

"SOCIEDADES DE RIESGO" Y BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS*

Dino Carlos Caro Coria** 1

I

El riesgo social asumido a raíz del desarrollo de nuevas tecnologías, como por ejemplo el uso de la energía nuclear y la utilización del ambiente natural dificulta la estructuración y concreción de los llamados bienes jurídicos colectivos, lo que ocasiona, del como lo denomina el autor, la creación de "sociedades de riesgo". Éstos se presentan cuando se percibe una constante tensión entre seguridad y riesgo, lo que origina, como plantea el autor, una reevaluación del Derecho Penal liberal, tal como se presenta hasta el momento.

1. Caso de la talidomida o *Contergan*. Entre fines de los años 50 y primeros de los 60, como posible consecuencia del consumo del tranquilizante denominado *Contergan* en Alemania, el cual era recomendado para mujeres gestantes y cuyo compuesto principal era la talidomida, se produjeron más de 10,000 casos de abortos y graves daños en los sistemas óseos de los recién nacidos, que morían al poco tiempo de nacer o sobrevivían con serias malformaciones, focomelias o extremidades en forma de foca, y lesiones irreversibles².

Caso Erdal o *Lederspray*. Durante más de veinte años se comercializó en el mercado alemán, sin queja alguna, unos *sprays* (*Ledersprays*) para la conserva-

* Esta contribución corresponde esencialmente a una parte del ensayo presentado en el II Congreso Internacional de Derecho Penal de septiembre de 1997, organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Castilla-La Mancha (España), en Lima. La versión final fue concluida en el *Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht de Freiburg im Breisgau*-Alemania, en noviembre de 1997, y sirvió de base para las ponencias presentadas en las Universidades de Ibagué y Neiva (Colombia) en diciembre del mismo año.

** Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Profesor de Derecho Penal. Abogado del Estudio Benites, Mercado & Ugaz. Becario Mutis 1995-1998 de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Doctorado en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (España), bajo la dirección del Rector y Catedrático Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, y la Profesora Laura Zúñiga Rodríguez.

¹ Abreviaturas: AT (*Allgemeiner Teil*). BGHSt (Sentencia del *Bundesgerichtshof*-Tribunal Supremo Federal alemán-). BT (*Besonderer Teil*). CE (Constitución española de 1978). CP (Código Penal español de 1995). LGSt (Sentencia del *Landgericht*-Tribunal de cada *Land* alemán). PE (Parte Especial). PG (Parte General). SAP (Sentencia de la Audiencia Provincial). StGB (*Strafgesetzbuch*-Código Penal alemán-). STS (Sentencia del Tribunal Supremo español). trCP (Texto Refundido del Código Penal español -derogado-). Revistas: A (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi). ADPCP (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales). AP (Actualidad Penal). CPC (Cuadernos de Política Criminal). DDDP (*Dei Delitti e delle Pene*). DoP (Doctrina Penal). EPC (Estudios Penales y Criminológicos). GA (*Goldammer's Archiv für Strafrecht*). JA (*Juristische Arbeitsblätter*). JB (*Juristische Blätter*). JPD (Jueces para la Democracia). JuS: (*Juristische Schulung*). JZ (*Juristenzeitung*). LQC (*La Questione Criminale*). NJW (*Neue Juristische Wochenschrift*). NPP (Nuevo Pensamiento Penal). NStZ (*Neue Zeitschrift für Strafrecht*). PJ (Poder Judicial). RIDPP (*Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*). wistra (*Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht*). ZStW (*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*).

² LGSt de Aachen, de 18 de diciembre de 1970, en: JZ. (1971) pp. 507ss. KAUFMANN. "Tipicidad y causación en el procedimiento *Contergan*". En: NPP. No. 1. (1973) pp. 7ss. MAIWALD. *Kausalität und Strafrecht*. Göttingen, 1980, passim. GÓMEZ BENÍTEZ. Causalidad, imputación y cualificación por el resultado. Madrid; Ministerio de Justicia 1988, pp. 123ss.

ción del cuero de zapatos y ropa. No obstante, al finalizar el otoño de 1980 la empresa productora recibió reclamaciones relativas a la producción de daños en la salud de personas que usaron el producto correctamente, tales como dificultades respiratorias, náuseas, escalofríos o fiebre, detectándose en la generalidad de casos un edema pulmonar. Hasta 1986 se suscitaron muchos resultados similares³.

Caso *Holzschutzmittel*. Desde los años 50 la empresa D. *Chemie GmbH* fabricaba productos protectores de madera (*Holzschutzmittel*), pudiendo evadir dos denuncias por supuestas lesiones interpuestas en 1956 y 1963. Fue recién en la década de los 70 en que se generalizó en Alemania el consumo de estos productos, razón por la cual la citada empresa comercializó el protector «Xyladecor 200» que, entre sus componentes, contenía las sustancias PCP y Lindano, estableciendo hasta 1979 la indicación «apropiado para usos interiores», pese a que ningún estudio científico avalaba su inocuidad en tales circunstancias. No obstante, innumerables investigaciones concluyeron que el uso normal del producto en interiores, debido a los componentes PCP y Lindano, sería el causante de al menos una muerte ocurrida en agosto de 1977, y de las lesiones padecidas por innumerables consumidores, tales como daños en la piel y mucosidades⁴.

Caso del aceite de colza. En mayo de 1981 se descubrió una epidemia inicialmente localizada en Torrejón de Ardoz y Madrid, de la que luego se conoció su extensión a otras zonas de España. Las lesiones correspondieron a una neumonía intersticial. Tras barajarse varias hipótesis sobre el origen de estos hechos, cobró fuerza su atribución al consumo de aceite de colza desnaturalizado con anilina al 2%. Dicho producto era importado principalmente de Francia para actividades industriales de modo que, para asegurarse el no desvío para el consumo de boca, las autoridades administrativas ordenaban desnaturalizar los caracteres organolépticos del aceite mediante, entre otros productos, anilina al 2%. Pese a ello, a través de una compleja red de intervenciones individuales y de empresas, como RAPSA y RAELCA, dicho aceite desnaturalizado fue «refinado» y distribuido, mayoritariamente por vendedores ambulantes, en muchas regiones de España, lo que habría dado lugar a no menos de 330 muertes y 15.000 afectados⁵.

2. Hechos paradigmáticos como los anteriormente descritos⁶ y múltiples estudios científicos⁷, son suficientemente representativos de lo que actualmente ha venido a denominarse «sociedades de riesgo»⁸, es decir, aquéllas donde la realidad inevitablemente se percibe y estructura a nivel cognitivo como una constante tensión o controversia entre seguridad y

³ BGHSt 37, 106, en: JZ. (1992), pp. 253ss. LGSt de Mainz, pp. 163ss. BEULKE/BACHMANN. "Die «Lederspray-Entscheidung» -BGHSt 37, 106". En: JuS. (1992) pp. 737ss. SCHMIDT-SALZER. "Strafrechtliche Produktverantwortung. Das Lederspray-Urteil des BGH". En: NJW. (1990) pp. 2966ss. KUHLEN. "Strafhaftung bei unterlassener Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte". En: NStZ. (1990) pp. 566ss. MEIER. "Verbraucherschutz durch Strafrecht? Überlegungen zur strafrechtlichen Produkthaftung nach der «Lederspray»-Entscheidung des BGH". En: NJW. (1992) pp. 3193ss. HASSEMER. "Strafrechtliche Produkthaftung". En: JuS. (1991) pp. 253ss. SCHUMANN. "Responsabilidad individual en la gestión de empresas. Observaciones sobre la «Sentencia Erdal» del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH)". En: Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. Barcelona; J.M. Bosch 1996, pp. 199ss.

⁴ BGHSt, de 2 de agosto de 1995, en: NJW (1995) pp. 2930ss. =en: NStZ. (1995) pp. 590ss. =en: wistra. (1995) pp. 303ss. LGSt de Frankfurt am Main, de 25 de mayo de 1993. PUPPE. "Zur Körperverletzung durch Vertrieb von Holzschutzmitteln". En: JZ. (1996) pp. 315ss. INIGO CORROZA. "El caso del «producto protector de la madera» (*Holzschutzmittel*). Síntesis y breve comentario de la BGHSt". En: AP. Vol 1. (1997) pp. 439ss.

⁵ SAP de 24 de mayo de 1989, en: AP. N.º 495. (1989). STS de 23 de abril de 1992, en: A 6783. PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos. Valencia; Tirant lo Blanch 1995. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. "Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del «caso de la colza» (Primera Parte)". En: Responsabilidad penal de las empresas, cit., pp. 263ss. En la misma publicación, PAREDES CASTAÑÓN. "Problema de la responsabilidad penal en supuestos de comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del «caso de la colza». (Segunda Parte)", pp. 289ss. "Límites de la responsabilidad penal individual en supuestos de comercialización de productos defectuosos: algunas observaciones acerca del «caso de la colza»". En: PJ. No. 33, marzo. (1994) pp. 421ss. MAQUEDA ABREU. "La relación «Dolo de peligro»-«Dolo (eventual) de lesión». A propósito de la STS de 23 de abril de 1992 «sobre el aceite de colza»". En: ADPCP. (1995) pp. 419ss. MUÑOZ CONDE/HASSEMER. La responsabilidad por el producto en DP. Valencia; Tirant lo Blanch 1995, pp. 49ss. PUPPE. "Vertrieb von vergiftetem Speiseöl in Spanien". En: NStZ. (1994) pp. 37ss.

