

Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos

El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos

SUSANA SOTO NAVARRO

Profesora de Derecho penal de la Universidad de Málaga

1. INTRODUCCIÓN

Característica fundamental de los bienes jurídicos colectivos es su función o utilidad para la sociedad en su conjunto, lo que se traduce, *prima facie*, en la posibilidad de aprovechamiento por todos, sin que nadie pueda ser excluido y sin que el aprovechamiento individual obstaculice ni impida el aprovechamiento por otros (1). Consiguientemente, los bienes jurídicos colectivos no son susceptibles de división en partes atribuibles individualmente, sobre las que se reconozca libertad de disposición. En base a esta nota de indivisibilidad, considero que no tienen una auténtica naturaleza colectiva aquellos bienes jurídicos que se pueden descomponer y encuentran su esencia en una pluralidad de intereses individuales, como es el caso, en especial, de los implicados en los delitos contra la seguridad colectiva (2). En tales supuestos, el atributo de colectivo no corresponde propiamente al bien jurídico protegido, sino al tipo de peligro del que se trata de preservar un bien jurídico individual, claramente identificado, por lo que el verdadero objeto de estudio ha de ser la estructura típica adecuada para abarcar conductas cuyo núcleo de lo injusto reside en la creación de un peligro abierto.

(1) Véase HEFENDEHL, *Grund und Grenzen des Schutzes kollektiver Rechtsgüter im Strafrecht*, pp. 21, 126-128.

(2) Véase el desarrollo de esta postura en SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, 2003, pp. 200-213.

Despejado así el panorama, este estudio se centra en los bienes jurídicos colectivos en sentido propio, esto es, aquéllos que no son divisibles en bienes jurídicos individuales.

Dentro de los bienes jurídicos colectivos es común establecer dos subcategorías a partir de la distinción entre sociedad y Estado como respectivos titulares (3). Esta clasificación suele respaldarse en la siguiente idea: si el Estado es necesario para salvaguardar y promover los presupuestos esenciales de la convivencia en sociedad, condición previa es la permanencia del propio Estado y el normal funcionamiento de sus instituciones, por lo que habrá de preservarse a sí mismo frente a los ataques que comprometan su estabilidad (4).

A mi entender, sin embargo, el Estado, en cuanto forma de organización política de una comunidad, no puede ser titular de intereses propios susceptibles de protección penal. Todo atentado contra los órganos estatales o contra el normal desenvolvimiento de su actividad es, en definitiva, un atentado contra la sociedad a la que éstos sirven (5). Con ello lo único que se afirma es que el criterio de la titularidad social o estatal no es válido para clasificar los bienes jurídicos colectivos, puesto que todos ellos deben atribuirse a la sociedad (6).

Mi propuesta de sistematización adopta un criterio distinto al de la titularidad, cual es el de las funciones sociales que desempeñan los

(3) Véase CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, PG, II, 1998, pp. 208-209; CARBONELL MATEU, «Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos», en Boix Reig (dir.), *Intereses difusos y Derecho penal*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, pp. 16-17; ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, pp. 172 ss., 190 ss.; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 1998, pp. 285 ss., 439 ss., quien distingue entre bienes jurídicos supraindividuales no estatales y estatales. Cfr. asimismo, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, PE, 2001, pp. 529 ss., 713 ss., quien distingue entre delitos contra los valores sociales supraestatales y delitos contra el Estado; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal*, PE, 2000, pp. 537 ss., 833 ss.; LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español*, PE, 1996, pp. 235 ss., 487 ss.; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, PE, 1996, pp. 5 ss., 499 ss.

Otros autores optan por el término de bien jurídico «institucional» para referirse a los bienes jurídicos atribuibles al Estado. En este sentido, MARINUCCI y DOLCINI, *Corso di Diritto penale*, I, 2001, p. 178; POLAINO NAVARRETE, en Cobo del Rosal (dir.), *Curso de Derecho penal español*, PE, II, 1997, p. 565; SANTANA VEGA, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, 2000, p. 77.

(4) Cfr. MUÑOZ CONDE, cit., p. 713; MÜLLER-EMMERT, «Sozialschädlichkeit und Strafbarkeit», *GA*, 1976, p. 301.

(5) Véase una argumentación más detenida en SOTO NAVARRO, cit., pp. 245-249.

(6) Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, 1999, p. 204.

bienes jurídicos colectivos. Desde tal enfoque y en una primera aproximación, cabe distinguir dos grupos: por un lado, aquellos bienes jurídicos colectivos que representan prestaciones básicas del sistema social (7) (p.ej., Administración de Justicia, Seguridad Social); por otro, aquellos que van referidos a la preservación de instituciones fundamentales del Estado y del Estado en su conjunto, en su concreta configuración constitucional, como presupuesto necesario para que se hagan efectivas aquellas prestaciones sociales (8).

De este modo, el Estado se considera no como titular de ciertos bienes jurídicos colectivos, pero sí como objeto de protección penal, en cuanto instrumento esencial hoy por hoy para la organización de la convivencia social (9).

No es posible abordar aquí una concreción de todos los bienes jurídicos colectivos protegidos en nuestro Código penal, de modo que atenderé tan sólo al primero de los dos grandes grupos que he diferenciado, esto es, el constituido por bienes jurídicos que representan

(7) Cfr. el uso de esta terminología por ROXIN, «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos del Derecho penal*, 1976, p. 21; MÜLLER-EMMERT, cit., pp. 299-300.

(8) Cfr. HEFENDEHL, cit., pp. 128 ss., quien distingue dentro de los bienes jurídicos colectivos entre los que crean «espacios de libertad» para el desarrollo del individuo y los que representan condiciones básicas para la propia existencia del Estado, de modo que éste pueda asegurar aquellos «espacios de libertad».

Desde un enfoque funcionalista, Bustos propone una ordenación de los bienes jurídicos en base al todo que implica el sistema, distinguiendo entre bienes jurídicos referidos «a las bases de existencia del sistema» (bienes jurídicos individuales) y los que están en relación al «funcionamiento del sistema» (bienes jurídicos colectivos). Los segundos abarcarían los procesos y funciones que el sistema ha de cumplir para que puedan asegurarse materialmente las bases del mismo, incluyendo entre ellos los referidos a la incolumidad de la organización estatal («bienes jurídicos de control»). Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*, PE, 1991, pp. 5, 223-224, 307-308 y 383-384; ídem, «Los bienes jurídicos colectivos», en *Control social y sistema penal*, 1987, pp. 199-200. Esta misma clasificación es adoptada también por HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, 1991, p. 155.

(9) En esta línea, CARBONELL MATEU, cit., p. 18, quien, si bien parte de la titularidad de los bienes jurídicos como criterio de clasificación, matiza su postura en este sentido: «También el Estado se convierte en objeto de tutela [...] Se ha recurrido a la ficción de considerar al Estado mismo como un individuo, desconectándose su titularidad (la de los bienes jurídicos de carácter político) de los ciudadanos. En este sentido es importante subrayar que el Estado no es otra cosa que un *instrumento* creado para hacer posible la convivencia de los ciudadanos entre sí. Y por eso, los bienes tradicionalmente atribuidos a aquél son, en realidad, bienes supraindividuales de carácter político» (cursiva añadida). Cfr., asimismo, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*, PE, cit., p. 5.

prestaciones básicas del sistema social. En esta categoría habrían de incluirse los afectados por los siguientes delitos:

- Delitos contra el orden socio-económico (Capítulos XI a XIV del Título XIII) (10).
- Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (Título XIV).
- Delitos relativos a la ordenación del territorio, protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (Título XVI).
- Delitos de falsedades (Título XVIII).
- Delitos contra la Administración Pública (Título XIX).
- Delitos contra la Administración de Justicia (Título XX).

