

“SOCIEDADES DE RIESGO” Y BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS*

I

1. Caso de la talidomida o *Contergan*. Entre fines de los años cincuenta y los primeros de los sesenta, como posible consecuencia del consumo del tranquilizante denominado *Contergan* en Alemania, cuyo compuesto principal era la talidomida y se recomendaba para mujeres gestantes, 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 o sobrevivían con serias malformaciones, focomelias o extremidades en forma de foca, y lesiones irreversibles.¹

Caso Erdal o *Lederspray*. Durante más de veinte años se comercializó en el mercado alemán, sin queja alguna, unos *sprays*

* 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 PUCP 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.

¹ LGSt de Aechen, del 18 de diciembre de 1970, *Juristenzeitung*, 1971, pp. 507 y ss. Kaufmann, “Tipicidad y causación en el procedimiento *Contergan*”, *Nuevo Pensamiento Penal*, núm. 1, 1973, pp. 7 y ss. Maiwald, *Kausalität und Strafrecht*, Göttingen, 1980, *passim*. Gómez Benítez, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, pp. 123 y ss.

(*Ledersprays*) para la conservación 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 similares.²

Caso *Holzschutzmittel*. Desde los años cincuenta la empresa *D. Chemie GmbH* fabricaba productos protectores de madera (*Holzschutzmittel*); y, aunque pudo evadir dos denuncias por supuestas lesiones interpuestas en 1956 y 1963, es hasta la década de los setenta en que se generalizó en Alemania el consumo de estos productos, razón por la cual la empresa D comercializó el protector “*Xyladecor 200*” que, entre sus componentes, contenía las sustancias PCP y Lindano, y establecía 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 serían los causantes de al menos una muerte ocurrida en agosto de 1977, y de las lesiones padecidas por in-

2 “BGHSt 37, 106”, *Juristenzeitung*, 1992, pp. 253 y ss. LGSt de Mainz, pp. 163 y ss. Beulke y Bachmann, “Die ‘Lederspray-Entscheidung’-BGHSt 37, 106p”, *Juristische Schulung*, 1992, pp. 737 y ss. Schmidt-Salzer, “Strafrechtliche Produktverantwortung. Das Lederspray-Urteil des BGHp”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, pp. 2966 y ss. Kuhlen, “Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1990, pp. 566 y ss. Meier, “Verbraucherschutz durch Strafrecht? Überlegungen zur strafrechtlichen Produkthaftung nach der ‘Lederspray’-Entscheidung des BGH”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, pp. 3193 y ss. Hassemer, “Strafrechtliche Produkthaftung”, *Juristische Schulung*, 1991, pp. 253 y ss. Schumann, “Responsabilidad individual en la gestión de empresas. Observaciones sobre la ‘Sentencia Erdal’ del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH)”, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, J.M. Bosch, 1996, pp. 199 y ss.

numerables consumidores, tales como daños en la piel y mucosidades.³

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%, el cual 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 afectados.⁴

3 BGHSt del 2 de agosto de 1995, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, pp. 2930 y ss., igualmente en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1995, pp. 590 y ss.; *Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht*, 1995, pp. 303 y ss. LGSt de Frankfurt am Main, del 25 de mayo de 1993. Puppe, “Zur Körperverletzung durch Vertrieb von Holzschutzmitteln”, *Juristenzeitung*, 1996, pp. 315 y ss. Iñigo Corroza, “El caso del ‘producto protector de la madera’ (Holzschutzmittel). Síntesis y breve comentario de la BGHSt”, *Actualidad Penal*, vol 1, 1997, pp. 439 y ss.

