna información tecnológica. Tampoco debe negarse al derecho penal la tarea, subrayada por Stratenwerth, de asegurar las condiciones de existencia de las generaciones futuras” [Roxin, Claus, *Conclusiones finales*, en Arroyo Zapatero, Luis - Neumann, Ulfrid - Nieto Martín, Adán (coords.), “Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo”, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 329].

sal” y el reconocimiento del valor del método de la imputación objetiva del resultado, entre otras construcciones dogmáticas¹¹¹.

Entonces no se puede rechazar la tutela penal de los bienes jurídicos colectivos, pues ello implicaría desconocer las nuevas necesidades que surgen producto de la evolución social. Téngase presente que el bien jurídico-penalmente protegible está sujeto al cambio histórico y condicionado por las estructuras socio-culturales de una comunidad que ocupa un espacio y un tiempo determinados¹¹². Lo que si habrá de exigir es una valoración de cada caso concreto, mediante el merecimiento y la necesidad de pena, para determinar si realmente nos hallamos ante un objeto dotado de un auténtico contenido material que justifique una protección jurídica reforzada, es decir que para su protección jurídica se requiera de la actuación penal.

Partiendo de una correcta comprensión de los bienes jurídicos colectivos, se tiene que por su complejidad y grandiosidad es necesario buscar la manera en que se hagan palpables los objetos de protección a través de los cuales se concretiza el delito que afecta a estos bienes colectivos. A nuestro entender los que cumplen tal tarea serían los objetos con función representativa, a estos se les brindaría una protección inmediata pero secundaria, mientras que la protección mediata pero primaria se daría a los verdaderos bienes jurídicos colectivos.

© Editorial Astrea, 2010. Todos los derechos reservados.



¹¹¹ Caro Coria, *Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos*, p. 6.

¹¹² Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 289.