⁶ A los que puede sumarse la «experiencia general» derivada de otros innumerables eventos lesivos, como los desastres de Seveso, Chernobyl, los Alfaques y San Juan. Vid. MUÑOZ CONDE/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/GARCÍA ARÁN. La reforma penal de 1989. Madrid; Tecnos 1989, pp. 62-63.

⁷ BECK. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt 1986, passim.

⁸ Sostiene BECK, *Ibid.*, passim, que las sociedades capitalistas desarrolladas se configuran cada vez más como verdaderas "sociedades de riesgo", pues las implicaciones negativas del desarrollo tecnológico y del sistema de producción y consumo cobran entidad propia y amenazan de forma masiva a los ciudadanos. Sobre la repercusión penal de esta verificación, Vid. PRITZWITZ. *Strafrecht und Risiko*.

riesgo⁹, como se evidencia, por ejemplo, en sectores como el uso de la energía nuclear, la utilización del ambiente natural, la seguridad del tráfico, la salud pública o la seguridad en el trabajo. En tales ámbitos, los componentes de la tecnósfera, en su dinámica e interacción, conforman innumerables fuentes de riesgo y determinan que bienes individuales como la vida o la salud de las personas y su patrimonio se encuentren permanentemente sometidos al peligro de ser lesionados. Pues bien, esta constatación ha logrado dos sensibles repercusiones en la ciencia del Derecho Penal. En primer término, la creciente toma de conciencia de que dentro del Derecho Penal «clásico»¹⁰ no pueden encontrarse las barreras apropiadas para enfrentar los nuevos modos de amenaza originados por la civilización técnica¹¹.

Ciertamente, el modelo penal liberal, en orden a privilegiar la esfera de la libertad, fue articulado principalmente como instrumento de protección de los llamados bienes jurídicos individuales¹², para lo cual cimentó una dogmática funcional a dicha tutela y obediente de los principios de legalidad, lesividad y causalidad. De este modo, el Derecho Penal clásico de protección de bienes jurídicos, se concentra en una relación individualizable entre autor y víctima, pues sus criterios de atribución, que actualmente proporcionan seguridad jurídica, se han desarrollado sobre tal fundamento y para esa

función¹³. En tal orden la inidoneidad de los tradicionales instrumentos y categorías jurídicas, obedece a que se sustentan en la ignorancia de datos fundamentales sobre esos «nuevos riesgos» que se desea controlar¹⁴, tales como la imposibilidad de prever y dominar, espacio-temporalmente, las consecuencias de la técnica¹⁵; la llamada «explosión de ignorancia» originada por el progreso científico que acredita como mayor lo ignorado que lo conocido sobre los procesos naturales; y, la operatividad de tal progreso en el marco de una estructura social que lo canaliza primordialmente mediante organizaciones altamente especializadas, complejas y jerarquizadas, como la empresa capitalista o el Estado intervencionista.

En segundo lugar, y como secuela de las limitaciones del Derecho Penal «clásico», la sentida presencia de riesgos que hallan su fuente en el mundo moderno¹⁶ sumada a las exigencias del Estado social y democrático¹⁷, han provocado la instrumentación de nuevas técnicas de imputación jurídico-penal que permitan 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 colectivos¹⁸, la revaluación de los delitos imprudentes y omisivos, la

Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt; Vittorio Klostermann 1993, passim. HERZOG. *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*. Heidelberg; R.V. Decker's 1991, passim. "Límites al control penal de los riesgos sociales. (Una perspectiva crítica ante el Derecho Penal en peligro)". En: ADPCP. (1993) pp. 318-319. SCHÜNEMANN. "Las reglas de la técnica en Derecho Penal". En: ADPCP. (1994) pp. 307ss.

⁹ LAU. "Risikodiskurse. Gesellschaftliche Auseinandersetzungen um die Definition von Risiken". En: *Soziale Welt*. (1989) p. 418. HERZOG. "Límites al control penal", cit., p. 318.

¹⁰ HASSEMER. "Crisis y características del moderno Derecho Penal". En: ADPCP. (1993) pp. 636-637.

¹¹ HEINE. "Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del medio ambiente". En: ADPCP. (1993) p. 290.

¹² BUSTOS RAMÍREZ. "Los bienes jurídicos colectivos". En: *Control social y sistema penal*. Barcelona; PPU 1987, pp. 183ss.

¹³ HEINE. "Accesoriedad administrativa", cit., p. 291.

¹⁴ PAREDES CASTAÑÓN. "Responsabilidad penal y «nuevos riesgos»: el caso de los delitos contra el medio ambiente". En: AP. Vol 1. (1997) p. 218. DENNINGER. "Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y derecho postmoderno". En: *Doxa*. No. 14. (1993) pp. 368-372.

¹⁵ PAREDES/RODRÍGUEZ. El caso de la colza, cit., pp. 49ss. KLEINE-COSACK. *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht*. Berlin 1988, pp. 54 y ss. SAMSON. "Kausalitäts- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht". En: *ZStW*. (1989) pp. 617ss.

¹⁶ SCHÖNE. "La protección del hombre en el mundo moderno. (Algunas consideraciones sobre el papel del Derecho Penal)". En: Cuadernos de la Facultad de Derecho. Universitat de les Illes Balears. No. 12. (1985), pp. 51ss.

¹⁷ BUSTOS. "Los bienes jurídicos", cit., p. 184.

¹⁸ Se entiende pues que la efectiva protección de bienes como la vida o la integridad de las personas no puede conseguirse hoy sin una adecuada protección de los intereses colectivos. Vid. HERNÁNDEZ PLEASANCIA. "Delitos de peligro con verificación de resultado lesivo: ¿concurso de leyes?". En: ADPCP. (1994) p. 113. FIANDACA. "Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminal". En: *Diritto Penale in trasformazione*. Milano, Giuffrè 1985, p. 168. MARCONI. "La tutela degli interessi collettivi in ambito penale". En: RIDPP. (1979) p. 1053.

técnica de los delitos de peligro y de la ley penal en blanco, la responsabilidad de las personas jurídicas y sus órganos de dirección, el distanciamiento del «dogma causal» y el reconocimiento del valor del método de la imputación objetiva del resultado, entre otras construcciones dogmáticas¹⁹. Somos pues testigos de una verdadera «crisis» del Derecho Penal liberal, a la par que se asienta la necesidad de articular un modelo dogmático capaz de responder con eficacia a los requerimientos político criminales de estos tiempos.

3. En este contexto de riesgo social y tránsito hacia una dogmática moderna, especialmente situados en el terreno del Derecho Penal económico, la doctrina y la jurisprudencia europea actualmente remarcan la trascendencia de los bienes jurídicos colectivos, en tanto instrumentos jurídicos capaces de enfrentar eficazmente los peligros de la modernidad de fines de siglo. Por ello, se evaluará la legitimidad político criminal y el rendimiento dogmático de estos bienes colectivos (II), para finalmente revelar la intrascendencia penal de la noción de interés difuso (III).

II

4. Aunque es generalizado en la doctrina penal el uso de la categoría «bienes jurídicos colectivos», y dejando de lado por el momento la discusión acerca

de sus relaciones con los intereses difusos²⁰, debe advertirse que no reina acuerdo sobre su admisibilidad como categoría autónoma de la ciencia penal. Ciertamente, uno de los temas más debatidos en la actual teoría del bien jurídico²¹ reposa precisamente en torno al contenido, necesidad de protección, relación material con los bienes jurídicos individuales y técnicas de tipificación de los comportamientos que afectan bienes colectivos²². Frente a ello, sin embargo, considero importante reivindicar su trascendencia y autonomía, en razón de las deseadas consecuencias político criminales a que conducen²³.

El doble fundamento material de los bienes jurídicos colectivos se sostiene en la realidad social y en el modelo de Estado social. Por una parte, existen 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 modernidad²⁴. Pues bien, la atención de tales demandas tiene precisa acogida en el modelo de Estado social y democrático de Derecho²⁵, en virtud del cual éste 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 material²⁶, razón que justifica una intervención estatal activa para promover la atención de dichas necesidades, superando las

¹⁹ HILGENDORF. "Gibt es ein «Strafrecht der Risikogesellschaft»". En: NSfZ. (1992) pp. 10ss. KUHLEN. "Zum Strafrecht der Risikogesellschaft". En: GA. (1994) pp. 347ss. PRITTWITZ. *Strafrecht und Risiko*, cit., passim. HASSEMER. "Crisis y características", cit., pp. 638ss.

²⁰ Vid. infra §§12ss.