4 SAP del 24 de mayo de 1989, *Actualidad Penal*, núm. 495, 1989. STS, del 23 de abril de 1992, A 6783. Paredes Castañón y 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)”, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, cit., nota 2, pp. 263 y ss. 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. 289 y ss.; “Límites de la responsabilidad penal individual en supuestos de comercialización de productos defectuosos: algunas observaciones acerca del ‘caso

2. Hechos paradigmáticos como las anteriormente descritos⁵ y múltiples estudios científicos,⁶ son suficientemente representativos de lo que actualmente ha venido a denominarse “sociedades de riesgo”,⁷ es decir, aquellas donde la realidad inevitablemente se percibe y estructura a nivel cognitivo como una constante tensión o controversia entre seguridad y riesgo,⁸ 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 innumera-

de la colza”, *Poder Judicial*, núm. 33, marzo de 1994, pp. 421 y ss. Maqueda Abreu, “La relación ‘dolo de peligro’-‘dolo (eventual) de lesión’. A propósito de la STS del 23 de abril de 1992 sobre el aceite de colza”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1995, pp. 419 y ss. Muñoz Conde y Hassemmer, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 49 y ss. Puppe, “Vertrieb von vergiftetem Speiseöl in Spanien”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1994, pp. 37 y ss.

5 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, Véase Muñoz Conde *et al.*, *La reforma penal de 1989*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 62 y 63.

6 Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986, *passim*.

7 Sostiene Beck, *op. cit.*, nota 6, *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, véase Prittwitz, *Strafrecht und Risiko. 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*, del mismo autor “Límites al control penal de los riesgos sociales (una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, pp. 318 y 319. Schünemann, “Las reglas de la técnica en derecho penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, pp. 307 y ss.

8 Lau, “Risikodiskurse. Gesellschaftliche Auseinandersetzungen um die Definition von Risiken”, *Soziale Welt*, 1989, p. 418. Herzog, “Límites al control penal de los riesgos sociales (una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, *cit.*, nota 7, p. 318.

bles 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 DP. En primer término, la creciente concientización que dentro del DP “clásico”⁹ no pueden encontrarse las barreras apropiadas para enfrentar los nuevos modos de amenaza originadas por la civilización técnica.¹⁰

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 individuales,¹¹ para lo cual cimentó una dogmática funcional a dicha tutela y obediente de los principios de legalidad, lesividad y causalidad. De este modo, el DP 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 función.¹² 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 controlar,¹³ tales como: la imposibilidad de prever y dominar, espacio-temporalmente, las consecuencias de la técnica;¹⁴ la llamada “explosión de ignorancia”

9 Hassemer, “Crisis y características del moderno derecho penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, pp. 636 y 637.

10 Heine, “Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, p. 290.

11 Bustos Ramírez, “Los bienes jurídicos colectivos”, *Control social y sistema penal*, Barcelona, PPU 1987, pp. 183 y ss.

12 Heine, *op. cit.*, nota 10, p. 291.

13 Paredes Castañón, “Responsabilidad penal y ‘nuevos riesgos’: el caso de los delitos contra el medio ambiente”, *Actualidad Penal*, vol 1, 1997, p. 218. Denninger, “Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y derecho postmoderno”, *Doxa*, núm. 14, 1993, pp. 368-372.

14 Paredes Castañón y Rodríguez Montañéz, *op. cit.*, nota 4, pp. 49 y ss. Kleine-Cosack, *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht*, Berlín, 1988, pp. 54 y ss. Samson, “Kausalitäts-und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1989, pp. 617 y ss.

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 DP “clásico”, la sentida presencia de riesgos que hallan su fuente en el mundo moderno¹⁵ sumada a las exigencias del Estado social y democrático,¹⁶ ha 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 colectivos,¹⁷ la reevaluación de los delitos imprudentes y omisivos, la técnica de los delitos de peligro y de la ley penal en blanco, la responsabilidad de las personas jurídicas y su órganos de dirección, el distanciamiento del “dogma causal” y el reconocimiento del valor del método de la imputación objetiva del resultado, entre otras construcciones dogmáticas.¹⁸ Somos

15 Schöne, “La protección del hombre en el mundo moderno (algunas consideraciones sobre el papel del derecho penal)”, *Cuadernos de la Facultad de Derecho. Universitat de les Illes Balears*, núm. 12, 1985, pp. 51 y ss.

16 Bustos Ramírez, *op. cit.*, nota 11, p. 184.

17 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, Véase Hernández Plasencia, “Delitos de peligro con verificación de resultado lesivo: ¿concurso de leyes?”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, p. 113. Fiandaca, “Il ‘bene giuridico’ come problema teorico e come criterio di politica criminales”, *Diritto Penale in trasformazione*, Milán, Giuffré, 1985, p. 168. Marconi, “La tutela degli interessi collettivi in ambito penale”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1979, p. 1053.

