

¿DEBE OCUPARSE EL DERECHO PENAL DE RIESGOS FUTUROS? BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS Y DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

*Roland Hefendehl**

INTRODUCCIÓN

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

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

* Traducción y algunas notas de Derecho español de EDUARDO SALAZAR ORTUÑO, Licenciado en Derecho por la Universidad de Murcia, LL.M. Universidad de Dresden, complementada por GONZALO MEDINA SCHULZ, Licenãado en Derecho por la Universidad de Chile.

I. EL PROBLEMA

Comenzaremos dividiendo el análisis del problema en diferentes niveles:

I.1. La pregunta acerca de qué es en realidad un bien jurídico puede suponer un incómodo esfuerzo en la tarea de dar una respuesta satisfactoria. Nombraremos a continuación algunos de los intentos de la doctrina alemana por dar una definición clara que pueda aliviar este esfuerzo. Para algunos, los bienes jurídicos suponen aquellos presupuestos valiosos y necesarios para la existencia¹ humana. También son definidos como aquellas circunstancias dadas, o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo, en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de la concepción de esos fines o para el funcionamiento del propio sistema². Otros los han descrito como presupuestos instrumentales necesarios para el funcionamiento del sistema social y para que éste sobreviva³. También están los que los definen como aquellos presupuestos que aseguran las posibilidades de participación del individuo en la sociedad⁴.

2. A estas deficiones, con una formulación tan atrayente como abstracta, se les puede encontrar rápidamente sus limitaciones si se acude a probar su validez en un caso concreto, como por ejemplo, si se piensa en la rentabilidad del tren AVE⁵ o la línea que conecta Santa Fe de Bogotá con Santa Marta, como un posible bien jurídico. Es evidente que estos trenes de largo recorrido vienen siendo utilizados y sirven a una parte importante de la población. Más difícil es suponer que esta circunstancia convierta la rentabilidad de estos medios de transporte en una cuestión social fundamental. Por último dejamos abierta la pregunta acerca de si nuestra sociedad estatal, en su forma concreta, podría vivir sin medios de transporte que conectasen las ciudades con rapidez y que no fueran rentables económicamente⁶.

3. Podemos ver que en el intento de definir positivamente un bien jurídico se llega rápidamente a un resultado que nos desilusiona: la relatividad social y político-jurídica del fenómeno “bien jurídico” nos condena a la triste encrucijada de elegir entre la vaguedad o la selectividad. O bien utilizamos una definición tan vaga que no enuncia

-
1. H. MAYER. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Stuttgart, 1967, p. 53.
 2. ROXIN. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., München 1997, § 2, núm. marg. 9; en español: *Derecho penal. Parte general*, DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA y otros (trads.), Madrid, 1999.
 3. RUDOLPHI. “Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs”, en Georg-August-Universität Göttingen, Juristische Fakultät (comp.), *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, 1970, pp. 151 a 163.
 4. CALLIESS. *Theorie der Strafe*, Frankfurt am Main, 1974, p. 143. Véase la compilación de definiciones acerca del bien jurídico de STRATENWERTH. “Zum Begriff des Rechtsgutes” en ESER, SCHITTENHELM y SCHUMANN (comps.). *Festschrift für Theodor Lenckner*, Munich, 1998, pp. 377 y 378; KORIATH. “Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts”, en G. A., 1999, pp. 561 a 565; APPEL. *Verfassung und Strafrecht*, Berlin, 1998, pp. 345 y ss.
 5. Ver el ejemplo de RANSIEK. *Unternehmensstrafrecht*, Heidelberg, 1996, p. 252.
 6. Para más aclaraciones al respecto HEFENDEHL. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Colonia, Berlin, Bonn y Munich, 2002, pp. 18 y ss.

claramente sus atributos y funciona como cláusula general, o bien usamos un concepto que incluye únicamente a una parte de los bienes jurídicos protegidos y consentidos por nuestros Códigos penales⁷.