2. CONCRECIÓN DE CIERTOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS

2.1 Método de análisis sociológico-normativo

La teoría sistémica puede ser un método de análisis útil entendida como conjunto de instrumentos que ayudan a una mejor descripción de la realidad social y jurídica (11). Su principal limitación radica en su neutralidad valorativa, por lo que no sirve, por sí sola, como criterio de legitimación material de las normas penales. En efecto, la teoría de sistemas de Luhmann no es, ni pretende serlo, una concepción normativa de la sociedad, a diferencia de las nuevas teorías del contrato social, que radican la identidad social en la obtención de un consenso en torno a valores. El funcionalismo se presenta como un método empírico-sociológico, que describe el ser de la sociedad moderna, sin ofrecer pautas valorativas con potencial crítico. Sin embargo, en el plano en que ahora nos encontramos, ello no representa ninguna deficiencia, pues el concepto de bien jurídico se adopta aquí como un instrumento técnico-jurídico eficaz para concretar los objetos dignos de tutela penal y para configurar en torno a él conductas lesivas, pero al que no cabe imponer

(10) Aunque es discutible el carácter socio-económico de algunos de los delitos incluidos en estos Capítulos, por predominar en ellos la protección de intereses patrimoniales individuales, como los relativos a la propiedad intelectual o la mayor parte de los delitos societarios (sobre la naturaleza de éstos últimos, cfr. DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, 1998, pp. 25 ss.; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, 2000, pp. 32 ss.). Cfr. sobre la regulación en un Título común de los delitos patrimoniales junto a los socio-económicos y sobre la problemática delimitación entre ambos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, 1998, pp. 51 ss.; GONZÁLEZ RUS, en Cobo del Rosal (dir.), *Curso de Derecho penal español*, PE, I, 1996, pp. 547-550.

(11) Véase en profundidad SOTO NAVARRO, cit., pp. 8 ss.

la función de designar la fuente valorativa determinante en la selección de concretas realidades sociales ni, por consiguiente, una función crítica externa al propio sistema penal (12).

Uno de los aspectos más originales de la teoría sistémica de Luhmann es el concepto de comunicación, como unidad básica sobre la que se constituyen los sistemas sociales, a diferencia de la epistemología social que, desde Hobbes a Kant, adoptó el punto de vista de la conciencia individual. Para que el individuo pueda determinarse y entenderse a sí mismo necesita interactuar socialmente, pues de lo contrario no se produciría más que un cúmulo casual de individuos reclusos en sus respectivas percepciones y carentes de elementos en común sobre los que poder construir un conocimiento del mundo/ambiente. De ahí que la teoría de sistemas no se ocupe en primera línea de las expectativas del individuo, como sistema psíquico, sino de las condiciones para la interacción entre una pluralidad de individuos, esto es, para la coordinación de expectativas, de modo que sea posible una convivencia social organizada. Luhmann conceptúa así la sociedad como «un sistema de comunicación que integra selectivamente el potencial físico-químico-orgánico-psíquico de la humanidad», pero que «posee su propia realidad y su autonomía sistémica» (13). La persona en su totalidad, como sistema psíquico, constituye el ambiente que hace posible la sociedad (14).

La comunicación es entendida como un concepto autónomo de la acción, en la medida en que sólo aquélla es necesariamente social (15): «la comunicación no es un tipo de acción porque contiene siempre un sentido mucho más rico que el simple expresar o enviar mensajes [...] la perfección de la comunicación implica comprensión y comprensión no es parte de la actividad del comunicador ni puede atribuírsele» (16). No obstante, cada sistema de comunicación se descompone en acciones, entendidas como comportamientos humanos intencionales y atribuibles, pues sólo de este modo se puede «fijar la comunicación como

(12) Así también, MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, 1994, p. 205.

(13) LUHMANN Y PFÜRTNER (eds.), *Theorietechnik und Moral*, 1978, p. 31. Así también HABERMAS, *Facticidad y validez*, 1998, pp. 145-146.

(14) Cfr. GARCÍA AMADO, «¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal», *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 250-251. Asimismo, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 354, 363.

(15) AMELUNG, en cambio, parte del funcionalismo estructural de Parsons y conceptúa la sociedad como un sistema de acción. Cfr. AMELUNG, cit., pp. 352 ss.

(16) LUHMANN, «The Autopoiesis of Social Systems», en Geyer y v. der Zouwen (eds.), *Sociocybernetic Paradoxes: Observation, Control and Evolution of Self-Steering Systems*, 1986, p.10.

un acontecimiento simple en un punto temporal» (17) y prever de quién (emisor), sobre qué y con quién (receptor) puede seguir la comunicación.

La creciente complejidad de la sociedad actual ha provocado su descomposición policéntrica en múltiples subsistemas, cada uno de los cuales desarrolla en exclusiva funciones determinadas para el sistema global. Pero el mecanismo de organización y funcionamiento internos de cada subsistema es básicamente el mismo. Al igual que todo organismo vivo, se trata de sistemas cognitivos cerrados, esto es, organizados autorreferencialmente (sistemas autopoieticos), cuyos elementos interactúan y se reproducen a sí mismos circularmente en base a la comunicación. Ello no impide su apertura al ambiente, pero las relaciones no se establecen en términos de *input* y *output*, como en las primeras descripciones funcionalistas de la sociedad, sino que son siempre reguladas por el propio sistema (18).

¿Cuál es el rendimiento del funcionalismo sistémico de cara a la concreción de los bienes jurídicos colectivos? Ante todo, proporciona un método de análisis con dos cualidades básicas: primero, es dinámico (19); segundo, adopta un referente distinto al individuo, cual es el sistema social en su conjunto, lo cual no significa que se prescindiera de aquél (20).

Desde este enfoque, los delitos contra bienes jurídicos colectivos son conductas que inciden negativamente sobre las condiciones de existencia y/o desarrollo de un subsistema de comunicación, lo que, de modo mediato, repercute en las posibilidades de acción individuales, en cuanto constitutivas de dicha realidad sistémica. En esta línea se ha pronunciado Müssig, para quien no existe una diferencia cualitativa, sino meramente cuantitativa, entre los bienes jurídicos individuales y los colectivos: si los primeros sirven a la constitución de relaciones de interacción directas, propias de la esfera individual, los segundos sirven a la configuración de complejos subsistemas sociales, que son el soporte de aquellas relaciones intersubjetivas (21).

(17) LUHMANN, *Soziale Systeme*, 1984, p. 227.

(18) Cfr., en detalle, SOTO NAVARRO, cit., pp. 17-22.

(19) A favor de un concepto dinámico de bien jurídico, MORALES PRATS, en Quintero Olivares, *Manual de Derecho Penal*, PG, 2000, pp. 283-284.