18 Hilgendorf, “Gibt es ein ‘Strafrecht der Risikogesellschaft’”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1992, pp. 10 y ss. Kuhlen, “Zum Strafrecht der Risikogesellschaft”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 1994, pp. 347 y ss. Pritt-witz, *op. cit.*, nota 7, *passim*. Hassemmer, *op. cit.*, nota 9, pp. 638 y ss.

pues testigos de una verdadera “crisis” del DP liberal, a la par que se asiente 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, pero especialmente situados en el terreno del DP 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 difusos,¹⁹ 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 jurídico²⁰ reposa precisamente en torno al contenido, nece-

19 Véase *infra* 12 y ss.

20 Para un estado de la cuestión en torno a la doctrina del bien jurídico véase Caro Coria, “Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs”, *Thémis*, núm. 35, 1997, pp. 137 y ss., 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 véase además, Marx, *Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”*, Köln, Carl Haymanns, 1972. Callies, *Theorie der Strafe im demokratischen und soziales Rechtsstaat*, Frankfurt am Main, 1974. Mir Puig, “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 1991, pp. 205 y ss. Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, J.M. Bosch, 1992, pp. 267 y ss, 284 y ss. Luzón Peña, “La

sidad de protección, relación material con los bienes jurídicos individuales y técnicas de tipificación de los comportamientos que afectan bienes colectivos.²¹ Frente a ello, sin embargo, considero importante reivindicar su trascendencia y autonomía, en razón de las deseadas consecuencias político-criminales a que conduce.²²

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 modernidad.²³ Pues bien, la atención de tales demandas tiene precisa acogida en el modelo de Estado social y democrático de derecho,²⁴ 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 material,²⁵ razón que justifica una

relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, pp. 21 y ss. Ya Mayer, *Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, Heidelberg, 1923, pp. 22 y 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”, *Nuevo Pensamiento Penal*, 1973, pp. 412-415.

21 Méndez Rodríguez, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, UCM y Ministerio de Justicia, 1993, p. 30.

22 En el mismo sentido, entre otros, Bustos Ramírez, *op. cit.*, nota 11, pp. 197 y ss. Maqueda Abreu, “La idea de peligro en el moderno derecho penal”, *Actualidad Penal*, vol 1, 1994, p. 492. Laurenzo Copello, *El resultado en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pp. 120 y 121.

23 Tiedemann, *Lecciones de derecho penal económico*, Barcelona, PPU, 1993, pp. 34-36.

24 Aunque esta fórmula de síntesis se halla expresamente reconocida, por ejemplo, en la CE (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, párrafo 1 (Estado social y democrático), 38 y 51 (Estado de derecho), entre otros.

25 Véase el conocido artículo 9.2 de la CE: “Corresponde a los poderes

intervención estatal activa para promover la atención de dichas necesidades, superando las disfuncionalidades económicas y sociales.²⁶ 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*”,²⁷ concepto que en términos generales es compatible con lo aquí sostenido.²⁸

5. No obstante, contra una concepción autonomizadora de los bienes colectivos se han levantado Hassemmer, Padovani y Terradillos Bosoco, 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 funcional.²⁹ Por ende, esta tendencia plantea la duda de si el bien jurídico, como creación del Estado liberal, es acaso

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”.

26 Bustos Ramírez, *op. cit.*, nota 11, 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), véase la cita de Berdugo Gómez de la Torre, *Honor y libertad de expresión*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 16, nota 7.

27 Bustos Ramírez, *op. cit.*, nota 11, p. 197.

28 Este autor defiende una concepción básicamente sociológica del bien jurídico-penal, como la síntesis jurídica concreta de una relación social determinada y dialéctica, véase Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 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.

29 En la doctrina italiana sigue esta orientación Fiandaca, *op. cit.*, nota 17, p. 168. En España, Hernández Plesencia, *op. cit.*, nota 17, pp. 113 y 114, nota 7.

capaz de solventar materialmente una visión social y no individualista del ilícito penal.³⁰

Hassemer no rechaza formalmente los bienes jurídicos *universales*³¹ (léase colectivos) pero los funcionaliza desde la persona, aceptándolos con la condición de que brinden la posibilidad de servir a intereses del hombre,³² 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”.³³ 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 hombre,³⁴ 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 administrativos,³⁵ 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 amplitud.³⁶

30 Bustos, *op. cit.*, nota 11, p. 186.

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

32 Hassemer, “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, *Doctrina Penal*, 1989, p. 282.

33 *Ibidem*, p. 281.