4. El significado crítico del concepto de bien jurídico es una idea aún discutida por la doctrina⁸. Pese a la descriminalización de determinadas conductas, o a la limitación del alcance de ciertos tipos penales por parte del legislador penal, que pudieran tener su base en consideraciones acerca del bien jurídico protegido⁹, sobre todo en materia de delitos relacionados con la libertad sexual, no es menos cierto que estas medidas se han llevado a cabo en un momento en que la valoración social dominante sobre dichas conductas sexuales era contraria, a su vez, a la permanencia de una sanción penal sobre las mismas¹⁰.

5. En el artículo 11 del Código Penal colombiano se presupone el concepto de bien jurídico, aunque su contenido no se encuentre precisado.

II. 1. Demos el siguiente paso: ¿qué es exactamente un bien jurídico colectivo? Dentro de los bienes jurídicos protegidos son individuales aquellos que sirven a los intereses de una persona o de un determinado grupo de personas. A aquéllos que sirven a los intereses de muchas personas—de la generalidad— los denominaremos¹¹ bienes jurídicos colectivos o universales¹².

2. La definición puede precisarse aún más acudiendo a los conceptos de “no exclusión en el uso” y de “no rivalidad en el consumo”. La seguridad colectiva de un Estado

7. HASSEMER. *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, previo al § 1, núm. marg. 287, Baden-Baden, 1995; STRATENWERTH. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Colonia, Berlin, Bonn y Munich, 2004, § 2, núm. marg. 7.

8. Muestra de ello es la reciente publicación de un volumen colectivo sobre la materia: HEFENDEHL, VON HIRSCH y WOHLERS (comps.). *Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003.

9. Véase JÄGER. *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart, 1957.

10. FRISCH. “Wesentliche Strafbarkeitsvoraussetzungen einer modernen Strafgesetzgebung”, en ESER, KAISER y WEIGEND (comps.). *Von totalitärem zu rechtsstaatlichem Strafrecht*, Friburgo, 1993, pp. 201, 205 y ss.; LÜDERSSEN. “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropäischem’ Prinzipiendenken”, en *ZStW* n.º 107, 1995, pp. 877 a 898; ver también HIRSCH. “Bilanz der Strafrechtsreform”, en HIRSCH, KAISER y MARQUARDT (comps.). *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Berlin y New York, 1986, pp. 133 a 146, renovación retrasada del Código penal (*StGB*); LENCKNER. “40 Jahre Strafrechtsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland”, en NÖRR (comp.). *40 Jahre Bundesrepublik Deutschland-40 Jahre Rechtsentwicklung*, Tübingen, 1990, pp. 325 a 333.

11. KINDHÄUSER. *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt/M., 1989, p. 144.

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

se trata de un bien jurídico universal o colectivo, puesto que, en primer lugar, nadie puede ser excluido de su uso y, en segundo lugar, porque el uso o disfrute de ese bien por un individuo A no perjudica ni impide el de un individuo B¹³. Para la delimitación entre bienes jurídicos colectivos e individuales se utiliza el concepto adicional de “no-distributividad”. Puede decirse que un bien será colectivo cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible dividir este bien en partes y asignar una porción de éste a un individuo¹⁴.

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

III. Ante la pretensión de proteger un bien jurídico a través del Derecho penal se plantea la pregunta de cómo hemos de hacerlo. No podemos decir meramente que aquél que no respete los bienes jurídicos debe ser castigado. Debemos antes aclarar cuál es la conducta peligrosa que el sujeto debe realizar frente al bien jurídico protegido para que aquél sea sancionado penalmente. Este camino nos conduce directamente a las cuestiones referidas con la estructura del delito. Se distingue habitualmente entre tres tipos: delitos de lesión, delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto¹⁵. Un ejemplo de delito de lesión es el homicidio: el bien jurídico protegido, en este caso la vida humana, queda extinguido merced a una conducta humana. El siguiente tipo, de peligro concreto, puede explicarse con el siguiente ejemplo: si una persona conduce embriagada y, después de observar cómo un ciclista se cruza directamente en su trayectoria, consigue en el último segundo, con un giro del volante, esquivarlo, puede ser condenado por un delito de peligro concreto. Un caso de delito de peligro abstracto, en este mismo ámbito, podría venir referido a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas sin provocar un accidente de tráfico, es decir, cuando uno conduce en un grave estado de ebriedad y sin embargo no produce una situación crítica.