(20) Cfr. sobre esta infundada crítica al Derecho penal de orientación funcionalista, SOTO NAVARRO, cit., pp. 27-30. Así también MÜSSIG, cit., pp. 192-193, para quien el logro fundamental de la teoría sistémica reside en mostrar que mediante la estructuración de una sociedad compleja y diferenciada se garantizan las condiciones de individualización y viceversa, dicha sociedad presupone la individualidad.

(21) Cfr. MÜSSIG, cit., pp. 185-186, 188. Próximo a este planteamiento, BUSTOS RAMÍREZ, «Los bienes jurídicos colectivos», cit., p. 199, para quien los bienes jurídicos individuales están referidos a «relaciones microsociales» (de una persona con

Pero lo relevante y, por tanto, merecedor de tutela penal no son los subsistemas comunicativos en sí, como mecanismos de organización, sino su valor funcional, esto es, la función que éstos desempeñan para el sistema social global. Si establecemos un paralelismo con los bienes jurídicos individuales, el planteamiento es el mismo. Así, p.ej., la vida humana no constituye un bien jurídico en cuanto mera realidad físico-biológica (aquí conforme a las ciencias naturales), sino por su valor funcional para su portador y, por ende, para la sociedad (22). La única diferencia es que, en este ámbito, el individuo se coloca en primer plano como referente axiológico.

Por consiguiente, exigencia básica para que el recurso a la intervención penal esté justificado será que los subsistemas comunicativos afectados por ciertas formas de conducta cumplan una función social indispensable (23).

Pues bien, para la delimitación de la función social en los bienes jurídicos colectivos no son suficientes las aportaciones de las ciencias empírico-sociales, sino que es preciso introducir criterios normativos que, a partir de la realidad subyacente, delimiten el objeto y el alcance de la protección penal.

La función social que han de satisfacer los subsistemas comunicativos generados por el propio sistema social queda prefijada o, al menos, puede extraerse con certeza de su regulación jurídica (24). En efecto, la actividad que se despliega dentro de cada subsistema comunicativo está sometida a un complejo entramado institucional de organización y control, mediante el cual se pretende garantizar el logro de la función social asignada. La disciplina normativa de cada sector de actividad constituye, por ello, una segunda fuente de conocimiento imprescindible, junto a las aportaciones sociológicas, para extraer el valor funcional en los bienes jurídicos colectivos (25).

otra), sobre las que se constituye toda la red social; mientras los bienes jurídicos colectivos están referidos a los procesos o funciones que el sistema ha de cumplir para que queden aseguradas materialmente aquellas relaciones microsociales. Se trata en este caso, prosigue el autor, de «relaciones macrosociales», en las que los «entes de intermediación» dentro de la interrelación adquieren especial importancia.

(22) En este sentido, MIR PUIG, «Objeto del delito», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XVII, 1982, pp. 765-766.

(23) En este sentido, RUDOLPHI, en SK-StGB, AT, 1997, vor § 1, p. 6, m. 8.

(24) En este sentido, AMELUNG, cit., p. 191; RUDOLPHI, en GA, 1969, pp. 139-140 (citado por Amelung).

(25) En esta línea, PULITANÒ, «La formulazione delle fattispecie di reato: oggetti e tecniche», en *Beni e tecniche della tutela penale*, 1987, pp. 36-39, quien distingue dos sectores de actividad en los que la configuración de los objetos de protección penal depende necesariamente de disciplinas extrapenales: por un lado, activi-

Esta propuesta podría suscitar ciertos recelos en atención al problema de la naturaleza secundaria del Derecho penal (26), pero no comporta, a mi entender, un riesgo de criminalización de injustos formales, basados en el mero incumplimiento de obligaciones jurídicas extrapenales, en la medida en que la incursión cognitiva en otros sectores del ordenamiento jurídico no se dirige a reforzar sus normas mediante el recurso a la conminación penal, sino a obtener criterios axiológicos a partir de los cuales se precise el contenido del bien jurídico-penal (27).

2.2 Función social como criterio de concreción

Las fórmulas más empleadas para delimitar el contenido de los bienes jurídicos colectivos son tres: las que aluden a expectativas de seguridad de los ciudadanos, al correcto funcionamiento de ciertas instituciones y a la confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de las mismas.

Con respecto a la primera fórmula, desarrollada sobre todo en el ámbito de los delitos contra la seguridad colectiva, entiendo que la defraudación de expectativas sociales y su restablecimiento por medio de la intervención punitiva son conceptos útiles para describir la función de la pena, pero no aportan referente material alguno sobre el contenido legítimo de las normas, ni pueden servir, por tanto, como criterio de incriminación. La seguridad en sí misma es un concepto vacío, que permitiría una ampliación sin límites de la intervención penal. Sólo cobra entidad suficiente en la medida en que se la dote de un soporte material sólido, con capacidad para delimitar los tipos, y éste no es otro que los bienes jurídicos esenciales (generalmente de

dades sometidas a modelos de «buen funcionamiento», regulados por el Derecho público o privado (por ejemplo, la Administración pública o las sociedades mercantiles), en las que una intervención penal autónoma, que introduzca excesivas restricciones, pondría en crisis el modelo funcional en cuestión; por otro, actividades que afectan a nuevos intereses, como el medio ambiente o el urbanismo, en las que sólo puede alcanzarse una tutela penal eficaz si previamente se han desarrollado modelos normativos de organización y control. Cfr., asimismo, MORALES PRATS, «Técnicas de tutela penal de los intereses difusos», en Boix Reig (dir.), cit., pp. 77-79; PAREDES CASTAÑÓN, «Responsabilidad penal y “nuevos riesgos”: el caso de los delitos contra el medio ambiente», AP, núm. 10, 1997, pp. 223-224.

(26) Cfr. al respecto CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, PG, I, 1996, pp. 68-69. Defiende una limitada naturaleza secundaria del Derecho penal DÍEZ RIPOLLÉS, *La categoría de la antijuricidad en Derecho penal*, 1996, pp. 67-69.

(27) Cfr. más detalladamente, en relación con la accesoriedad administrativa, SOTO NAVARRO, cit., pp. 218-227.

naturaleza individual) que se quieren preservar de formas de ataque indiscriminado.

En cuanto a la segunda fórmula, no se logra concretar el objeto de tutela penal con la mera referencia al correcto funcionamiento de una institución, si previamente no se determina, desde una perspectiva sociológica y jurídica, cuál es su función social y cómo ha de desempeñarla.

Tampoco se resuelven los problemas de concreción subjetivizando la anterior fórmula mediante la alusión a la confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de las instituciones, tesis que, al igual que la precedente, se aplica, sobre todo, en relación con los delitos socio-económicos (28), contra la Administración Pública y contra la Administración de Justicia. A favor de esta interpretación se suele argumentar que la confianza pública representa una condición esencial de funcionamiento de dichas instituciones (29). Sin embargo, ello supone centrar el bien jurídico en lo que sólo es un efecto psicológico-colectivo derivado del adecuado desarrollo de la función social asignada a estas instituciones, efecto además difícilmente mensurable en términos objetivos, con la consiguiente dificultad para identificar su lesión.