34 *Ibidem*, p. 283 citando a Lackner. Le sigue Matellanes Rodríguez, “La protección penal del medio ambiente”, *El nuevo Código Penal español: primeros problemas de aplicación*, Universidad de Salamanca, 1997, p. 63, nota 14.

35 Hassemer, *op. cit.*, nota 32, p. 284.

36 *Ibidem*, pp. 279 y 280. Dado que Silva Sánchez, *op. cit.*, nota 20, p. 272, nota 392, p. 276, nota 405, comparte las críticas de Hassemer, Matellanes Rodríguez, *op. cit.*, nota 34, 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.

En semejante tendencia, para Padovani los 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”.³⁷ De este modo, por ejemplo, la referencia 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 inadecuada.³⁸ También en el plano crítico y retomando los argumentos de Padovani, Terradillos Basoco³⁹ 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, concluye Terradillos apuntando la necesidad de proteger sólo los bienes jurídicos individuales que “se esconden tras los colectivos” y les dan contenido recurriendo a los tipos de peligro, fuera de lo cual deberá recurrirse al empleo de sanciones administrativas.

37 Padovani, “La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni”, *Dei Delitti e delle Pene*, 1984, p. 117.

38 *Ibidem*, p. 117.

39 Terradillos Basoco, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, Trotta, 1995, p. 50.

6. Ahora bien, pese a la importancia de los aportes antes reseñados que reivindicán 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 DP 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 desconoce científicamente la mayoría de relaciones causa-efecto entre tales riesgos y los daños que padecen los bienes personales,⁴⁰ 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, y 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 determinista⁴¹ a fin de demostrar con certeza el nexo causal entre el

40 Paredes Castañón y Rodríguez Montañéz, *op. cit.*, nota 4, pp. 49 y ss. 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, véase Samson, *op. cit.*, nota 14, p. 618.

41 Ellas establecen una “conexión necesaria entre dos especies de hechos”, véase Paredes Castañón, *El riesgo permitido en derecho penal (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1995, pp. 172 y 173, la forma lógica de estas leyes es la de una pro-

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 probabilística⁴² 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 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 tiempo.⁴³ 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 causalidad.⁴⁴ En similar orientación, la formulación por

posición predicativa perfecta: $Ax (A_x \text{---} Bx)$. Es decir: para todo supuesto, si se produce A , entonces se produce también B , véase *ibidem*, p. 173, nota 62.

42 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”, véase *ibidem*, pp. 173 y 174. En su forma lógica, estas leyes señalan que dadas las especies de hechos A y B , $Ex (A_x \text{---} Bx)$. Existe al menos uno de esos hechos de la especie A del que se sigue un hecho de la serie B , véase *ibidem*, p. 174, nota 69.

43 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”.

44 *Ibidem*, pp. 35 y 36. Sin duda los aportes de Heisenberg sirvieron para demostrar las inconsistencias del determinismo, pues se logró “demostrar que

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 espacio.⁴⁵ Por ello, actualmente el mundo ya no puede ser visto como un inmenso reloj sumamente preciso, es decir, como un sistema físico altamente regular.⁴⁶ 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 DP 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 teórica.⁴⁷ En tal sentido, considero que la reevaluación teórica de la causalidad en el plano físico no debe evitar su empleo en el ámbito jurídico,⁴⁸ por

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”, véase Doval Pais, *Delitos de fraude alimentario*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 271, nota 32.

45 Reyes Alvarado, *op. cit.*, nota 43, pp. 36 y 37.

46 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”, véase Zúñiga 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.