IV. Puede observarse que los últimos ejemplos citados se relacionan con los bienes jurídicos *vida* y *salud*. El punto más álgido del problema que se suscita en esta reflexión se alcanza al querer comprobar cuál es la estructura delictiva adecuada en el caso de un bien jurídico colectivo. Puede pensarse de forma ingenua que se habla aquí también de delitos de lesión, de peligro abstracto y de peligro concreto, pero no tardaríamos en darnos cuenta que realmente no funciona, no encaja: a través de una

13. Véase, ALEXY. “Individuelle Rechte und kollektive Güter”, en WEINBERGER (comp.). *Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung, Aktuelle Probleme der Demokratie*, Wien, 1989, pp. 49 a 54.

14. ALEXY (supra, nota 13), pp. 49, 54 y ss.; referido al bien jurídico en materia penal KORIATH (supra, nota 4), pp. 561 a 564.

15. KUHLEN. “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB)”, en *G. A.*, 1986, pp. 381, 396 y ss.

conducta determinada no puede afirmarse que un bien jurídico colectivo es lesionado o puesto en peligro de forma concreta. Sólo con una gran fantasía podemos encontrar ejemplos: un golpe perfecto posibilita que sean introducidos en el mercado millares de billetes falsos, de tal forma que la seguridad en el tráfico monetario y la confianza en el mismo queden profundamente dañadas. En este caso estaríamos realmente ante un delito de lesión.

V. Con esto llegamos a la cuestión planteada en la primera parte del título de esta reflexión: el Derecho Penal debe quizá ocuparse realmente de riesgos futuros, puesto que una acción típica aislada nunca producirá un atentado real e inmediato contra bienes jurídicos colectivos. Por citar otro ejemplo, si desde una industria situada en la costa se arrojasen, un día determinado, los vertidos generados al mar, no se producirán –en la mayoría de los casos– los efectos contaminantes en el mismo momento del vertido puesto que los desechos industriales podrán ser relativamente asimilados por el agua sin causar un grave perjuicio. El verdadero problema vendrá en el futuro, es decir, en el caso hipotético de que todas o la mayoría de las instalaciones o fábricas cercanas hiciesen lo mismo o esta conducta se convirtiese en regla para la industria costera de una zona. Encontrar normas para el futuro, actuar con miras a lo que puede acontecer, sería, según determinados pronósticos, más acertado que querer reaccionar *a posteriori* ante errores, omisiones o catástrofes del presente. Se debe tener en cuenta que la amenaza de la pena supone un medio de represión y desaprobación¹⁶ vinculada a un juicio de desvalor. En ese sentido nuestra tarea debe ser la de ponderar y seleccionar de entre las conductas sociales aquéllas que contengan una mayor relevancia en el juicio de desvalor frente a los bienes jurídicos protegidos.

II. LO QUE NO FUNCIONA

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

I. Una primera solución radical sería la de renunciar al dogma que señala como función del Derecho Penal la protección de bienes jurídicos porque el concepto de bien jurídico supone un esquema demasiado vago e impreciso. Esta “propuesta de huida” lo que supone en realidad es deshacerse de un concepto que en sí posee una enorme validez para el Derecho penal. Es claro que la idea de bien jurídico y la teoría que en torno a él se ha generado debe combatir muchos problemas e interrogantes, pero puede servir a su vez de base a reflexiones críticas importantes, como por ejemplo, la de por qué conductas homosexuales no lesionan ningún bien jurídico y por lo tanto no deben ser criminalizadas. Y no ha de establecerse ningún precepto penal, que sancione una conducta constituida por no asistir cada día a la Iglesia a pedir por el Presidente. De ahí la importancia de lo establecido en el ya citado artículo 11 del Código Penal colombiano.