A mi entender, el método de concreción posiblemente más eficaz es aquél que atiende a una perspectiva dinámica, esto es, aquél que intenta desentrañar la función social que desempeñan los aspectos concretos de la realidad social percibidos como valiosos. Este enfoque, en principio aplicable tanto a los bienes jurídicos individuales como a los colectivos (30), proporciona, contrariamente a lo que pudiera parecer, mayor certeza con respecto a los segundos, como paso a analizar inmediatamente.

2.2.1 *Dificultades en el ámbito de los bienes jurídicos individuales*

Partimos de que el juicio de valor positivo emitido por el legislador constituye formalmente el bien jurídico, en cuanto fija qué parcela concreta de la realidad social se convierte en objeto de protección penal. Ahora bien, tal acto de valoración no puede ser arbitrario, sino que ha de estar en consonancia con las valoraciones propias de los ciudadanos, por lo que el legislador no está legitimado para extender

(28) Cfr. una crítica a esta interpretación en el Derecho penal económico por GEERDS, *Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz*, 1990, pp. 56-63.

(29) En este sentido, HEFENDEHL, cit., pp. 141-144.

(30) Así, RUDOLPHI, «Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico», *Nuevo Pensamiento Penal*, 1975, p. 343.

el ámbito de protección más allá de lo que éstos demanden. Cabe distinguir, por tanto, dos juicios de valor, el del legislador y el del ciudadano (31). Pero el ciudadano no es un ente abstracto, sino concretos individuos que buscan la satisfacción de sus propios intereses y metas vitales, con toda la pluralidad de matices que ello comporta en sus juicios de valor (32). Ello obliga al legislador a caracterizar el aspecto de la realidad social protegido con unos contornos relativamente «toscos», de modo que todos los ciudadanos (o al menos la mayoría) puedan ver satisfechas sus exigencias, y dentro de ese marco consensuado será cada individuo el que profile el objeto de tutela en atención a sus intereses particulares (33).

El problema reside, en ocasiones, en la propia averiguación de la existencia de un juicio de valor positivo por parte de los ciudadanos pero, sobre todo, en la determinación de su contenido esencial, válido para todos. Sólo resulta fácil de identificar la ausencia puntual de tal valoración, cuando el individuo demanda, con respecto a determinados bienes existenciales que le son atribuidos, el reconocimiento de una facultad de disposición en virtud de la cual decaiga la protección penal frente a cierto tipo de lesiones: las consentidas por el propio titular del bien (34).

(31) En este sentido, AMELUNG, cit., p. 189.

(32) En esta línea, LAMPE, «Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis», en FS-Welzel, 1974, pp. 151 ss., quien relaciona los valores culturales y las necesidades individuales a partir de los siguientes postulados: 1. los bienes jurídicos tienen su fundamento en valores culturales, 2. los valores culturales se basan, a su vez, en las necesidades individuales, 3. las necesidades individuales se convierten en valores culturales cuando son socialmente dominantes.

(33) Así, AMELUNG, cit., p. 189.

(34) En tales supuestos, en la medida en que se ejerza libremente un derecho a la disponibilidad, no cabe hablar de bien jurídico protegido. En esta línea, Díez Ripollés, quien, a partir del limitado reconocimiento de un derecho a disponer de la propia vida, delimita el bien jurídico protegido en los delitos contra la vida humana independiente del siguiente modo: «es la *vida humana ajena* frente a agresiones no consentidas y, en menor medida, esta misma frente a agresiones consentidas, así como la *propia* frente a intervenciones consentidas de terceros de cierta entidad, y siempre que su mantenimiento no suponga un trato inhumano o degradante» (cursiva añadida). Por tanto, no considera bien jurídico protegido la propia vida frente a un comportamiento suicida, siempre que no intervengan terceros o lo hagan con ayudas de carácter secundario. Cfr. Díez Ripollés, en Díez Ripollés y Gracia Martín (coords.), *Comentarios al Código penal*, Parte especial, I, 1997, pp. 177-184; ídem, «Eutanasia y Derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XII, 1995, pp. 90-98. Del mismo modo, sostiene que no constituye un bien jurídico protegido la salud e integridad personales propias frente a conductas de autolesiones, sin o con intervención de terceros, a falta de un precepto específico que castigue, como ocurre en el ámbito del suicidio, alguna modalidad de participación en las autolesiones: «Las figuras de lesiones protegen

En cambio, cuando sí existe un interés social en que se proteja cierta situación, el acto de valoración sólo puede determinarse de forma indirecta, preguntándose cuál es la razón del mismo (35). Y ésta reside, por regla general, en que el estado o situación de que se trate es útil para el logro de los fines individuales, esto es, reporta un aprovechamiento (uso y disfrute) (36) traducido, por lo común, en posibilidades concretas de acción (37). Así visto, la dañosidad social reside, desde la perspectiva del individuo, en la obstaculización o privación definitiva de oportunidades de acción (38).

Este enfoque cobra pleno sentido en aquellos bienes jurídicos en los que se percibe una relación directa entre la persona y ciertas situaciones de la realidad social, por cuanto éstas desempeñan una función susceptible de un aprovechamiento inmediato de cara a la autorrealización personal, es decir, en los bienes jurídicos individuales. Pongamos, como ejemplo, dos bienes jurídicos clásicos: la integridad física y el patrimonio.

la salud e integridad personales ajenas, siempre que su mantenimiento no suponga un trato inhumano o degradante, frente a cualesquiera agresiones no consentidas y, en menor medida, frente a las consentidas de una cierta entidad» (cursiva añadida). Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en Díez Ripollés y Gracia Martín (coords.), cit., pp. 562-568; ídem, «La disponibilidad de la salud e integridad personales», en Díez Ripollés (dir.), *Delitos contra la vida e integridad física*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995, pp. 130-137.

En esta línea también, pero centrando la argumentación no en la ausencia de bien jurídico protegido, sino en la falta de lesividad, SEGURA GARCÍA, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal*, 2000, pp. 106-107, 115. Cfr. asimismo, SCHMIDHÄUSER, «Handeln mit Einwilligung des Betroffenen-straftrechtlich: eine scheinbare Rechtsgutsverletzung», en Schlüchter (Hrsg.), *Kriminalistik und Strafrecht*, 1995, pp. 598 ss. Desde un enfoque funcionalista, MÜSSIG, cit., pp. 180-183, para quien la disponibilidad constituye un poder delegado para definir el ámbito de vigencia de la norma.

(35) Cfr. AMELUNG, cit., p. 189.

(36) Cfr. en este sentido, WELZEL, «Studien zum System des Strafrechts», ZStW, 58 (1939), p. 515; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, 1997, p. 51; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, Allgemeine Strafrechtslehre, 1992, pp. 7-9.

(37) En esta línea, MIR PUIG, cit., pp. 769-770, quien, siguiendo a Callies y a partir de la concepción de la sociedad como sistema de interacciones comunicativas, sostiene que los objetos de tutela penal han de concretarse atendiendo a las «posibilidades de participación» en los sistemas sociales que reportan. Estas «posibilidades de participación» no se entienden por el autor «sólo como posibilidad de incidencia activa en la vida colectiva, sino también como posibilidad de vivir en sociedad confiando en el respeto de la esfera de libertad particular por parte de los demás».