47 Reyes Alvarado, *op. cit.*, nota 43, p. 37.

48 *Ibidem*, 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 de-

lo que debe aceptarse como punto de partida la relevancia jurídico-penal de la leyes fenoménicas deterministas y probabilísticas, estas 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 colectivos⁴⁹ y constituye un proyecto tributario de un modelo penal retribucionista e ineficaz, es decir, desprotector de los bienes jurídicos individuales que, contradictoriamente, pretende tutelar garantistamente. Tales críticas, en el terreno penal ambiental, están corroboradas empíricamente con la experiencia criminalizadora del derogado artículo 347 bis del trCP que exigía para la tipicidad poner “en peligro grave la salud de las personas”.⁵⁰

7. Por estas razones, considero importante poner de relieve la autonomía de los bienes jurídicos colectivos en relación con los individuales, lo que no implica un divorcio entre ambas realidades normativas, pues partiendo de la clasificación de Bustos Ramírez⁵¹ los colectivos son bienes que inciden en el funciona-

litos 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 y 38.

49 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 Rodríguez, *op. cit.*, nota 34, p. 63, considera que ello es posible.

50 Véase por todos, Vercher Noguera, “Visión jurisprudencial sobre la protección penal del medio ambiente”, *Actualidad Penal*, vol. 1, 1995, p. 42. Pérez de Gregorio, “Jurisprudencia penal medioambiental”, *LL*, vol. 4, 1995, pp. 966-968. Bautista Parejo, “La prueba pericial en los supuestos de delito ecológico”, *La protección penal del medio ambiente*, Madrid, Coda/Aedenat, 1991, pp. 141-145.

51 Bustos Ramírez, *op. cit.*, nota 28, 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 indivi-

miento 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 colectiva.⁵² Esta construcción es plenamente acorde con el concepto de bien jurídico-penal que defiende,⁵³ 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 individuo.⁵⁴

duales 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 afección impide el desarrollo real y efectivo de la vida, la salud individual, la libertad, etcétera. En el mismo sentido, la 3a. ed., 1997.

52 Méndez Rodríguez, *op. cit.*, nota 21, p. 34. La autora advierte que, por contra, si los bienes jurídicos colectivos, como proponen Hassemmer, 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”, cursiva entre paréntesis fuera de texto.

53 Caro Coria, “Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs”, *Thémis, cit.*, nota 20.

54 Véase los artículos 1o. y 2.1 de la Constitución del Perú. Similar, artículo 10.1 de la CE, Berdugo Gómez de la Torre, *El delito de lesiones*, Universidad de Salamanca, 1982, pp. 66 y ss.

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 DP, contradictoria con los principios de mínima intervención penal y el programa despenalizador.⁵⁵ Ciertamente, si se entiende el proyecto de reducción penal según los principios de tutela exclusiva de bienes jurídicos, fragmentariedad, subsidiaridad y utilidad,⁵⁶ 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 desincriminación, de acuerdo con los baremos que proporcionan los principios de merecimiento y necesidad de pena en el modelo de Estado social y democrático de derecho.⁵⁷ Asimismo, con la postura aquí defendida se difuminan las dudas sobre la pretensión de atribuir al DP una misión promocional⁵⁸ que corresponde a otros medios de control social, y se evade el riesgo de administrativizar la reacción punitiva mediante el común recurso al DP accesorio o complementario,⁵⁹ de similar contenido material que el derecho administrativo sancionador.⁶⁰ En efecto, ya en otra oportunidad he negado rotundamente que el DP deba constituirse en un apéndice del control administrativo pues ello nos llevaría a vaciar de contenido material el bien jurídico-penal y nutrirlo con

55 Como se cuestiona Mir Puig, "Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal en la reforma penal", *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", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, pp. 472 y ss.

56 Sobre estos principios véase mis trabajos Caro Coria, *La protección penal del ambiente*, Lima, B.M&U, 1995, pp. 85 y ss. "Sistema penal y mínima intervención", *Thémis*, núm. 27-28, 1994, pp. 183 y ss.

57 Portilla Contreras, "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 39, 1989, p. 740.

58 Lo que si sustenta Berdugo Gómez de la Torre, *op. cit.*, nota 26, p. 16.

59 El "*Nebenstrafrecht*" del derecho penal alemán.

60 Mir Puig, *op. cit.*, nota 55, p. 154.

un formalismo peligroso de matiz funcionalista radical.⁶¹ 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 DP funciones ideológicas promocionales, acentuándose por contra su función protectora de los valores fundamentales de la colectividad.⁶² 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 individuales,⁶³ de modo que su tutela sólo se justifica como forma autónoma y adelantada de protección de éstos últimos,⁶⁴ adelanto que se fundamenta, en el ámbito del merecimiento de pena, por la mayor dañosidad social de sus afecciones frente a las de orden microsociales.