16. HÖRNLE y VON HIRSCH. “Positive Generalprävention und Tadel”, en G. A., 1995, pp. 261 a 265.

II. Podemos imaginar como segunda solución radical la de no reconocer la existencia de bienes jurídicos colectivos y evitar así el problema de su ordenación junto a los bienes jurídicos individuales. Hay autores que sostienen una teoría personalista del bien jurídico extrema, desde la cual, los bienes jurídicos colectivos o universales sólo son legítimos en tanto sirvan al desarrollo personal del individuo¹⁷. Puede hablarse de bienes jurídicos como la vida, la salud, la libertad o la propiedad, pero no de bienes jurídicos colectivos en sí mismos. Esta opinión de la doctrina parte en realidad de un presupuesto correcto: no se puede, sin más, inventar un bien jurídico colectivo cuando se considere necesario crear un nuevo tipo delictivo. La seguridad colectiva y la protección del crédito son precisamente construcciones doctrinales dudosas. Por otro lado puede entenderse rápidamente que nuestro Estado actual no puede concebirse sin bienes jurídicos colectivos. ¿Podríamos imaginar un Estado sin una adecuada y garantizada asistencia jurídica, sin seguridad monetaria y sin unos órganos estatales operativos? Tras un análisis de las denominadas teorías personalistas del bien jurídico en Alemania, puede comprobarse que no hay ni uno sólo de entre los defensores de estas posiciones que se limite a reconocer como tales sólo aquellos bienes jurídicos colectivos que se deriven de forma indirecta de bienes jurídicos individuales¹⁸.

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

17. HOHMANN. *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, Frankfurt am Main, 1991, p. 189; MARX. *Die Definition des Begriffs "Rechtsgut"*, Colonia, Berlin, Bonn y Munich, 1972, pp. 79 y ss. Ver también HASSEMER y MUÑOZ CONDE. *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Valencia, 1989, pp. 108 y ss.

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

intervención penal en el ámbito de la seguridad en los alimentos y la protección de los consumidores constituye un ejemplo de parcela predestinada a la aplicación de la figura del peligro abstracto¹⁹.

III. LO QUE FUNCIONA

I. Ya nos hemos referido anteriormente al problema de encontrar un concepto que defina exacta y satisfactoriamente lo que es un bien jurídico protegido por el Derecho penal. Quizá no es acosenjable intentar por enésima vez desarrollar un concepto positivo de bien jurídico. Nuestra postura no entiende las definiciones anteriormente expuestas como defectuosas, pero sí como insuficientes para utilizarlas como herramientas de trabajo.

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

Siguiendo este método intentaremos dar un paso hacia adelante atendiendo a lo siguiente: vista la complejidad del objeto²⁰ no acudiremos a definirlo de principio, sino –así lo formula el propio HASSEMER²¹– “materializado desde abajo”. En coherencia con esta idea paso a introducir a continuación algunos criterios de materialización.

1. El bien jurídico ha de tratarse de un objeto del mundo real, sometido a las leyes físicas. Esta simple frase posee quizá mayor claridad y operatividad que las abstractas definiciones utilizadas por la doctrina que en ocasiones ha llegado a referirse al bien jurídico como un bien ideal e intangible. Así, a lo que se llega es a una mera construcción de conceptos que no resulta útil al combinarla con la estructura del delito: para un valor intangible es ciertamente indiferente que el peligro que se cierne a su alrededor sea concreto o abstracto²².

Aún cuando en la determinación del concepto de bien jurídico no debe uno permanecer en un pensamiento materialista, de aquí no se extrae ninguna razón para deducir que el bien jurídico haya de ser considerado como un valor ideal ya que la realidad no se limita a una simple acumulación de objetos corporales situados unos al lado de otros sin relación causal. Así, es también posible, por ejemplo, con el tradicionalmente denominado bien jurídico de los delitos de corrupción, es decir, la confianza de la generalidad en la sinceridad de los servidores públicos, con relación a la legitimidad e imparcialidad de las decisiones estatales, considerado como objeto causalmente

19. KUHLEN. “Umweltstrafrecht-auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, en *ZStW*, n.º 105, 1993, pp. 697 a 712 y nota 71; íd. “Zum Strafrecht der Risikogesellschaft”, en *G. A.*, 1994, pp. 347 a 367; SCHÜNEMANN. “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft”, en *G. A.*, 1995, pp. 201 a 212.