(38) Cfr. AMELUNG, cit., p. 189. También parece pronunciarse en esta línea, DÍEZ RIPOLLÉS, «El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista», *Jueces para la democracia*, núm. 30, noviembre 1997, p. 18.

Con respecto a los delitos de lesiones, se ha producido en los últimos decenios un progresivo enriquecimiento del bien jurídico protegido (39), caracterizado, sobre todo, por el paso de un contenido estático y negativo, que se centraba en la plenitud anatómico-funcional y en la ausencia de enfermedad, a un contenido dinámico y positivo, mediante la inclusión de referencias a la utilidad individual de la salud para la autorrealización en sociedad. Desde esta perspectiva, se define la salud como el «estado en el que una determinada persona desarrolla normalmente sus funciones», entendiéndose por éstas el ejercicio, sin alteraciones temporales o permanentes, de los diferentes órganos o aparatos, y por aquel estado el «que posibilita una concreta participación en el sistema social» (40).

Esta tendencia es una muestra clara del doble plano de concreción del bien jurídico que comporta la inclusión de la persona: uno relativamente genérico por parte del legislador y otro específico por parte de cada individuo afectado.

En efecto, el legislador se limitaría, en los delitos de lesiones, a destacar el componente social del objeto protegido en cuanto condición previa de participación en la vida comunitaria, si bien con ello logra restringir, de forma razonable, el ámbito de protección penal a los efectos lesivos que, en una ponderación global de la situación, se traduzcan en una merma significativa de las posibilidades de integración social, relaciones intersubjetivas o desarrollo profesional del individuo afectado (41). Éste es, por tanto, el referente básico para determinar el contenido del bien jurídico y la gravedad de su afección en el caso concreto (42).

(39) Cfr. al respecto, DÍEZ RIPOLLÉS, en Díez Ripollés y Gracia Martín (coords.), cit., pp. 325 ss.

(40) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, 1982, pp. 19 ss., 40-41, 70; idem, en MUÑOZ CONDE, BERDUGO y GARCÍA ARÁN, *La reforma penal de 1989*, 1989, p. 78. Siguen esta concepción del bien jurídico, MUÑOZ CONDE, cit., pp. 106-107; PÉREZ ALONSO, «El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma», ADPCP, 1990 (II), pp. 612, 615; ROSAL BLASCO, «El tipo básico de los delitos de lesiones», en *Comentarios a la legislación penal*, t. XIV, vol. 1º, 1992, pp. 238-239. Crítico con este enfoque, DÍEZ RIPOLLÉS, en Díez Ripollés y Gracia Martín (coords.), cit., p. 332.

(41) Lo cual no comporta, a mi entender, la exigencia de un efectivo aprovechamiento actual de tales posibilidades por parte del individuo afectado para que se le reconozca la protección penal.

(42) Sin embargo, en opinión de DÍEZ RIPOLLÉS la afección de las posibilidades de interacción social no es un efecto con entidad autónoma en base al cual deba definirse el bien jurídico protegido en los delitos de lesiones, sino tan sólo un criterio interpretativo para graduar la gravedad del desvalor de resultado. Estima así que las repercusiones en calidad de vida o relación social, concretadas a partir de aspectos

El segundo plano de concreción atiende a las circunstancias e intereses personales del afectado. Aquí se genera un riesgo de subjetivización del bien jurídico, por lo que se hace necesario introducir algún correctivo, de conformidad con las pautas sociales dominantes, que permita objetivar en la medida de lo posible los efectos lesivos (43).

El mismo problema se plantea con respecto al concepto de patrimonio como bien jurídico individual y a la determinación del daño patrimonial. Si bien sigue siendo dominante un concepto estático-económico del patrimonio privado, se observa una progresiva tendencia hacia un concepto dinámico, atento a la función que desempeña el patrimonio para el individuo.

Desde la primera perspectiva, el referente básico para definir el patrimonio es el valor dinerario de los bienes de una persona, por lo que el daño patrimonial se nuclea en torno al menoscabo económico monetariamente evaluable (44). Ello conduce, sin embargo, a soluciones insatisfactorias, por cuanto se excluyen del ámbito de protección penal determinados comportamientos que no suponen una merma dineraria del patrimonio del titular, pero perjudican intereses materiales del mismo; o viceversa, se incluyen comportamientos que, pese a producir dicho menoscabo dinerario, no comportan la lesión de intereses materiales del sujeto pasivo (45).

De ahí que los partidarios del concepto económico de patrimonio se vean obligados, particularmente en el ámbito de la estafa, a introdu-

como la penosidad de la recuperación, valoración personal del déficit causado, etc., son criterios necesarios para evaluar, en general, el menoscabo del bien jurídico. Pero también recurre a ellos para delimitar la concurrencia de elementos típicos concretos, como el carácter principal o no del órgano o miembro afectado (arts. 149 y 150 CP), grave enfermedad somática o psíquica (art. 149 CP), o la deformidad (arts. 149 y 150 CP). Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en Díez Ripollés y Gracia Martín (coords.), cit., pp. 333, 369, 384, 391-392, 400-401, 402-404, 406.

(43) Así, por ejemplo, la deformidad es, según DÍEZ RIPOLLÉS, un concepto de naturaleza colectiva, que no puede quedar a merced de las preferencias personales del afectado, sino que habrá de precisarse en atención a las pautas sociales vigentes sobre las relaciones de pertenencia o integración en un colectivo o subcolectivo humano. Partiendo de unas exigencias mínimas comunes a todo ciudadano, prosigue el autor, las circunstancias personales de la víctima (edad, sexo, profesión, género de vida...) podrán tenerse en cuenta para elevar en ciertos casos la protección penal y no para reducirla. Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en Díez Ripollés y Gracia Martín (coords.), cit., pp. 403-404.

(44) Sobre los conceptos económico y jurídico-económico de patrimonio, cfr. GEERDS, cit., pp. 111-116; ASÚA BATARRITA, «El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin», *ADPCP*, 1993(1), pp. 97 ss.; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, cit., pp. 223-224.

(45) Cfr. MATA BARRANCO, «Observaciones para una discusión sobre el concepto funcional de propiedad y patrimonio», en AA.VV., *Hacia un Derecho penal económico europeo*, 1995, pp. 244-245.

cir criterios correctores de la estricta evaluación económica, que permitan individualizar el daño patrimonial desde la perspectiva de la víctima, cuales son la teoría objetivo-individual y la teoría de la frustración del fin (46). Con arreglo a la primera, aplicada en la estafa de prestaciones bilaterales, la estimación del daño patrimonial debe atender al valor de uso de un bien para la satisfacción de las necesidades (objetivables) del adquirente, lo cual permite afirmar una lesión patrimonial cuando, pese a la objetiva equivalencia dineraria de la prestación y contraprestación, ésta carece por completo o tiene una escasa utilidad individual para el afectado. Conforme a la teoría de la frustración del fin, desarrollada en el ámbito de las prestaciones unilaterales a título gratuito (donaciones, gratificaciones), no cabe apreciar un daño patrimonial si, pese al consustancial menoscabo dinerario, se obtiene el fin social o económico pretendido por el disponente.