²¹ Para un estado de la cuestión en torno a la doctrina del bien jurídico Vid. CARO CORIA. "Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs". En: THEMIS - Revista de Derecho No. 35. (1997) pp. 137ss., en este trabajo he sostenido la construcción de un concepto material de bien jurídico-penal en función de los principios de merecimiento de pena (*Strafwürdigkeit*) y necesidad de pena (*Strafbedürftigkeit o Strafbedürfnis*), pp. 163-168. En igual sentido, mi monografía *La estabilidad del ecosistema como bien jurídico-penal*. Inédito. Salamanca 1997, pp. 154-199. Entre otros Vid. además, MARX. *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»*. Köln; Carl Haymanns 1972. CALLIES. *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*. Frankfurt am Main 1974. MIR PUIG. "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*". En: EPC. (1991) pp. 205ss. SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona; J.M. Bosch 1992, pp. 267 y ss, 284ss. LUZÓN PENA. "La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito". En: ADPCP. (1993) pp. 21ss. Ya MAYER. *Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts. Lehrbuch*. Heidelberg 1923, pp. 22-23, partía de los conceptos de «merecedor de protección», «necesitado de protección» y «capacidad de protección», según recoge luego para la doctrina de habla hispana MUÑOZ CONDE. "Función de la norma penal y reforma del Derecho Penal". En: NPP. (1973) pp. 412-415.

²² MÉNDEZ RODRÍGUEZ. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid; UCM y Ministerio de Justicia 1993, p. 30.

²³ En el mismo sentido, entre otros, BUSTOS. "Los bienes jurídicos", cit., pp. 197ss. MAQUEDA ABREU. "La idea de peligro en el moderno Derecho Penal". En: AP. Vol 1. (1994) p. 492. LAURENZO COPELLO. *El resultado en Derecho Penal*. Valencia; Tirant lo Blanch 1992, pp. 120-121.

²⁴ TIEDEMANN. *Lecciones de Derecho Penal económico*. Barcelona; PPU 1993, pp. 34-36.

²⁵ Aunque esta fórmula de síntesis se halla expresamente reconocida, por ejemplo, en la Constitución española (artículo 1.1: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho ..."), en el caso de la Constitución Peruana de 1993, se impone una lectura sistemática de los artículos 43 pá. 1 (Estado social y democrático), 38 y 51 (Estado de Derecho), entre otros.

²⁶ Vid. el conocido artículo 9.2 de la Constitución española: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

disfuncionalidades económicas y sociales²⁷. En esa perspectiva, Bustos Ramírez ha concluido que "los bienes jurídicos colectivos hay que definirlos 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 social"²⁸, concepto que en términos generales es compatible con lo aquí sostenido²⁹.

5. No obstante, contra una concepción autonomizadora de los bienes colectivos se han levantado Hassemer, Padovani y Terradillos Basoco, señalando que todo bien jurídico es ajeno al sentido garantista si no se fundamenta materialmente en una realidad individual, de modo que los bienes colectivos carecen de autonomía funcional³⁰. Por ende, esta tendencia plantea la duda de si el bien jurídico, como creación del Estado liberal, es acaso capaz de solventar materialmente una visión social y no individualista del ilícito penal³¹.

Hassemer no rechaza formalmente los bienes jurídicos «universales»³² (léase colectivos), pero los funcionaliza desde la persona, aceptándolos con la condición de que brinden la posibilidad de servir a intereses del hombre³³, pues de lo que se trata es

de "funcionalizar los intereses generales y del Estado a partir del individuo: los bienes jurídicos universales tienen fundamento sólo en la medida en que se corresponden con los intereses -conciliados- del individuo"³⁴. En tal sentido, dicho autor rechaza explícitamente que, por ejemplo, se pueda proteger el ambiente natural por sí mismo, sino como medio para satisfacer las necesidades de salud y vida del hombre³⁵, lo que al no evidenciarse en los tipos penales del §324 y siguientes del StGB, daría lugar a que éstos se califiquen como meros ilícitos administrativos³⁶, más aún cuando en la criminalización se recurre a los delitos de peligro abstracto, de forma tal que se renuncia a proteger concretos intereses humanos a cambio de tutelar instituciones sociales o «unidades funcionales de valor», realidades que por su vaguedad o falta de concreción impiden normalmente criticar un tipo penal por su excesiva amplitud³⁷.

En semejante tendencia, para Padovani los bienes colectivos no son bienes jurídicos propiamente, sino simples "metáforas conceptuales que designan el ámbito particular donde se percibe y se individualiza un conflicto de intereses, y las modalidades normativas establecidas para resolverlo o ponderarlo"³⁸. De este modo, por ejemplo, la referencia

²⁷ BUSTOS. "Los bienes jurídicos", cit., p. 196. Ciertamente, "El modelo social constitucionalmente reflejado, no es, en palabras de HÄBERLE un espejo de nuestra sociedad sino el faro al que ésta tiende" (*Die Verfassung des Pluralismus*, Frankfurt 1980, p. 87), Vid. la cita de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. Honor y libertad de expresión. Madrid, Tecnos 1987, p. 16, nota 7.

²⁸ BUSTOS. "Los bienes jurídicos", cit., p. 197.

²⁹ Este autor defiende una concepción básicamente sociológica del bien jurídico-penal, como la síntesis jurídica concreta de una relación social determinada y dialéctica, Vid. BUSTOS RAMÍREZ. Manual de DP. PE. 2ª ed. Barcelona, Ariel 1989, p. 3. No obstante, aunque a mi modo de ver las posiciones sociológicas no logran dotar de contenido material al bien jurídico-penal, pues se limitan a precisar los fundamentos centrales del merecimiento de pena, en términos de dañosidad social y referencia al individuo, no por ello juzgo inoportuna la definición de Bustos respecto de los bienes colectivos, dado que lo central en ellos radica precisamente en la dañosidad social y su relación de complementariedad con los bienes individuales.

³⁰ En la doctrina italiana sigue esta orientación FIANDACA. "Il «bene giuridico»", cit., p. 168. En España, HERNÁNDEZ. "Delitos de peligro", cit., pp. 113, 114 nota 7.

³¹ BUSTOS. "Los bienes jurídicos", cit., p. 186.

³² Denominación impropia dado que todo bien jurídico siempre implica una valoración masiva y universal, *Ibid.*, p. 191.

³³ HASSEMER. "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico". En: DoP. (1989) p. 282.

³⁴ *Ibid.*, p. 281.

³⁵ *Ibid.*, p. 283 citando a Lackner. Le sigue MATELLANES RODRÍGUEZ. "La protección penal del medio ambiente". En: El nuevo Código Penal: primeros problemas de aplicación. Universidad de Salamanca 1997, p. 63 nota 14.

³⁶ HASSEMER. "Lineamientos", cit., p. 284.

³⁷ *Ibid.*, pp. 279-280. Dado que SILVA. Aproximación, cit., p. 272 nota 392, p. 276 nota 405, comparte las críticas de Hassemer, MATELLANES. "La protección penal", cit., p. 63 nota 14, equipara las posiciones de ambos autores. Empero, a distinta conclusión debe arribarse teniendo en cuenta que Silva, en la delimitación del bien jurídico-penal, recoge la orientación personalista de Hassemer apenas como un criterio para el juicio sobre el merecimiento de pena.

³⁸ PADOVANI. "La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni". En: DDDP. (1984) p. 117.

al ambiente natural lo es a situaciones instrumentales consideradas fundamentales para la salvaguarda de los intereses puestos en peligro en un determinado contexto existencial como el proporcionado por el ecosistema, aunque es innegable que dichas situaciones instrumentales están ligadas a bienes jurídicos aceptados pacíficamente, pero respecto de los cuales la tutela es insuficiente e inadecuada³⁹. También en el plano crítico, y retomando los argumentos de Padovani, Terradillos Basoco⁴⁰ señala la innecesariedad de que los bienes jurídicos colectivos, en tanto condiciones instrumentales, sean dotados de sustantividad propia y autonomía, de forma que sus ataques revistan la forma de delitos de lesión. Considera que no es posible construir el concepto de bien colectivo sin que en él se identifiquen bienes individuales, pues dicho concepto constituye un marco de referencia o un conjunto de condiciones que garantizan la viabilidad de éstos. Consecuentemente, el autor sostiene la conveniencia de reducir al máximo los casos en que tales marcos abstractos se eleven a la categoría de bien jurídico colectivo, por razones de certeza y lesividad en la definición de los objetos de ataque tan difusos, que difícilmente podrían ser abarcados por el dolo, y, además, para evitar procesos de sobrecriminalización sustentados en bienes jurídicos ficticios y que dejan sin contenido la antijuricidad material. Por ello, Terradillos concluye apuntando a la necesidad de proteger sólo los bienes jurídicos individuales que «se esconden tras los colectivos», los cuales les dan contenido recurriendo a los tipos de peligro. Fuera de estos casos, deberá recurrirse al empleo de sanciones administrativas.