20. HASSEMER (supra, nota 7), previo al § 1, núm. marg. 287 y ss., 1995.

21. *Ibid.*, marg. 288.

22. HEFENDEHL (supra, nota 6), pp. 27 y ss.

lesionable. Ello, puesto que la confianza no es ninguna circunstancia ideal, sino un estado (*Zustand*), el cual se construye a partir de determinadas circunstancias fundamentadas y propiciadoras de la confianza, las cuales, por otra parte, pueden transformarse o desmoronarse²³.

La subsecuente explicación terminológica es decisiva: la alternativa a “ideal” no es “material” (corporal), sino “real”. Realidad, por otra parte, se compone no sólo de circunstancias reales, sino del mismo modo de causalidades en el plano de fenómenos incorporeales. Esos fenómenos no son, en modo alguno, imágenes mentales ideales alejadas de influjos causales: son circunstancias (*Sachverhalte*) que pueden ser lesionadas. Los objetos corporales como inmateriales son componentes de la realidad. La crítica, por tanto, no se dirige, a la intangibilización (*Vergeistigung*) del concepto de bien jurídico, sino que se dirige contra su idealización.

El siguiente ejemplo de GRAUL²⁴ puede aclararnos esta cuestión: en aras a proteger una rara especie de aves acuáticas se sanciona penalmente la realización de determinadas actividades recreativas en y junto a un lago durante los meses A, B y C (época de la cría de esta especie). Si la prohibición se mantiene pese a un cambio de circunstancias como una variación temporal de la época de cría o la extinción de la misma pese a los esfuerzos por su conservación, estaremos ante un caso de protección tan absurda como ineficiente de un valor ideal (la vida de la especie Z).

2. Independientemente de cómo se defina el bien jurídico, éste ha de encarnar una posibilidad de participación de los individuos en el sistema social²⁵. Como ya he afirmado anteriormente esto no nos debe llevar a excluir la protección penal de la organización estatal, puesto que ésta, al realizar las funciones que le son propias, garantiza los presupuestos para el libre desarrollo del individuo²⁶. Del mismo modo el medio ambiente no puede ser considerado como un bien jurídico en sí: éste sólo adquiere su condición de bien jurídico por la función que ejerce para la persona, cuya autorrealización se antoja difícil sin la protección directa e inmediata del ambiente en que se encuentra²⁷.

3. a. Un uso correcto del concepto de bien jurídico ha de conducirnos a desenmascarar aparentes bienes jurídicos que en realidad no lo son. Si tomamos el caso del Derecho Penal en el ámbito de las drogas, en esta parcela se dice que lo que se protege es la

23. *Ibid.*, p. 31

24. GRAUL. *Abstrakte Gefährungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, Berlín, 1991, p. 67, nota 257.

25. MIR PUIG siguiendo a CALIESS. *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, p. 140.

26. HEFENDEHL (supra, nota 6), pp. 59 y ss.

27. DE LA MATA BARRANCO. *Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa: tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Barcelona, 1996, p. 57; LACKNER y KÜHL. *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 24.^a ed., Munich, 2001, previo al § 324, núm. marg. 7.

Salud Pública, un bien jurídico colectivo. Pero tras un análisis detenido puede afirmarse que la salud pública no es ni más ni menos que la salud de todos los miembros de la sociedad. No se trata de un bien jurídico colectivo sino de la suma de bienes jurídicos individuales²⁸. Este descubrimiento tiene efectos decisivos, puesto que sobre un bien jurídico individual puede el propio titular del mismo disponer y decidir. La decisión de una persona de llevar una vida “insana” no justifica la intervención del Derecho penal; el pensamiento paternalista debe permanecer ajeno a las reflexiones en torno a los bienes jurídicos.

b. Si analizamos la protección del crédito como parte integrante del orden socioeconómico, podemos darnos cuenta rápidamente de que las funciones del crédito económico no pueden representar en ningún momento un bien jurídico colectivo, sino que considerarlas así supone más bien otorgar una protección complementaria para la actividad de los bancos²⁹. Sabiendo esto podemos preguntarnos: ¿es realmente el Derecho penal un instrumento idóneo, necesario y proporcionado para la protección de este (aparente) bien jurídico?