61 Véase Caro Coria, “Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs”, *Thémis*, cit., nota 20, *passim*, donde me opongo al entendimiento de la misión del DP como defensa de la vigencia de la norma, en el sentido que defienden Jakobs y sus epígonos, véase Jakobs, *Strafrecht. AT*, 2a. ed., Berlín, 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. 89 y ss.; *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 15 y ss.; *Fundamentos del derecho penal*, Buenos Aires, Ad-hoc, 1996, *passim*.

62 Portilla Contreras, *op. cit.*, nota 57, p. 741.

63 Bustos Ramírez, *op. cit.*, nota 11, pp. 196 y 197. Pérez Álvarez, *Protección penal del consumidor*, Barcelona, Praxis, 1991, pp. 51-53. En similar dirección, Paredes Castañón, *op. cit.*, nota 13, pp. 219 y 220, señala por ejemplo 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.

64 Rodas Monsalve, *Protección penal y medio ambiente*, Barcelona, PPU, 1994, p. 29, en el terreno ambiental pp. 100 y 101, aunque sólo refiriéndose a la complementariedad respecto de la salud.

8. Empero, estas ideas no necesariamente conllevan a justificar el recurso a los tipos de peligro abstracto,⁶⁵ 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”,⁶⁶ 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”.⁶⁷

Con todo, la discusión sobre la necesidad de instrumentar delitos abstractos de peligro ha cobrado gran actualidad en el terreno del DP 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 afectan siempre la seguridad en el uso de los bienes⁶⁸ o porque en ellos puede encontrarse un “disvalor

65 En el ámbito del DP 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 núm. 1 Relativa a la Protección del Ambiente por el Derecho Penal, de la 17a. 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”, cursiva fuera de texto.

66 Bustos Ramírez, *op. cit.*, nota 11, p. 198. Similar, Tiedemann, *Poder económico y delito*, Barcelona, Ariel, 1985, p. 36.

67 Apartado II.8.b), *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1e et 2e trimestres, 1995, p. 76.

68 Kindhäuser, *Gefährdungen al Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Fankfurt

potencial de resultado”.⁶⁹ Por contra, otro sector entiende que debe primar el respeto de principios esenciales como el de lesividad o determinación, de modo que sólo es posible recurrir a los tipos de lesión y peligro real o concreto.⁷⁰ A su vez, otra línea doctrinal considera que los principios básicos del DP 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”.⁷¹

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

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. 448 y ss.; “La protección de los bienes jurídicos por medio de las prohibiciones de lesión o de peligro”, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 1996, pp. 75 y 76, 80 y ss. 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”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, p. 337.

69 Laurenzo Copello, *op. cit.*, nota 22, pp. 180 y ss.

70 Méndez Rodríguez, *op. cit.*, nota 21, pp. 161 y ss., 207, 234 y ss.

71 Schröder, “Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?”, *Juristenzeitung*, 1967, pp. 522 y ss.; “Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1969, pp. 7 y ss. Gallas, “Abstrakte und konkrete Gefährdung”, *Festschrift für Heinitz*, Berlín, W. de Gruyter, 1972, pp. 171 y ss. Torio López, “Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, pp. 825 y ss.

bien como producto de la ponderación de dichos intereses.⁷² 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”.⁷³ En esta línea de pensamiento, la ponderación de los conflictos sociales en relación a los bienes jurídicos individuales se efectúa en muchas ocasiones a través de las causas de justificación,⁷⁴ sin embargo, en relación a los colectivos, se efectúa principalmente al definir el bien jurídico y al estructurar el tipo penal.⁷⁵

En efecto, el binomio riesgo-seguridad no se aprecia maniqueamente en la actualidad, dada la enorme influencia del pensamiento utilitario (coste/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 reportan,⁷⁶ dicho de otro modo, “*puesto que es imposible eliminar de raíz la amenaza de todo peligro*

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

73 Heine, *op. cit.*, nota 10, p. 292.

74 Véase por todos Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1972, pp. 55 y ss. 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, véase 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.