6. Ahora bien, pese a la importancia de los aportes antes reseñados, que reivindicaban las garantías inherentes al carácter personalista del bien jurídico-penal, considero que éstos conducen a resultados político criminales reñidos con las necesidades de protección penal de los propios bienes jurídicos

individuales. En efecto, al exigirse que en todo bien jurídico colectivo se reconozca una realidad individual, se corre el riesgo de retrasar la intervención punitiva, pues al sancionarse sólo las conductas que vulneran, por ejemplo, la vida humana, la salud o el patrimonio, entonces el Derecho Penal es concebido como un instrumento impotente desde el punto de vista preventivo al permitir que tales riesgos, quizás evitables mediante la protección autónoma de los bienes colectivos, se realicen en resultados peligrosos o lesivos, en cuyo caso la pena no cumple ninguna función utilitaria reconocible y se limita a la mera retribución por el hecho. Si a ello se añade que aún se desconocen científicamente la mayoría de relaciones causa-efecto entre tales riesgos y los daños que padecen los bienes personales⁴¹, es evidente que la eficacia de la norma penal queda muy limitada.

Dicho desconocimiento es neurálgico en sectores propios de la «sociedad de riesgo» y objeto de constante preocupación en la jurisprudencia europea, principalmente de Alemania y España, sobre todo en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos, como dan cuenta los asuntos antes citados: *Contergan*, *Lederspray*, *Holzschutzmittel* y *Colza*; oportunidades donde la imposibilidad de contar con leyes fenoménicas de carácter determinista⁴² a fin de demostrar con certeza el nexo causal entre el consumo normal de un producto y las consecuencias lesivas para la salud pública y los bienes jurídicos individuales, dio origen a profundos desacuerdos científicos en torno a la determinación de la ley fenoménica probabilística⁴³ aplicable en cada caso concreto. Con todo, estas experiencias han evidenciado, en el ámbito judicial, los importantes límites de la ciencia para explicar los fenómenos y sucesos naturales, incluso aquellos que pueden originarse en un comportamiento humano. Sin embargo, la desmitificación de la fe ciega en la ciencia no es reciente, pues ya desde la

³⁹ Ibid., p. 117.

⁴⁰ TERRADILLOS BASOCO. Derecho Penal de la empresa. Madrid; Trotta 1995, p. 50.

⁴¹ PAREDES/RODRÍGUEZ. El caso de la colza, cit., pp. 49ss. En el terreno penal ambiental, por ejemplo, muchos de los procesos que operan en el ecosistema no pueden explicarse mediante los modelos causales mecanicistas clásicos, pues obedecen más bien a fenómenos de acumulación, adición y sinergia causal. Vid. SAMSON. "Kausalitäts", cit., p. 618.

⁴² Ellas establecen una "conexión necesaria entre dos especies de hechos". Vid. PAREDES CASTAÑÓN. El riesgo permitido en Derecho Penal. (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas). Madrid; Ministerio de Justicia e Interior 1995, pp. 172-173, la forma lógica de estas leyes es la de una proposición predicativa perfecta: $Ax(A \rightarrow B)$. Es decir: Para todo supuesto, si se produce A, entonces se produce también B. Vid. Ibid., p. 173 nota 62.

⁴³ Es decir, "aquellas que establecen una conexión de frecuencia entre dos especies de hechos. Se trata, por lo tanto, de leyes que no garantizan con seguridad la conexión, sino que únicamente afirman que dicha conexión se da entre una parte de ambas especies de hechos, y, además, cuantifican esa parte (...). indican que, a partir de una acción A, se deriva la consecuencia C con un porcentaje P de probabilidades". Vid. Ibid., pp. 173-174. En su forma lógica, estas leyes señalan que dadas las especies de hechos A y B, $Ex(A \rightarrow B)$. Existe al menos uno de esos hechos de la especie A del que se sigue un hecho de la serie B. Vid. Ibid., p. 174 nota 69.

segunda mitad del siglo XIX, las investigaciones de Max Planck en el campo subatómico pusieron en crisis la concepción mecanicista del mundo, de tradición aristotélica y newtoniana, aferrada al principio de la causalidad y a las categorías de espacio y tiempo⁴⁴. Luego, con los desarrollos y fórmulas elaboradas por Heisenberg (1927), la denominada física de la mecánica cuántica erigió su propio modo de calcular las magnitudes de los movimientos y los lugares en el interior de los átomos, a partir de lo cual se acepta que en el terreno subatómico no opera la ley de la causalidad⁴⁵. En similar orientación, la formulación por Einstein de las conocidas teorías de la relatividad general y especial, así como la generalizada aceptación de la teoría del «big bang» sobre el origen del universo, han afectado también negativamente a las categorías de tiempo y espacio⁴⁶. Por ello, actualmente el mundo ya no puede ser visto como un inmenso reloj sumamente preciso, es decir, como un sistema físico altamente regular⁴⁷. Ahora bien, frente a esta relativización del conocimiento científico y, en particular, del principio de la causalidad y las categorías de espacio y tiempo, cabe preguntarse sobre su repercusión en la órbita penal. En este sentido, no puede albergarse dudas sobre la incapacidad del Derecho Penal de elaborar y manejar un concepto

propio o privativo de causalidad, dado que ello significaría solucionar anteladamente los problemas que, frente a las categorías de espacio y tiempo, enfrenta la física teórica⁴⁸. En tal sentido, considero que la reevaluación teórica de la causalidad en el plano físico no debe evitar su empleo en el ámbito jurídico⁴⁹, por lo que debe aceptarse como punto de partida la relevancia jurídico-penal de las leyes fenoménicas deterministas y probabilísticas, éstas últimas de enorme importancia para el control de las fuentes de riesgo para los bienes jurídicos colectivos.

Consecuentemente, la opción personalista del bien jurídico le resta autonomía a los bienes jurídicos colectivos⁵⁰ y constituye un proyecto tributario de un modelo penal retribucionista e ineficaz, es decir, desprotector de los bienes jurídicos individuales que, contradictoriamente, pretende tutelar garantísticamente. Tales críticas, en el terreno penal ambiental, están corroboradas empíricamente con la experiencia criminalizadora del derogado artículo 347 bis del trCP, el cual exigía para la tipicidad poner “en peligro grave la salud de las personas”⁵¹.

7. Por estas razones, considero importante poner de relieve la autonomía de los bienes jurídicos colecti-

⁴⁴ REYES ALVARADO. Imputación objetiva. 2ª ed. Santa Fé de Bogotá; Temis 1996, p. 35, señala que “Los trabajos de Max Planck demostraron comportamientos irregulares en el campo subatómico, donde las órbitas de los electrones que giran alrededor del núcleo de los átomos desafían las leyes de la física ya que pese al gasto de energía que sus desplazamientos suponen, mantienen idénticas órbitas en lugar de que (como sería de esperarse) ese gasto de energía las hiciera ser atraídas hacia el núcleo describiendo círculos más pequeños y a mayor velocidad”.

⁴⁵ Ibid., pp. 35-36. Sin duda los aportes de Heisenberg sirvieron para demostrar las inconsistencias del determinismo, pues se logró “demostrar que existían procesos ínfimos que convertían al reloj determinista en algo impreciso. La física cuántica se vio obligada a introducir las probabilidades. Si el mundo físico no era un mundo regulado por las leyes newtonianas, sino que en él regía la imprecisión y la irregularidad, los fundamentos empíricos del determinismo quedaban seriamente debilitados”, Vid. DOVAL PAIS. Delitos de fraude alimentario. Pamplona; Aranzadi 1996, p. 271 nota 32

⁴⁶ REYES. Imputación objetiva, cit., pp. 36-37.

⁴⁷ POPPER. Un mundo de propensiones. Madrid, 1992, p. 22. La constatación de esta realidad constituye el principal aliciente de la ciencia en el afán de mermar permanentemente el desconocimiento sobre la explicación de los sucesos y fenómenos naturales, aunque evidentemente conserva plena vigencia la idea de la filosofía antigua de que es más lo desconocido que lo conocido sobre tales fenómenos. En este contexto, se ha venido a entender que la ciencia modernamente “trata de buscar racionalidad al objeto y se asume que no hay «verdades» absolutas, sino que se van encontrando verdades parciales y provisionales, que van alcanzando consenso en la comunidad científica en un momento dado. Se trata de una razón comunicativa: testimonial y de fiabilidad”, Vid. ZÚNIGA RODRÍGUEZ. “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal en el Perú?”. Inédito. Salamanca 1996, p. 1 nota 2, citando a Habermas, Adorno, Horkheimer y FLOREZ MIGUEL. Mundo técnico y humanismo. Universidad de Salamanca, 1994.

⁴⁸ REYES. Imputación objetiva, cit., p. 37.

⁴⁹ Ibid., p. 37, señala irónicamente Reyes: “En efecto, mientras los accidentes de tránsito con lesiones y muertes no sean provocados por vehículos que se mueven a velocidades cercanas a la de la luz, mientras no ocurran delitos dentro de los átomos, y en tanto el universo no termine de expandirse y comience su contracción, el Derecho puede seguir trabajando con el concepto tradicional de la causalidad sin preocuparse de los inconvenientes que él presenta como consecuencia de la física cuántica y la teoría de la relatividad”, pp. 37-38.

⁵⁰ No queda clara la coherencia, por ejemplo, de defender simultáneamente una opción personalista del bien jurídico-penal y la autonomía del bien jurídico ambiente, aunque MATELLANES. “La protección penal”, cit., p. 63, considera que ello es posible.