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

II. Ya hemos mencionado anteriormente el caso del Derecho penal ambiental. En el caso de la criminalización de conductas contaminantes para el medio acuático, recapitularemos los distintos aspectos tratados en la ponencia. El bien jurídico protegido no puede venir dado por el agua como un valor en sí mismo, sino en su función con respecto al ser humano y en su vinculación con sus necesidades existenciales. Se trata de un bien jurídico colectivo y por ello nadie puede ser excluido de su uso o aprovechamiento. Pero si verificamos la característica de “no rivalidad en el consumo” propia de los bienes jurídicos colectivos encontramos que, dentro de éstos, en relación con los ambientales, de forma diferente al caso citado de la seguridad del Estado, nadie puede hacer un uso del medio ambiente que no implique un cierto desgaste de éste. Estamos ante un caso especial, ante bienes jurídicos colectivos “consumibles”. Los bienes jurídicos consumibles y socialmente relevantes son, además, esencialmente bienes descriptivos. Éstos se diferencian del resto de bienes supraindividuales en que encarnan este bien y al mismo tiempo son directamente tangibles y “modificables”

28. HEFENDEHL (supra, nota 6), pp. 142 y ss.; HAFFKE. “Drogenstrafrecht”, en *ZStW* n.º 107, 1995, pp. 761, 780 y ss.

29. LAMPE. *Der Kreditbetrug* (§§ 263, 265 b StGB), Berlin, 1980, pp. 39 y ss.

físicamente. Desde el punto de vista de la analítica del lenguaje, esta categoría de bienes tienen como objeto los denominados hechos naturales, que vienen definidos desde un plano alejado e independiente de planteamientos jurídicos y sociales³⁰. Los bienes ecológicos (medio terrestre, medio acuático, etc.) responden a estas características y por ello no se trata de construcciones normativas sino de realidades materiales perceptibles.

III.1. Demostrar lo expuesto en el epígrafe anterior puede suponer ya un paso importante, logrado a través de una precisa conceptualización. Ello nos facilita la búsqueda de la estructura delictiva adecuada. Ya llegamos anteriormente a la conclusión de que tanto los delitos de lesión como los de peligro concreto no nos podían ayudar mucho. Lo veremos en otro ejemplo: si un individuo arroja cinco litros de aceite usado en el cauce del río Bogotá, no sufrirá el agua –en su función referida al hombre– lesión alguna, tampoco podremos hablar de un peligro concreto que requiera implícitamente que la lesión no se haya producido sólo a raíz de una mera casualidad ¿Cuál podría ser aquí la casualidad? Sólo nos quedaría comprobar la idoneidad de la estructura del delito de peligro abstracto, que ya antes tachamos de imprecisa y vaga: no sabemos realmente por qué se habla de la existencia de un peligro abstracto. La verdadera razón que determina su criminalización se basa más bien en la idea de la acumulación, y ésta parte del planteamiento de que la sucesión de acciones individuales que no amenacen gravemente el medio ambiente, no merecedoras por tanto de una sanción penal, producidas en gran número, generan como consecuencia un perjuicio grave para la calidad de las aguas³¹.

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

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

30. SEARLE. *Sprechakte*, Frankfurt/M., 1971, pp. 78 y ss.

31. KUHLEN. "Umweltstrafrecht-auf der Suche nach einer neuen Dogmatik", *ZStW* 105, 1993, pp. 697 a 716.

publicada en el año 2002, que trata con amplitud la cuestión de “los bienes jurídicos colectivos en el Derecho penal”.