Estos criterios que en el concepto económico de patrimonio actúan como meros correctivos excepcionales para supuestos determinados constituyen, en cambio, el referente básico en la concepción funcional-personal del patrimonio (47). Desde esta perspectiva, la protección penal del patrimonio se dirige a garantizar a su titular las posibilidades de desarrollo personal que le brindan los bienes económicos bajo su dominio (48). El patrimonio se concibe, sobre todo, como una relación entre sujeto y objeto, cuya significación reside en la funcionalidad de éste para la satisfacción de los fines de aquél (49).

(46) Cfr. sobre estos correctivos, ASÚA BATARRITA, cit., pp. 82-83, 102 ss.; GEERDS, cit., pp. 113-114.

(47) Entre las aportaciones más significativas al concepto personal de patrimonio, OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, 1970, pp. 26 ss.; idem, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, cit., pp. 141-142, 224-227; HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung beim Betrug*, 1988, pp. 89 ss.; JAKOBS, «Die objektiv-individuelle Schadensermittlung beim Betrug-OLG Köln, NJW 1976, 1222», en JuS, 1977, pp. 228 ss. Muy próximo el concepto funcional de patrimonio de Weidemann, *Das Kompensationsproblem beim Betrug*, 1972, pp. 199 ss.

En la doctrina italiana, MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principio costituzionali*, 1988, pp. 51 ss.

En España, ASÚA BATARRITA, cit., pp. 123 ss.; MATA BARRANCO, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, 1992, pp. 108 ss.

(48) Cfr. OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, cit., pp. 141, 223, quien define el patrimonio como «unidad personalmente estructurada», constituida por las relaciones de dominio de una persona sobre objetos del tráfico económico, que garantiza su desarrollo personal. Asimismo, RUDOLPHI, «Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico», cit., p. 344.

(49) Este es, por lo demás, como señala Otto, el enfoque que adopta la propia ciencia económica. Cfr. OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, cit., p. 225.

La dimensión subjetiva de utilidad constituye, por tanto, un elemento imprescindible en la propia configuración del bien jurídico y en la valoración del daño patrimonial (50).

Ahora bien, la atención a los fines o intereses individuales comporta un riesgo de inseguridad jurídica, pues, como señala Tiedemann, el particular no está determinado a la persecución de ciertos fines ni a un comportamiento económico racional. Los fines personales, prosigue el autor, se fijan, modifican y relegan a voluntad, confundándose con meras motivaciones, lo cual dificulta tanto la evaluación objetiva del daño patrimonial como la apreciación del dolo del autor, dada la versatilidad del objeto sobre el que éste debe proyectarse (51).

Sin embargo, en opinión de Asúa Batarríta (52), la crítica precedente parte de un equívoco, al considerar que el concepto funcional del patrimonio implica una protección penal de los fines concretos que el particular decide en cada caso, cuando, en realidad, lo que se pretende garantizar es la indemnidad del potencial funcional del patrimonio privado. Así visto, el daño patrimonial no reside en la frustración del fin concreto pretendido, sino en la merma de la capacidad económica del disponente para satisfacer de cualquier otro modo las necesidades que se marque (53).

Pese a todo, lo cierto es que el detrimento patrimonial se conecta a la exclusión o reducción de las posibilidades de realizar los fines indi-

(50) Aquí reside la diferencia básica con respecto a los criterios individualizadores incorporados al concepto económico de patrimonio, pues, en este contexto, la dimensión subjetiva no se adopta como premisa en la definición del bien jurídico, sino que tan sólo se recurre a ella para evaluar la lesión patrimonial en supuestos concretos.

(51) Cfr. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, 2, BT, 1976, pp. 99 ss.; idem, «Der Subventionsbetrug», *ZStW*, 86 (1974), p. 911. Por esta razón, Tiedemann considera necesario seguir manteniendo, para el patrimonio privado, el concepto económico dominante. En cambio, sí acepta un concepto funcional de patrimonio con respecto al patrimonio público, particularmente en el ámbito de las subvenciones, por cuanto las prestaciones públicas se insertan dentro de una planificación presupuestaria, que vincula la disposición patrimonial a la obtención de fines de interés general, previstos normativamente. Cfr. TIEDEMANN, *Subventionskriminalität in der Bundesrepublik*, 1974, pp. 315 ss.; idem, «Der Subventionsbetrug», cit., pp. 911-912.

(52) Cfr. ASÚA BATARRITA, «Estafa común y fraude de subvenciones: de la protección del patrimonio a la protección de la institución subvencional», en *AA. VV., Hacia un Derecho penal económico europeo*, cit., p. 138.

(53) Cfr. asimismo ASÚA BATARRITA, «El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales», cit., pp. 127 ss.; AMELUNG, cit., p. 374, para quien el daño patrimonial de la estafa reside en la ausencia de compensación por una disminución patrimonial, entendiendo por compensación la satisfacción de necesidades del disponente.

viduales, de modo que, aun cuando éstos no constituyan el objeto de protección penal, sí son tenidos muy en cuenta para estimar el daño (54). El peligro de inseguridad o arbitrariedad está, por ello, parcialmente fundado, siendo preciso la búsqueda de criterios normativos que permitan delimitar objetivamente los fines relevantes (55).

Puede concluirse, a la vista de los ejemplos precedentes (56), que la concreción de los bienes jurídicos de naturaleza individual a partir del método funcional teleológico aquí propuesto sólo resulta viable en la medida en que se proceda a una cierta «estandarización», con arreglo a parámetros objetivos, de las funciones que desempeñan para la persona los aspectos concretos de la realidad social percibidos como valiosos. De lo contrario, se pone en peligro la seguridad jurídica y la objetividad en la evaluación del daño (57).

2.2.2 *Certeza en el ámbito de los bienes jurídicos colectivos*

La atención a los fines o intereses individuales no constituye un criterio apto para la concreción de los bienes jurídicos colectivos, pues, en este ámbito, no cabe establecer una relación funcional directa entre la persona y ciertas situaciones de la realidad social, susceptibles de un aprovechamiento inmediato de cara a la autorrealización personal. Se trata, más bien, de procesos de interacción que tienden a cubrir necesidades básicas de la sociedad en su conjunto (58) y, por inclusión, eso sí, de todos los ciudadanos, en cuanto partícipes de dicha

(54) En este sentido, GEERDS, cit., p. 127, cuando afirma que el concepto personal de patrimonio es sólo subjetivo en tanto coloca en primer plano, para evaluar el daño, la organización personal del patrimonio.

(55) Estos criterios se han ido desarrollando paulatinamente, reduciéndose los fines individuales relevantes a aquellos que sean objetivables, según el sector del tráfico o ámbito social en que tenga lugar la prestación, o que hayan sido expresamente acordados entre las partes. Cfr. al respecto ASÚA BATARRITA, «El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales», cit., pp. 151 ss.