⁵¹ Vid. por todos, VERCHER NOGUERA. “Visión jurisprudencial sobre la protección penal del medio ambiente”. En: AP. Vol 1. (1995) p. 42. PÉREZ DE GREGORIO. “Jurisprudencia penal medioambiental”. En: LL. Vol 4. (1995) pp. 966-968. BAUTISTA PAREJO. “La prueba pericial en los supuestos de delito ecológico”. En: La protección penal del medio ambiente. Madrid; Coda/Aedenat 1991, pp. 141-145.

vos en relación con los individuales, lo que no implica un divorcio entre ambas realidades normativas, pues, partiendo de la clasificación de Bustos Ramírez⁵², los colectivos son bienes que inciden en el funcionamiento del sistema y por ende se encuentran al servicio de bienes microsociales 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 y de protección de bienes jurídicos, pues sólo si se acepta que los bienes jurídicos colectivos poseen sustantividad propia puede concluirse que la titularidad de los mismos es colectiva⁵³. Esta construcción es plenamente acorde con el concepto de bien jurídico-penal que defiende⁵⁴, 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 Constitución, es decir, en orden al desarrollo libre y digno del individuo⁵⁵.

Con esas restricciones, considero superados los temores de un sector doctrinal en el sentido de que la protección de bienes jurídicos colectivos, en el

seno de un Estado social intervencionista, puede convertirse en una injustificada expansión del Derecho Penal, contradictoria con los principios de mínima intervención penal y el programa despenalizador⁵⁶. Ciertamente, si se entiende el proyecto de reducción penal según los principios de tutela exclusiva de bienes jurídicos, fragmentariedad, subsidiaridad y utilidad⁵⁷, podrá concluirse que éste no se limita a la simple descriminalización de los comportamientos bagatelares o mejor controlables en sede extra-penal, 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 descriminalización, de acuerdo con los baremos que proporcionan los principios de merecimiento y necesidad de pena en el modelo de Estado social y democrático de Derecho⁵⁸. Asimismo, con la postura aquí defendida se difuminan las dudas sobre la pretensión de atribuir al Derecho Penal una misión promocional⁵⁹ que corresponde a otros medios de control social, y se evade el riesgo de administrativizar la reacción punitiva mediante el común recurso al Derecho Penal accesorio o complementario⁶⁰, de similar contenido material que el Derecho Administrativo sancionador⁶¹. En

⁵² BUSTOS, PE, cit., p. 6, diferencia los bienes jurídicos referidos a las bases de la existencia del sistema de aquellos que están en conexión con su funcionamiento. Los primeros permiten la existencia del sistema social, son los que tradicionalmente han sido llamados bienes jurídicos individuales e inciden en las relaciones microsociales como la vida humana o la salud individual. De otro lado, los bienes relacionados con el funcionamiento del sistema se refieren a las relaciones macrosociales. Sin su protección el sistema puede existir pero no funciona adecuadamente, pues están al servicio de las bases del sistema, por lo que implican una actividad de intervención para corregir sus disfunciones como ocurre con el ambiente natural, la fe pública o la libre competencia. Ahora bien, el autor distingue dentro de esta última categoría de bienes: los colectivos, los institucionales y los de control. Los colectivos se refieren intrínsecamente a las condiciones indispensables para que se den las bases de la existencia del sistema, son bienes presentes de forma constante en el quehacer cotidiano de cada uno de los sujetos y grupos en que éste se integra, su aficción impide el desarrollo real y efectivo de la vida, la salud individual, la libertad, etc. En el mismo sentido, la 3ª ed. 1997.

⁵³ MÉNDEZ. Los delitos de peligro, cit., p. 34. La autora advierte que, por contra, si los bienes jurídicos colectivos, como proponen Hassemer, Padovani y Terradillos, "no son más que nuevas formas de defensa de los bienes jurídicos individuales, si se están refiriendo directamente al individuo, (entonces) no podemos afirmar su titularidad colectiva, sino individual", negrita entre paréntesis fuera de texto.

⁵⁴ CARO. "Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal", cit.

⁵⁵ Vid. los artículos 1 y 2.1 de la Constitución del Perú. Similar, artículo 10.1 de la Constitución española, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. El delito de lesiones. Universidad de Salamanca 1982, pp. 66ss.

⁵⁶ Como se cuestiona MIR PUIG. "Sobre el principio de intervención mínima del Derecho Penal en la reforma penal". En: El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho. Barcelona; Ariel 1994, p. 152. CUELLO CONTRERAS. "Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho Penal". En: ADPCP. (1981) pp. 472ss.

⁵⁷ Sobre estos principios Vid. mis trabajos CARO CORIA. La protección penal del ambiente. Lima, B,M&U 1995, pp. 85ss. "Sistema penal y mínima intervención". En: THEMIS - Revista de Derecho No. 27-28. (1994) pp. 183ss.

⁵⁸ PORTILLA CONTRERAS. "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos". En: CPC. No. 39. (1989) p. 740.

⁵⁹ Lo que sí sustenta BERDUGO. Honor y libertad de expresión, cit., p. 16.

⁶⁰ El «Nebenstrafrecht» del Derecho Penal alemán.

⁶¹ MIR. "Sobre el principio", cit., p. 154.

efecto, ya en otra oportunidad he negado rotundamente que el Derecho Penal deba constituirse en un apéndice del control administrativo pues ello nos llevaría a vaciar de contenido material el bien jurídico-penal y nutrirlo con un formalismo peligroso de matiz funcionalista radical⁶². En ese sentido, la delimitación del objeto de tutela, en función de los citados principios de merecimiento y necesidad, margina la temida administrativización y cualquier intento de atribuir al Derecho Penal funciones ideológicas promocionales, acentuándose por contra su función protectora de los valores fundamentales de la colectividad⁶³. En esta última línea de ideas, es impropio señalar que nos hallamos ante un bien jurídico supraindividual, porque no estamos ante una categoría que se halle «por encima» o «más allá» del individuo, pues los bienes colectivos están en función de todos los miembros de la sociedad, es decir, al servicio de cada ciudadano, de modo que la expresión «colectivo» excluye toda discriminación, beneficio unilateral o parcialidad en la protección. En coherencia con ello, los bienes jurídicos colectivos son complementarios de los bienes jurídicos individuales⁶⁴, de modo que su tutela sólo se justifica como forma autónoma y adelantada de protección de éstos últimos⁶⁵, adelantamiento que se fundamenta, en el ámbito del merecimiento de pena, por la mayor dañosidad social de sus afeciones frente a las de orden microsociales.

8. Empero, estas ideas no necesariamente conllevan a justificar el recurso a los tipos de peligro abstracto⁶⁶, dado que dicho carácter complementario no implica que los delitos que se configuren para proteger bienes jurídicos colectivos hayan de ponerse, al definir su estructura típica, en relación a los bienes jurídicos individuales complementados. Por ello, no hay necesidad de recurrir a dicha fórmula de tipificación contraria al principio de lesividad, “ya que desde una debida caracterización del bien jurídico colectivo se pueden construir en relación a él -y no al bien jurídico complementado- delitos de lesión o de peligro concreto”⁶⁷, técnicas recomendadas, por ejemplo, por la Sección I del XV Congreso de la AIDP de 1994, relativa a los delitos contra el ambiente, cuando precisa que el elemento material mínimo de las infracciones penales debería ser “una acción u omisión que contravenga un texto legal o reglamentario y que cree un peligro real e inminente (concreto) para el ambiente”⁶⁸.

Con todo, la discusión sobre la necesidad de instrumentar delitos abstractos de peligro ha cobrado gran actualidad en el terreno del Derecho Penal económico, de forma que un sector los considera esenciales en el marco de una política criminal con pretensiones de eficacia, para lo cual se ha sostenido últimamente que estos ilícitos no son ayunos de lesividad, pues siempre afectan la seguridad en el uso de los bienes⁶⁹.

⁶² Vid. CARO. “Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal”, cit., passim, donde me opongo al entendimiento de la misión del Derecho Penal como defensa de la vigencia de la norma, en el sentido que defienden Jakobs y sus epígonos. Vid. JAKOBS. *Strafrecht*. AT. 2ª ed. Berlin; W. de Gruyter 1991, 2/1-28, hay trad. 2ª ed. Madrid; Marcial Pons 1997. Del mismo, *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Madrid; Civitas 1996, pp. 89ss. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*. Madrid; Civitas 1996, pp. 15ss. *Fundamentos del Derecho Penal*. Buenos Aires; Ad-hoc 1996, passim.

⁶³ PORTILLA. “Principio de intervención mínima”, cit., p. 741.

⁶⁴ BUSTOS. “Los bienes jurídicos”, cit., pp. 196-197. PÉREZ ALVAREZ. *Protección penal del consumidor*. Barcelona; Praxis 1991, pp. 51-53. En similar dirección, PAREDES. “Responsabilidad penal y «nuevos riesgos»”, cit., pp. 219-220, señala p.e. que el ambiente “es un bien jurídico eminentemente «funcional», en el sentido de que posee sentido tan sólo por referencia a otros bienes e intereses ... se configura como un núcleo de protección previo al de otros bienes jurídicos individuales o colectivos de valor intrínseco”, p. 219.