75 Méndez Rodríguez, *op. cit.*, nota 21, p. 34.

76 Schünemann, “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”, *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, p. 576. Gómez Pavón, *El delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 104.

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”.⁷⁷ 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 permitido, es decir, que conductas en sí 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 conducta.⁷⁸ En tal medida, cobra relevancia penal la institución del riesgo permitido, sobre la cual se discute aún su concepto, contenido, funciones y autonomía sistemática,⁷⁹ 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 intereses,⁸⁰ merecedores 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 concurrentes.⁸¹

77 Paredes Castañón, *op. cit.*, nota 41, p. 26.

78 Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, UCM, 1994, pp. 6 y 7.

79 Maiwald, *De la capacidad de rendimiento del concepto “riesgo permitido”, para la sistemática del derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 11 y ss.

80 Sin embargo, como se indicó, Méndez, *Los delitos de peligro*, pp. 34 y 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, *op. cit.*, nota 79, pp. 35 y ss.

81 Paredes Castañón, *op. cit.*, nota 41, p. 517.

10. Ahora bien, cuando los bienes colectivos constituyen entidades macrosociales,⁸² entonces su efectiva lesión o puesta en concreto peligro no puede lograrse muchas veces a través de una mera conducta individual,⁸³ sino mediante la reiteración generalizada de comportamientos que violan las reglas básicas que aseguran el sistema y su funcionamiento.⁸⁴ Debido a ello, actualmente suele aceptarse el planteamiento de Schünemann sobre la necesidad de recurrir a los llamados “delitos con bien jurídico intermedio espiritualizado”,⁸⁵ 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

82 Por ejemplo, la libre competencia, la salud pública, la estabilidad del ecosistema, etcétera.

83 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 379 y ss. del Código Penal español de 1995), véase Rodríguez Montañés, *op. cit.*, nota 78, pp. 299 y 300.

84 *Ibidem*, pp. 300 y 301.

85 Schünemann, *op. cit.*, nota 76, p. 798. Asume esta denominación, Roxin, *Strafrecht. AT*, München, C.H. Beck, 1992, t. I, 11/126. Jakobs, *op. cit.*, nota 61, 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.

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.⁸⁶

A mi juicio este punto de partida es esencialmente correcto, más no que de allí se pretenda 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”.⁸⁷ Por contra, considero que esta acotación del bien colectivo o su mayor delimitación como bien intermedio para el ámbito de la tipicidad,⁸⁸ 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 interme-

⁸⁶ Rodríguez Montañés, *op. cit.*, nota 78, pp. 300 y 301, cursiva entre paréntesis fuera de texto.

⁸⁷ Lo que si defienden Rodríguez Montañés, *op. cit.*, nota 78, pp. 301 y 302. Fiandaca, “La tipizzazione del pericolo”, *Dei Delitti e delle Pene*, 1984, pp. 455 y ss. Para el ámbito del DP económico, Tiedemann, *op. cit.*, nota 66, p. 36; *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, t. I: AT, Studium, Hamburg, 1976, pp. 81 y ss., 86; “Wirtschaftsstrafrecht-Einführung und Übersicht”, *Juristische Schulung*, 1989, p. 691.

⁸⁸ En tal sentido, por ejemplo, en los delitos contra el ambiente natural (artículos 325 y ss. del Código Penal español de 1995), 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, véase Caro Coria, *La estabilidad del ecosistema como bien jurídico-penal*, *cit.*, nota 20, pp. 217 y ss.

dio, es decir, los que podría entenderse originan un peligro abstracto para el bien colectivo, deben controlarse a mi entender fuera del DP, 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. Estos 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 ambiente,⁸⁹ y en general dentro del terreno penal económi-

⁸⁹ Sgubbi, "Protección penal del medio ambiente en Italia", *Protección internacional del medio ambiente y derecho ecológico*, Bilbao, UPV, 1987, pp. 162 y ss. En la misma publicación, Carbonell Mateu, "En torno a los intereses de titularidad colectiva", pp. 215 y ss. De la Cuesta Arzamendi, "Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente", *Documentación Jurídica*, vol. 2, núm. 37-40, 1983, p. 879. Peris Riera, *Delitos contra el medio ambiente*, Universidad de Valencia, 1984, p. 24.