IV. PROBLEMAS QUE QUEDAN SIN RESOLVER

I. Desgraciadamente, con lo expuesto no resolvemos todas las dudas y problemas planteables a la teoría del bien jurídico en la dogmática penal, puesto que fuera de los supuestos analizados quedarían ejemplos como la protección penal de la flora y la fauna. En Alemania, como en España y otros países del ámbito hispanoamericano, se condena el exterminio de especies animales y vegetales protegidas y el hecho de contraer matrimonio en más de una ocasión. A primera vista, ambos ejemplos no se parecen en nada, pero desde un determinado enfoque resultan muy semejantes: ambos tipos delictivos carecen de bien jurídico protegido en un sentido estricto y en ambos casos estamos prácticamente seguros de que no queremos renunciar a la intervención del Derecho penal en dichos ámbitos. No puede alegremente proclamarse la vida de una rara especie animal o vegetal como un bien jurídico a proteger penalmente, pues la función principal del Derecho penal es la prevención de conductas que comporten un menoscabo importante de bienes considerados esenciales para la convivencia en sociedad humana y ésta se verá amenazada cuando se lesione un bien jurídico relacionado con uno de sus miembros³². Tampoco podemos afirmar en el caso de la prohibición de doble matrimonio que estemos ante un bien jurídico protegido. Aunque encontremos habitualmente en la doctrina posturas que afirmen la condición de bien jurídico del matrimonio único, se trata de construcciones tautológicas vacías, con un fundamento aparente³³.

II. Puede afirmarse sin reparo, por otro lado, que existen tipos delictivos que carecen de un bien jurídico protegido. Me temo por ello, que el artículo 11 del Código Penal colombiano es demasiado restringido, aun cuando la tendencia es aplaudible. Con esto hemos de conformarnos, pero tener el cuidado de no perder en este progreso social la idea de la función protectora de bienes jurídicos que ha de tener el sistema punitivo. Únicamente podemos dejar indicada nuestra postura al respecto: el legislador penal no desborda sus competencias en aquellos casos en que, sin brindar tutela a una moral mayoritaria que suponga una intolerancia frente a los que simpatizan con otras posturas, se limita a penalizar las conductas contrarias a bases culturales profundamente enraizadas³⁴ conciliables con el orden constitucional del Estado.

32. HEFENDEHL. *Die Strafvorschriften im Naturschutzrecht; oder: Warum das Strafrecht für den Schutz der Natur nicht prädestiniert ist*, *Natur und Recht*, 2001, pp. 498 y ss.

33. Véase como ejemplo LACKNER y KÜHL (supra, nota 27), § 172, núm. marg. 1; SCHÖNKE, SCHRÖDER y LENCKNER. *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 26.^a ed., Múnich, 2001, § 172, núm. marg. 1.

34. De forma parecida STRATENWERTH. “Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?”, *ZStW* 105, 1993, pp. 679 a 694.

V. RESUMEN

Para culminar estos breves apuntes, forzosamente incompletos sobre un tema de tal magnitud, recapitularemos sobre lo expuesto: nos hemos ocupado del concepto de bienes jurídicos colectivos y de la categoría del delito de peligro abstracto. Normalmente se trabaja en la universidad con el Código Penal en la mano y no es corriente preguntarse por qué el legislador ha creado un determinado nuevo tipo delictivo. Por otro lado debemos recordar el papel fundamental que el Derecho penal juega en nuestra sociedad. El legislador no ha quedado inmóvil en la llamada sociedad de riesgo³⁵ y ha creado diferentes amenazas penales en el ámbito de la criminalidad organizada, los delitos económicos y los ambientales. Pero para que el Derecho penal siga ocupando una posición social importante, debe mantener en su avance, firmes y claras, las estructuras que ha venido utilizando, sin acudir a bienes jurídicos aparentes y a un adelantamiento de las barreras de protección a estadios anteriores al de la acción típica. Es nuestro deber detectar estos errores político-criminales y señalarlos claramente. Quizá nuestra crítica no sea escuchada, pero debemos asumir nuestra condición de idealistas.

35. Sobre el concepto de sociedad de riesgo (*Risikogesellschaft*) ver BECK. *Risikogesellschaft*, Frankfurt am Main, 1991, así como PRITTWITZ. *Strafrecht und Risiko*, Frankfurt am Main, 1993.