⁶⁵ RODAS MONSALVE. *Protección penal y medio ambiente*. Barcelona; PPU 1994, p. 29, en el terreno ambiental pp. 100-101, aunque sólo refiriéndose a la complementariedad respecto de la salud.

⁶⁶ En el ámbito del Derecho Penal económico la AIDP, en su XIII Congreso de 1984, recomendó (Sec. II, ítem 9) el uso de delitos de peligro abstracto. Asimismo, esta técnica fue considerada en la Resolución No. 1 Relativa a la protección del ambiente por el Derecho Penal, de la 17 Conferencia de Ministros Europeos de Justicia, realizada en Estambul en 1990, cuyo apartado b) motiva examinar la oportunidad “De regular en éste ámbito el concepto de delitos de peligro (concreto, abstracto o potencial) con independencia del perjuicio efectivo”, negrita fuera de texto.

⁶⁷ BUSTOS. “Los bienes jurídicos”, cit., p. 198. Similar, TIEDEMANN. *Poder económico y delito*. Barcelona; Ariel 1985, p. 36.

⁶⁸ Apartado II.8.b), en: RIDP. 1er. y 2do. trimestres. (1995) p. 76.

⁶⁹ KINDHÄUSER. *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*. Frankfurt am Main; Vittorio Klostermann 1989, passim. “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal económico”. En: Varios Autores. *Hacia un Derecho Penal económico europeo*. Madrid; BOE 1995, pp. 448ss. “La protección de los bienes jurídicos por medio de las prohibiciones de lesión o de peligro”. En: *Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Bogotá; Universidad del Externado de Colombia 1996, pp. 75-76, 80ss. Para este autor los delitos de peligro tienen un contenido de injusto propio, conformado por la lesión, no del bien jurídico en sí mismo, sino de su seguridad, le sigue en España: CORCOY BIDASOLO. “Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública”. En: ADPCP. (1989) p. 337.

o porque en ellos puede encontrarse un «disvalor potencial de resultado»⁷⁰. Por contra, otro sector entiende que debe primar el respeto a los principios esenciales como el de lesividad o determinación, de modo que sólo es posible recurrir a los tipos de lesión y peligro real o concreto⁷¹. A su vez, otra línea doctrinal considera que los principios básicos del Derecho Penal y las necesidades de eficacia, pueden salvaguardarse si se utilizan técnicas que contemplen como base mínima para la tipicidad la realización de un comportamiento *ex-ante* peligroso, y a las que algunos siguen denominando «peligro abstracto» y otros «fórmulas intermedias»⁷².

9. No obstante, debe reconocerse las mayores dificultades que plantea la concreción y estructuración de los tipos penales que protegen bienes jurídicos colectivos, frente a lo cual debe recurrirse a los criterios de merecimiento y necesidad de pena antes citados, pero teniendo presente además que generalmente nos hallamos ante relaciones de conflictividad entre múltiples intereses, de modo tal que la protección a instrumentarse no puede ser absoluta o pretenderse en términos de intangibilidad, sino más bien como producto de la ponderación de dichos intereses⁷³. Ciertamente, por ejemplo, en la protección del entorno natural, como señala Heine, existe en la mente del legislador un conflicto “entre los intereses particulares y sociales en la conservación de un medio ambiente puro, por un lado, y el derecho a la libertad (de empresa) del contaminador, junto a intereses públicos de desarrollo tecnológico e industrial, por otro”⁷⁴. En esta línea de pensamiento, la ponderación de los con-

flictos sociales en relación a los bienes jurídicos individuales se efectúa en muchas ocasiones a través de las causas de justificación⁷⁵, sin embargo en relación a los colectivos, se efectúa principalmente al definir el bien jurídico y al estructurar el tipo penal⁷⁶.

En efecto, el binomio riesgo-seguridad no se aprecia maniqueamente en la actualidad, dada la enorme influencia del pensamiento utilitario (costo/beneficio) inherente a la lógica de los modelos económicos de mercado que imperan, de forma que la sociedad admite convivir con determinadas fuentes de peligro por los importantes beneficios que reportan⁷⁷. Dicho de otro modo, “**puesto que es imposible eliminar de raíz la amenaza de todo peligro para los bienes jurídico-penalmente protegidos, el Ordenamiento jurídico-concretamente aquí, su sector penal- autoriza (no castiga) a las personas a realizar algunos de ellos, por su utilidad, a pesar incluso de que en algunos casos puedan llegar a lesionar efectivamente dichos bienes jurídicos**”⁷⁸. Antes bien, pese a la «necesidad» de tolerar tales actividades, no se concibe que las conocidamente peligrosas se realicen sin someterse a un conjunto de reglas de conducta que, sustentadas en una finalidad preventiva y generalmente desarrolladas por la Administración, tienen como objetivo disminuir la probabilidad de que tales peligros se realicen en resultados lesivos para los bienes jurídicos. De esta forma, el ordenamiento jurídico limita la realización de las actividades peligrosas mediante la imposición de niveles de riesgo permitidos, es decir, que conductas en sí

⁷⁰ LAURENZO. El resultado, cit., pp. 180ss.

⁷¹ MÉNDEZ. Los delitos de peligro, cit., pp. 161ss., 207, 234ss.

⁷² SCHRÖDER. “Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?”. En: JZ. (1967) pp. 522ss. “Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht”. En: ZStW. (1969) pp. 7ss. GALLAS. “Abstrakte und konkrete Gefährdung”. En: Festschrift für Heimitz. Berlin; W. de Gruyter 1972, pp. 171ss. TORIO LOPEZ. “Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”. En: ADPCP. (1981) pp. 825ss.

⁷³ PEDRAZZI. “El bien jurídico en los delitos económicos”. En: La reforma penal: delitos socio-económicos. Universidad de Madrid 1985, pp. 282-284.

⁷⁴ HEINE. “Accesoriedad administrativa”, cit., p. 292.

⁷⁵ Vid. por todos ROXIN. Política criminal y sistema del Derecho Penal. Barcelona; Bosch 1972, pp. 55ss. Antes bien, se viene imponiendo la idea de que en la determinación del «núcleo esencial» de los derechos fundamentales es necesario acudir a la técnica de la ponderación de intereses, muy común por ejemplo, para resolver la tensión entre el derecho al honor y la libertad de expresión. Vid. por todos ALEXY. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid; Centro de Estudios Constitucionales 1993. No obstante, los derechos fundamentales no se equiparan con el concepto de bien jurídico-penal, aunque debe reconocerse una relación más estrecha en el ámbito de los bienes jurídicos individuales.

⁷⁶ MÉNDEZ. Los delitos de peligro, cit., p. 34.

⁷⁷ SCHÜNEMANN. “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”. En: JA. (1975) p. 576. GÓMEZ PAVÓN. El delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes. Barcelona; Bosch 1992, p. 104.

⁷⁸ PAREDES. El riesgo permitido, cit., p. 26.

mismas peligrosas son permitidas siempre que se respeten los límites de riesgo, mientras que la violación de tales límites puede determinar la antijuricidad de la conducta⁷⁹. En tal medida, cobra relevancia penal la institución del riesgo permitido, sobre la cual se discute aún su concepto, contenido, funciones y autonomía sistemática⁸⁰, pero existe cierta unanimidad en reconocer su rendimiento en la resolución de casos en donde la autorización general de la conducta peligrosa o lesiva para el bien se deriva de considerar el concurso de otros intereses⁸¹, mercedores también de tutela, que han de ser puestos en relación con la protección que el bien jurídico subyacente al tipo merece, limitándose así dicha protección, en función de la ponderación de todos los intereses concurrentes⁸².

10. Ahora bien, cuando los bienes colectivos constituyen entidades macrosociales⁸³, entonces su efectiva lesión o puesta en concreto peligro no puede lograrse muchas veces a través de una mera conducta individual⁸⁴, sino mediante la reiteración generalizada de comportamientos que violan las reglas básicas que aseguran el sistema y su funcionamiento⁸⁵. Debido a ello, actualmente suele aceptarse el planteamiento de Schönemann sobre la necesidad de recurrir a los llamados "delitos con bien jurídico intermedio espiritualizado"⁸⁶, a través de los cuales pueden protegerse aquellos bienes jurídicos colectivos en los que la tipificación de una lesión o concreta puesta en riesgo es difícilmente

imaginable, haciéndose incierta la determinación del grado de lesividad exigible a la conducta individual en relación con el bien colectivo.

Precisa Rodríguez Montañés que "aquí no se trata de anticipar la tutela de los bienes esenciales (**individuales**), sino de proteger **otros bienes (colectivos)** cuya peculiar naturaleza exige el empleo de esta técnica (...) Siendo así, es legítima la punición de toda realización típica sin necesidad de constatar la peligrosidad en relación con el bien inmaterial (**colectivo**) que mediatamente se protege, pues **formalmente estamos ante delitos de lesión (respecto del bien intermedio ...)**. En cuanto a las exigencias del tipo subjetivo, es también irrelevante la referencia al bien jurídico (**colectivo**) mediatamente protegido: el dolo o la imprudencia del sujeto han de referirse sólo a los elementos típicos (...) sin necesidad de corrección alguna. Es suficiente con la lesión del objeto o bien «representante» (**o intermedio**) y con que el dolo o la imprudencia se refieran a ella"⁸⁷.