co,⁹⁰ constituye un lugar común de 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 difundido⁹¹ fue introducida en la ciencia jurídica por Sgubbi.⁹²

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 DP, pues el bien jurídico no sería más que una sublimación e ideologización burguesa del concepto privatista de derecho subjetivo.⁹³ En la doctrina española, es también conocida la definición introducida por Loza-

90 Bustos Ramírez, “Perspectivas actuales del derecho penal económico”, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 1, 1993, pp. 65 y ss.

91 Serrano Moreno, “El conflicto ecológico en el momento judicial del Estado de derecho”, *Jueces para la Democracia*, núm. 25, 1996, p. 82, nota 10, precisa que la traducción correcta del italiano *diffusi* sería *difundidos* y no *difusos*.

92 Sgubbi, “Tutela penale di ‘interessi diffusi’”, *La Questione Criminale*, 1975, pp. 439-481.

93 *Ibidem*, 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 inidóneos 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”, citado por Serrano Moreno, *op. cit.*, nota 91, p. 82, nota 13.

no-Higuero y Pinto, según la cual difuso es el “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”.⁹⁴

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 otros.⁹⁵ 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”.⁹⁶

De igual modo, precisa Pérez Álvarez 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”.⁹⁷ Por tales motivos, Mateos Rodríguez-

⁹⁴ Lozano-Higuero y Pinto, *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, Rufino Blanco, 1983, p. 155.

⁹⁵ Bujosa Vadell, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, J.M. Bosch, 1995, pp. 98 y ss. Acosta Estévez, *Tutela procesal de los consumidores*, J.M. Bosch, 1995, pp. 38 y ss.

⁹⁶ González Rus, *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 1986, pp. 84 y 85.

⁹⁷ Pérez Álvarez, *op. cit.*, nota 63, pp. 49 y 50, citando a Federici.

Arias entiende que si bien los intereses difusos surgen al margen de todo reconocimiento formal, en el momento en que se traspasa 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”.⁹⁸ 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.⁹⁹

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 DP,¹⁰⁰ pues no añade algo conceptual-

⁹⁸ Mateos Rodríguez-Arias, *Derecho penal y protección del medio ambiente*, Madrid, Colex, 1992, pp. 37-39.

⁹⁹ Bujosa Vadell, *op. cit.*, nota 95, pp. 102 y 103, apoyándose en Trocker, Guercio, Mariani, Mazzacane, Virgilio y Sensale.

¹⁰⁰ Al margen de la que pueda sostenerse por ejemplo 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, véase Gimeno Sendra *et al.*, “La protección procesal del medio ambiente”, *Poder Judicial*, núm. 37, 1995, pp. 141 y ss. 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”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 55, 1995, pp. 239 y ss. 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, véase Bujosa Vadell, *op. cit.*, nota 95, pp. 107 y ss.

mente 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 Ramírez.¹⁰¹

Ciertamente, el concepto de interés difuso nació con Sgubbi como una categoría alternativa o superadora del concepto material de bien jurídico. De esta 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 difusos.¹⁰² 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”,¹⁰³ lo que bien puede lograrse mediante su articulación al modelo de Estado social y de-

101 Bustos Ramírez, *op. cit.*, nota 11, pp. 187 y 188.

102 Sgubbi, *op. cit.*, nota 92, pp. 439 y ss.

103 Bustos Ramírez, *op. cit.*, nota 11, p. 190.

mocrático de derecho (artículo 1.1 de la CE), 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 derecho,¹⁰⁴ 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 alternativa.¹⁰⁵ 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 distribución.¹⁰⁶

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

104 Portilla Contreras, *op. cit.*, nota 57, pp. 742.

105 *Ibidem*, 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.

106 *Ibidem*, p. 744.

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 penal,¹⁰⁷ 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 pertenecens a todos y cada uno de los ciudadanos”.

107 En igual sentido Carbonell Mateu, *op. cit.*, nota 89, 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”.