(56) No me detendré en otros bienes jurídicos individuales, que también han sido objeto de concreción a partir de un análisis funcional, como, p.ej., el honor. Cfr. OTTO, «Persönlichkeitsschutz durch strafrechtlichen Schutz der Ehre», en FS-Schwinge, 1973, pp. 71 ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «Revisión del contenido del bien jurídico honor», *ADPCP*, 1984, pp. 305 ss., quien centra el contenido de este bien jurídico en las relaciones mutuas de reconocimiento como presupuesto de la participación en el sistema social; JAKOBS, «Die Aufgabe des strafrechtlichen Ehrenschatzes», en FS-Jescheck, 1, 1985, pp. 627 ss.

(57) En este sentido, AMELUNG, cit., p. 191.

(58) Véase AMELUNG, cit., p. 191: «La Administración de Justicia, la Administración Pública, la economía, etc., no son sujetos de intereses, que puedan equiparse al individuo, sino instituciones, que cumplen una función significativa para el conjunto de la sociedad».

interacción social. Pero el individuo, aisladamente considerado, no se encuentra en una posición de dominio con respecto a estos bienes, dado que la posibilidad de aprovechamiento se atribuye a todos (59). Por esta razón, en el ámbito de los bienes jurídicos colectivos no se protege la libertad de disposición (60), que, sin embargo, es consustancial, en buena medida, a los bienes jurídicos individuales; como tampoco se reconoce una libertad de configuración personal de los fines relevantes a alcanzar. En definitiva, el individuo, en su consideración como titular del bien jurídico y sujeto pasivo, no puede constituir el referente básico para fijar la función social que desempeñan los bienes jurídicos colectivos, como tampoco para estimar la producción de un daño.

Se hace necesario, pues, un cambio de perspectiva, ya no funcional-personal, sino funcional-sistémica, atenta a la complejidad del sistema social (61). Este referente no implica por sí mismo, como sostiene la opinión más extendida, un riesgo de abstracción en la configuración de los bienes jurídicos colectivos; antes al contrario, puede aportar mayor certeza que el referente individual (62).

En efecto, como ya se ha dicho, la función social que han de satisfacer los subsistemas comunicativos generados por el propio sistema social queda prefijada o, al menos, puede extraerse con certeza de su regulación jurídica. La concreción de los bienes jurídicos colectivos se alcanza, por ello, en la medida en que se acometa una incursión cognitiva en otros sectores del ordenamiento jurídico.

3. LESIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS

La propuesta de concreción de los bienes jurídicos colectivos aquí esbozada (63) servirá de base para rebatir la extendida opinión doctrinal tendente a interpretar estos bienes jurídicos como entes ideales, carentes de materialidad, y, por lo mismo, no susceptibles de lesión o, al menos, no por acciones individuales; lo que aboca, según se añade, a la creación de delitos de peligro como única aparente opción.

(59) Cfr. SOTO NAVARRO, cit., pp. 231-233.

(60) Cfr. SOTO NAVARRO, cit., pp. 195-198.

(61) En esta línea, MÜSSIG, cit., pp. 185 ss., quien propone un referente sistémico tanto para la configuración de bienes jurídicos individuales como colectivos.

(62) Véase MÜSSIG, cit., pp. 185-186, 206.

(63) Véase un desarrollo de esta propuesta mediante su aplicación a un significativo grupo de bienes jurídicos colectivos en SOTO NAVARRO, cit., pp. 251 ss.

De entrada, no deja de sorprender el correlato que se establece entre bienes jurídicos individuales-objetos materiales y bienes jurídicos colectivos-objetos ideales, a no ser que el concepto de materialidad varíe de significado según el ámbito de protección en que nos movamos. Lo que se quiere decir es que, a poco que se aleja la reflexión de los delitos contra la vida y la integridad física, no escaseen las normas penales protectoras de bienes jurídicos atribuidos al individuo en las que el efecto dañoso de la conducta incriminada no se traduce en una modificación causal de un objeto perceptible en la realidad física (piénsese, p.ej., en el delito de amenazas o en los delitos contra el honor) y, sin embargo, ello no ha sido impedimento, aunque sí ha generado ciertas dificultades, para dotar de entidad material y lesionable al bien jurídico protegido.

La razón estriba en que ni la materialidad ni el concepto de lesión se entienden, hoy por hoy, en un sentido estrictamente naturalístico sino sociológico, de modo que la única cualidad necesaria *ab initio* para que un bien entre en el catálogo de bienes jurídicos protegidos es su pertenencia a la realidad social, con independencia de que sea o no aprehensible por los sentidos (64). A la vista del análisis realizado *supra*, bien puede afirmarse que tal cualidad concurre en los bienes jurídicos colectivos, por lo que no se explica su común descalificación como objetos ideales, salvo que, como decía, la materialidad exigible en los bienes jurídicos colectivos sea una más estricta, referida tan sólo a fenómenos del mundo natural. Muy claras en este sentido son las palabras de Graul, cuando afirma que la esfera de lo ideal no empieza allí donde acaba la corporeidad física, sino la realidad en sentido sociológico (65).

En realidad, la dificultad que comporta el proceso de concreción de los bienes jurídicos colectivos no estriba, a mi entender, en su naturaleza ideal, sino en la ineficacia de los criterios tradicionalmente empleados para delimitar unidades que constituyan concretas formas de manifestación del bien jurídico y sobre las que pueda estimarse su lesión. De entre tales criterios, el más significativo es el individuo en cuanto portador del bien jurídico y sujeto pasivo (66), a partir del cual

(64) Ello es lo que ha permitido afirmar, p.ej., que el honor es una «realidad empírica», aun cuando carezca de corporeidad, por la posibilidad de su constatación como realidad social. Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «Revisión del contenido del bien jurídico honor», cit., p. 309.

(65) Cfr. GRAUL, *Abstrakte Gefährungsdelikte und Präsumtionem im Strafrecht*, 1991, p. 57. En el mismo sentido, HEFENDEHL, cit., p. 31.

(66) En este sentido, MARTIN, *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltabeeinträchtigungen*, 1989, pp. 30-32; LAURENZO COPELLO, *El resultado en Derecho Penal*, 1992, pp. 78 y 81; GARCÍA PÉREZ, *El delito de encubrimiento*, pp. 31-32.

se ha determinado la afección del bien jurídico. Si se observa, en los delitos contra bienes jurídicos individuales el individuo coincide sustancialmente con el objeto de la acción (u objeto material del delito) o, cuando menos, sirve para identificarlo por la vinculación subjetiva del objeto de la acción con el individuo. El primer supuesto se daría, p.ej., en el delito de homicidio, que no tutela la vida humana como especie, sino por medio de sus concretos portadores, de modo que para afirmar una lesión a la vida no es preciso que desaparezca la vida humana en cuanto tal, sino que basta con que se prive de ella a un concreto individuo (objeto de la acción homicida) (67). El segundo supuesto concurre, p.ej., en el delito de hurto, cuyo objeto material son las cosas muebles que integran el patrimonio de cada persona concreta, bastando con que se sustraiga una sola de ellas de la esfera de dominio de su titular para entender producida la lesión del patrimonio.

El individuo sirve también como referente para determinar la otra modalidad de afección al bien jurídico, esto es, la puesta en peligro. Obsérvese que, según la definición más extendida, el resultado de peligro requiere la entrada del bien jurídico protegido en el radio de influencia de la acción peligrosa tipificada (68), y la forma de constatar dicha entrada es precisamente por medio del individuo portador del bien jurídico (69). De hecho, no es inusual que se sustituya directamente la referencia al bien jurídico por la referencia a la persona a la hora de identificar un resultado de peligro (70).