A mi juicio este punto de partida es esencialmente correcto, mas de allí, no se puede sostener que la técnica más adecuada para tutelar los bienes jurídicos colectivos son los delitos abstractos de peligro a través de la tipificación de la afectación de un "bien intermedio con función representativa"⁸⁸. Por el contrario, considero que esta acotación del bien colectivo o su mayor delimitación como bien inter-

⁷⁹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. Delitos de peligro, dolo e imprudencia. Madrid; UCM 1994, pp. 6-7.

⁸⁰ MAIWALD. "De la capacidad de rendimiento del concepto «riesgo permitido», para la sistemática del Derecho Penal". Bogotá: Universidad Externado de Colombia 1996, pp. 11ss.

⁸¹ Sin embargo, como se indicó, MÉNDEZ. Los delitos de peligro, pp. 34-35, considera que, en el terreno de los bienes jurídicos colectivos, la resolución de la conflictividad de los diversos intereses concurrentes puede arbitrarse mediante la propia determinación del bien jurídico y al estructurar el tipo penal. De allí que sea sostenible un concepto formal de «riesgo permitido», como propone MAIWALD. "De la capacidad", cit., pp. 35ss.

⁸² PAREDES. El riesgo permitido, cit., p. 517.

⁸³ Por ejemplo, la libre competencia, la salud pública, la estabilidad del ecosistema, etc.

⁸⁴ Por contra, ello sí puede suceder respecto de los bienes jurídicos colectivos reconducibles a bienes individuales, en cuyo caso los tipos incriminan conductas potencialmente lesivas, por ejemplo, para la vida o la salud de las personas, como ocurre en determinados delitos contra la seguridad del tráfico (artículo 379ss. del Código Penal), Vid. RODRÍGUEZ. Delitos de peligro, cit., pp. 299-300.

⁸⁵ Ibid., pp. 300-301.

⁸⁶ SCHÜNEMANN. "Moderne Tendenzen", cit., p. 798. Asume esta denominación, ROXIN. *Strafrecht*. AT. T.I. München; C.H. Beck 1992, 11/126. JAKOBS. AT, cit., 6/88, se refiere a los "delitos que lesionan un objeto con función representativa", lo que parece más adecuado al erradicarse todo signo de «espiritualismo» del discurso dogmático.

⁸⁷ RODRÍGUEZ. Delitos de peligro, cit., pp. 300-301, negrita entre paréntesis fuera de texto.

⁸⁸ Lo que sí defienden RODRÍGUEZ. Delitos de peligro, cit., pp. 301-302. FIANDACA. "La tipizzazione del pericolo". En: DDDP. (1984) pp. 455ss. Para el ámbito del Derecho Penal económico, TIEDEMANN. Poder económico y delito, cit., p. 36. "Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität". T.I. AT. Studium; Hamburg 1976, pp. 81ss., 86. "Wirtschaftsstrafrecht - Einführung und Übersicht". En: JuS. (1989) p. 691.

medio para el ámbito de la tipicidad⁸⁹, permite con mayor razón desterrar el uso de los tipos de peligro abstracto. Por cierto, aquellas conductas que afectan o lesionan directamente al bien intermedio equivalen, al menos, a una puesta en riesgo concreto del bien colectivo. En todo caso, los comportamientos que sólo ponen en riesgo al bien intermedio, es decir, los que podría entenderse originan un peligro abstracto para el bien colectivo, deben controlarse, a mi entender, fuera del Derecho Penal, dado que la relación con los bienes individuales es tan lejana o remota que no se justifica el merecimiento de pena, por lo que debe instrumentarse para tales supuestos la intervención del Derecho Administrativo sancionador al no configurarse un bien jurídico-penal.

11. De este modo, lo expuesto puede resumirse como sigue: los bienes jurídicos colectivos tienen autonomía frente a los individuales y su titularidad pertenece a toda la ciudadanía por igual. Éstos son complementarios de los bienes individuales en la medida que constituyen condiciones esenciales para su adecuado funcionamiento. Por ello, la reacción penal frente a las ofensas que sufren los bienes colectivos debe ser menor a la conminada respecto de los individuales. La determinación del contenido y límites de los bienes jurídicos colectivos debe ser producto de una ponderación racional de diversos intereses legítimos. La tutela de dichos bienes debe operar en relación a su propio contenido, sin necesidad de referencias implícitas o explícitas a los bienes individuales, y recurriendo sólo a tipos de lesión o de peligro concreto.

III

12. Finalmente, en cuanto a los bienes colectivos, me interesa poner de relieve su relación con los denominados intereses difusos, cuya referencia en sectores específicos como la protección del ambiente⁹⁰, y en general dentro del terreno penal económico⁹¹, constituye un lugar común para la ciencia penal contemporánea. No obstante, la determinación del concepto, límites y funciones de los intereses difusos no es clara en la doctrina, más aún cuando se pretende sostener diferencias ontológicas en relación con los bienes jurídicos colectivos, de cara a conocer si nos hallamos ante una dualidad innecesaria o más bien frente a dos realidades que sirven a fines diversos o complementarios. Como es ampliamente conocido, la noción de interés difuso o difundido⁹² fue introducida en la ciencia jurídica por Sgubbi⁹³.

Así identificaba Sgubbi aquél interés o aspiración difundida, es decir, presente de modo informal y propagado a nivel masivo en determinados sectores de la sociedad, con un control sobre las posiciones jurídico-económicas dominantes, todavía excluidas a la participación, de modo que se trata de una estructura alternativa a la tradicional categoría de derecho subjetivo que ha informado al Derecho en general y también al Derecho Penal, pues el bien jurídico no sería más que una sublimación e ideologización burguesa del concepto privatista de derecho subjetivo⁹⁴. En la doctrina española, es también conocida la definición introducida por Lozano-Higuero y Pinto, según la cual difuso es el

⁸⁹ En tal sentido, por ejemplo, en los delitos contra el ambiente natural (artículos 325 y siguientes del Código Penal español), 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 las 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, 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, Vid. CARO. La estabilidad del ecosistema, cit., pp. 217 y ss.

⁹⁰ SGUBBI. "Protección penal del medio ambiente en Italia". En: Protección internacional del medio ambiente y Derecho Ecológico. Bilbao; UPV 1987, pp. 162ss. En la misma publicación, CARBONELL MATEU. "En torno a los intereses de titularidad colectiva", pp. 215ss. DE LA CUESTA ARZAMENDI. "Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente". En: Documentación Jurídica. Vol 2. No. 37-40. (1983) p. 879. PERIS RIERA. Delitos contra el medio ambiente. Universidad de Valencia 1984, p. 24.

⁹¹ BUSTOS RAMÍREZ. "Perspectivas actuales del Derecho Penal económico". En: Revista Peruana de Ciencias Penales. No. 1. (1993) pp. 65ss.

⁹² SERRANO MORENO. "El conflicto ecológico en el momento judicial del Estado de Derecho". En: JPD. No. 25. (1996) p. 82 nota 10, precisa que la traducción correcta del italiano «diffusi» sería «difundidos» y no «difusos».

⁹³ SGUBBI. "Tutela penale di «interessi diffusi»". En: LQC. (1975) pp. 439-481.

⁹⁴ Ibid., pp. 439, 449 y 446. En similar dirección, la clásica S 2207/1978 de la Corte Suprema Italiana de Casación define los intereses difundidos como aquellos "que en relación al objeto protegido, a las características y a la particular naturaleza de la normativa concerniente, son inadecuados para ser considerados en el ámbito exclusivamente individual, pudiéndose pues referir al sujeto no ya como individuo, sino como miembro de una colectividad más o menos amplia, coincidente al límite con la generalidad de los ciudadanos, pudiendo así dar lugar a una pluralidad de situaciones jurídicas análogas, con la consecuencia de que la disposición administrativa destinada a incidir sobre dichos intereses difusos no perjudica -en vía directa y actual- la esfera jurídica individual del sujeto", cit. por SERRANO. "El conflicto ecológico", cit., p. 82 nota 13.

“interés de un sujeto jurídico en cuanto compartido -expandido- o compartible -expandible- por una universalidad, grupo, categoría, clase o género de los mismos; cuyo disfrute, ostentación y ejercicio son esencialmente homogéneos y fungibles, y que adolece de estabilidad y coherencia en su vinculación subjetiva, así como de concreción normativa orgánica en sus tutelas material y procesal”⁹⁵.

13. Ahora bien, descritas sólo a modo de ejemplo las anteriores definiciones, cabe poner de relieve que han sido varias e infructuosas las pretensiones doctrinales de diferenciar con certeza los intereses difusos de los colectivos, para lo cual se ha recurrido a variados criterios como la titularidad, el grado de organización, la divisibilidad del bien o su uso dentro de una rama del ordenamiento jurídico, entre otros⁹⁶. No obstante, en la doctrina penal González Rus ha demostrado que las únicas diferencias entre ambas categorías son «formales», es decir, de tratamiento jurídico, y no sustanciales, pues “sólo los intereses difusos que tienen una base organizada y directamente reconocible (colectivos) pueden llegar a tener reconocimiento y actuación jurídica, aunque sustancialmente y en su existencia prejurídica unos y otros son equivalentes”⁹⁷.

De igual modo, precisa Pérez Alvarez que los “bienes jurídicos colectivos y difusos son en esencia equiparables y las diferencias observadas no son sino de carácter formal (...). En definitiva no hay una diferencia de concepto entre tales objetos jurídicos sino una diferencia referente al tratamiento jurídico, no sustancial o de tutela jurídica”⁹⁸. Por tales motivos, Mateos Rodríguez-Arias entiende que si bien los intereses difusos surgen al margen de todo reconocimiento formal, en el

momento en que se traspassa la situación puramente fáctica y el ordenamiento reconoce la existencia del interés difuso, estableciendo sus condiciones formales, éste se habrá convertido en un interés colectivo, de suerte que no es otra cosa que “el interés difuso jurídicamente reconocido”⁹⁹. En similar línea, últimamente Bujosa Vadell, quien se ha enfrentado monográficamente al estudio procesal de los intereses de grupo, ha concluido que la distinción entre intereses colectivos y difusos es relativa y poco neta, “que en todo caso tendría solamente un valor descriptivo pero no trascendencia jurídica. Es sólo un dato exterior el que cambia, no nos añade nada, sólo tiene eficacia descriptiva. La diferencia está en que los intereses colectivos implican una mayor determinación que facilita la identificación del portador, allanándose de éste modo las dificultades para su protección”¹⁰⁰.

14. Empero, y sin perjuicio de reconocer la virtud de éstas opiniones, considero que en el ámbito penal material el valor de los intereses difusos debe medirse por su utilidad en el terreno dogmático. En tal sentido, considero que esta categoría carece de trascendencia para el Derecho Penal¹⁰¹, pues no añade algo conceptualmente nuevo ni permite extraer consecuencias dogmáticas ciertas, sino más bien confusiones por su ambivalencia: por un lado, su semejanza con los bienes colectivos ha motivado infructuosos esfuerzos diferenciadores; y por otra parte constituye una concepción más bien opuesta al concepto material de bien jurídico-penal como ha demostrado Bustos Ramírez¹⁰².

Ciertamente, el concepto de interés difuso nació con Sgubbi como una categoría alternativa o superadora del concepto material de bien jurídico. De esta

⁹⁵ LOZANO-HIGUERO Y PINTO. La protección procesal de los intereses difusos. Madrid; Rufino Blanco 1983, p. 155.

⁹⁶ BUJOSA VADELL. La protección jurisdiccional de los intereses de grupo. Barcelona; J.M. Bosch 1995, pp. 98ss. ACOSTA ESTÉVEZ. Tutela procesal de los consumidores. J.M. Bosch 1995, pp. 38ss.

⁹⁷ GONZÁLEZ RUS. Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal. Madrid; Instituto Nacional de Consumo 1986, pp. 84-85.

⁹⁸ PÉREZ. Protección penal del consumidor, cit., pp. 49-50, citando a Federici.

⁹⁹ MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS. Derecho Penal y protección del medio ambiente. Madrid; Colex 1992, pp. 37-39.

¹⁰⁰ BUJOSA. La protección jurisdiccional, cit., pp. 102-103, apoyándose en Trocker, Guercio, Mariani, Mazzacane, Virgilio y Sensale.

¹⁰¹ Al margen de la que pueda sostenerse p.e. en el terreno procesal penal, en orden a salvar problemas de legitimidad procesal o relacionados con la idoneidad de las vías procesales y el valor de las sentencias, Vid. GIMENO SENDRA, GARBERÍ LLOBREGAT. “La protección procesal del medio ambiente”. En: PJ. N° 37. (1995) pp. 141ss. GERMÁN MANCERO. “La víctima en el proceso penal: la protección del interés colectivo y difuso a través de la personación de las asociaciones y grupos de víctimas en el proceso”. En: CPC. N° 55. (1995) pp. 239ss. Sin embargo, es posible evitar la dualidad colectivo/difuso e instrumentar una tutela unitaria desde perspectivas generales, como la de “intereses de grupo”, y en todo el ámbito procesal, sea civil, penal, laboral o administrativo, Vid. BUJOSA. La protección jurisdiccional, cit., pp. 107ss.

¹⁰² BUSTOS. “Los bienes jurídicos”, cit., pp. 187-188.

manera, se erigió para evadir la limitada concepción de «derecho subjetivo», especialmente los de propiedad e iniciativa económica, pues los intereses difusos se conciben como fruto de la articulación de una vasta exigencia política de satisfacción de necesidades esenciales y de participación en el proceso económico, por lo que se trata de una instancia de antagonismo a las posiciones económico-jurídicas dominantes, que expresarían una aspiración de igualdad y libertad sustanciales. Consecuentemente, el bien jurídico, dado su carácter liberal individualista, sería incapaz de aprehender dicho antagonismo, de servir a una concepción alternativa, de forma que resultaría necesaria una nueva conceptualización, que sería la de los intereses difusos¹⁰³. Esta desconfianza frente al bien jurídico, según la cual éste sería un concepto meramente formal asentado en una visión burguesa del control penal, ha sido calificada por Bustos Ramírez como una crítica extra o metasistemática extrapolable por igual, por ejemplo, a los principios de libertad e igualdad, nacidos también en el seno de la ideología burguesa, sin que por ello las posiciones «alternativas» hayan propuesto su erradicación, sino más bien la profundización de éstos para alcanzar un concepto material. Por ello, entiende Bustos que tampoco se trata de abandonar el concepto de bien jurídico porque surgió en una sociedad burguesa, “sino de sobrepasar sus límites formales para llegar a una concepción material de él”¹⁰⁴, lo que bien puede lograrse mediante su articulación al modelo de Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.1 de la Constitución española), de forma que el bien jurídico-penal, en su faceta colectiva o macrosocial, permita teórica y pragmáticamente satisfacer las nuevas necesidades o demandas sociales de protección, como se ha defendido aquí.

15. De otra parte, debe también ponerse de relieve que la viabilidad del ambicioso proyecto de los intereses difusos, ha sido objeto de importantes críticas como las sostenidas por Portilla Contreras, para quien no es posible verificar en la realidad la existencia de una política alternativa de bienes jurídicos ni la posibilidad de un uso alternativo del Derecho¹⁰⁵, como Sgubbi pretendía.

Portilla parte de constatar que la protección de los bienes colectivos, si bien se orienta a sancionar conductas funcionales con el sistema, como se evidencia por ejemplo en la criminalización de la contaminación ambiental, la ineficacia verificada en el plano de la criminalización secundaria nos acerca a la política habitual consistente en sancionar sólo las conductas disfuncionales, lo que impide sostener la presencia de una política alternativa¹⁰⁶. De esta forma, concluye Portilla Contreras señalando que el proyecto de Sgubbi comete el error de separar la forma jurídica de la estructura económica, limitándose a operar no en las relaciones de producción sino en los agentes de distribución¹⁰⁷.

16. Pues bien, todas las críticas referidas demuestran la insuficiencia epistemológica del concepto de interés difuso, así como su incapacidad de dispensar una base sólida y cierta sobre la cual erigir una protección penal que, respetando el principio de mínima intervención, permita salvaguardar los intereses trascendentales en la sociedad. Por estos motivos, considero adecuado su destierro de la ciencia penal¹⁰⁸, más aún porque la categoría de los bienes jurídicos colectivos, delimitados en términos de merecimiento y necesidad de pena, permite abordar con eficacia y garantismo la tutela de aquellos «intereses que pertenecen a todos y cada uno de los ciudadanos».

¹⁰³ SGUBBI. “Tutela penale”, cit., pp. 439ss.

¹⁰⁴ BUSTOS. “Los bienes jurídicos”, cit., p. 190.

¹⁰⁵ PORTILLA. “Principio de intervención mínima”, cit., pp. 742.

¹⁰⁶ Ibid., p. 742. Precisa Portilla que la tesis de Sgubbi “adolece del defecto de basarse en una teoría como la del uso alternativo del Derecho que olvida, que en la fase asistencial del Estado como período inherente al capitalismo tardío, los efectos de aquella tesis repercuten directamente sobre las mismas clases sociales a las que se pretende defender (...) si se considera que el ordenamiento jurídico es consecuencia de las relaciones de poder en el seno del aparato estatal, hablar de un uso alternativo del Derecho como estrategia de lucha contra dichas relaciones, es ilusorio”, p. 743.

¹⁰⁷ Ibid., p. 744.

¹⁰⁸ En igual sentido CARBONELL. “En torno a los intereses”, cit., p. 216, para quien incluso “habría que plantearse si, en el fondo, no se ha tratado de restringir el ámbito de protección de los intereses colectivos, so pretexto de que se trataba de difusos”.