Obviamente, con los bienes jurídicos colectivos el criterio del sujeto pasivo individual no funciona para determinar su afección.

Una segunda cuestión debe aclararse. El concepto de lesión del bien jurídico suele vincularse inmediatamente al concepto de resultado material. Sin embargo, se trata de dos problemas distintos, en

(67) Cfr. Díez RIPOLLÉS, «El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista», cit., p. 18. Distinguen también estos dos planos en relación al bien jurídico vida, MIR PUIG, cit., p. 766; MARINUCCI y DOLCINI, cit., p. 182; AMELUNG, cit., p. 175; LAURENZO COPELLO, cit., pp. 151-152; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)», en Díez Ripollés, Romeo Casabona, Gracia Martín e Higuera Guimerá (eds.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, 2002, p. 423.

(68) Cfr. por todos, CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, PG, II, cit., pp. 114-115.

(69) Ello se explica en la medida en que los delitos de peligro se han conceptualizado, al igual que los delitos de lesión, pensando en los clásicos atentados contra bienes jurídicos eminentemente personales.

(70) Así, p.ej., MARTÍN, cit., p. 84, quien vincula la noción de peligro a la víctima.

cuanto corresponden a dos niveles de análisis bien diferenciados. En efecto, mientras la ofensa al bien jurídico pertenece a la teoría de la antijuricidad, siendo como es un elemento cofundamentador de lo injusto, en cambio, el resultado pertenece a la teoría de los tipos penales, predominando en él un carácter técnico o instrumental (71). Por medio del resultado se describe un efecto de la acción típica sobre un objeto acotado normalmente por el propio tipo (objeto de la acción), efecto que ha de producirse para la plena realización del delito. Pero el resultado, y éste es el argumento decisivo, no comporta automáticamente la ofensa al bien jurídico, dado que el objeto de la acción puede tener o no una vinculación material con el bien jurídico. Por esta razón, Graul ha procedido a distinguir dos tipos de resultado, según que el objeto de la acción «coincida o no» (se vincule o no, diría yo) con el bien jurídico. En un grupo incluye supuestos en los que el resultado consiste en la lesión del objeto de la acción, no coincidiendo esta lesión con la del bien jurídico protegido; en otro, aquellos otros supuestos en los que la lesión del objeto de la acción constituye al mismo tiempo la lesión del bien jurídico protegido (72).

En el ámbito de los bienes jurídicos colectivos cabe, a mi entender, la configuración de resultados materiales que comporten la lesión del bien jurídico, siempre y cuando el resultado no se conceptúe en un sentido estrictamente naturalístico. Pero dicha tarea, que exigiría un análisis particularizado de las diversas clases de estructuras típicas (delitos de resultado y delitos de simple actividad), sólo puede acometerse una vez que se clarifique la cuestión previa de la posible lesión de los bienes jurídicos colectivos por medio de acciones individuales. Este problema es el que atañe al presente estudio.

Si se ha propuesto la concreción de los bienes jurídicos colectivos a partir de un análisis sociológico-normativo de la realidad social, la lesión de los mismos ha de determinarse en el mismo plano.

La teoría sistémica ofrece una determinada concepción de la sociedad y, en esa medida, permite clarificar los efectos dañosos del delito, sintetizados en la lesión de un bien jurídico, como efectos sobre el propio sistema social. Ahora bien, no puede obviarse que el análisis sistémico presenta un carácter empírico-social, exento de

(71) Distinguen estos dos niveles de análisis RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, PG, 1978, p. 272; Díez RIPOLLÉS, *El Derecho penal ante el sexo*, 1981, pp. 43-44, núm. 143. No obstante, como ha puesto de manifiesto Laurenzo Copello, la separación entre el concepto de lesión y el concepto de resultado típico no se sostiene con el mismo rigor cuando se trata de establecer el contenido específico de cada uno de ellos. Cfr. LAURENZO COPELLO, cit., pp. 31-32.

(72) Cfr. GRAUL, cit., p. 108.

referentes axiológicos, por lo que su adopción acrítica comporta el riesgo de reintroducir, bajo nuevos ropajes, una perspectiva mecanicista. Del mismo modo que la lesión de la vida humana en cuanto bien jurídico no reside en la destrucción de un organismo biológico (73), tampoco la lesión de un bien jurídico colectivo puede nuclearse en torno a la afección del correspondiente subsistema comunicativo, entendido éste como mero mecanismo de organización social interna. De ahí que se haya propuesto la concreción de los bienes jurídicos colectivos en atención al valor funcional de las realidades sistémicas para el sistema social global.

Desde esta perspectiva, será lesivo el comportamiento que perturbe la función social encomendada a un determinado subsistema de comunicación (74), función que, primero, ha de revestir un carácter indispensable para la propia subsistencia y/o desarrollo del sistema social en su conjunto (75); segundo, ha de ser susceptible de un aprovechamiento colectivo, sin que ningún partícipe en la interacción social pueda ser excluido y sin que el aprovechamiento individual obstaculice ni impida el aprovechamiento por otros.

El concepto de lesión como perturbación de una función (Funktionsstörung) encuentra su origen ya en el pensamiento de Welzel, al hilo de su teoría de la adecuación social (76). La esencia de los bienes jurí-

(73) En este sentido CORCOY BIDASOLO, cit., p. 222, para quien habría que reinterpretar los problemas de eutanasia: «en determinadas situaciones, aunque se mata a una persona, no se lesiona el interés ni social ni individual por la vida y, por ello, ese comportamiento, formalmente de homicidio, no sería sancionable, al faltar la lesividad propia de este delito».

(74) En este línea AMELUNG, cit., p. 387, al definir el daño social como la «perturbación de un concreto proceso de interacción con significado funcional». No obstante, existen algunas diferencias notables respecto al planteamiento aquí adoptado. En primer lugar, Amelung construye el concepto de daño social desde una estricta perspectiva sistémica, lo que le conduce a un callejón sin salida, porque finalmente tiene que admitir la necesidad de juicios de valor para identificar los comportamientos lesivos dignos de incriminación. Ello le obliga a «saltar» de forma decisionista a premisas normativas que no estaban en las bases de su argumentación, cuales son el respeto a la dignidad de la persona humana (de extracto constitucional) y la atención a las convicciones generales. Consciente de ello, Amelung tiene que incorporar tales principios a su teoría de la dañosidad social como límites externos, que califica de «costes» (*ibidem*, pp. 388-393). En segundo lugar, la propuesta de Amelung no se dirige a conceptualizar la lesión del bien jurídico, sino a sustituirla por la dañosidad social en el plano de la fundamentación de lo injusto. A su entender, la utilidad del bien jurídico reside en un plano distinto, en cuanto criterio interpretativo para la «averiguación» de las representaciones de un legislador que actúa de forma finalista» (*ibidem*, pp. 393-395), con lo cual viene a identificar bien jurídico con *ratio legis*.

(75) En este sentido RUDOLPHI, en SK-StGB, AT, cit., vor § 1, pp. 5-6, m. 8.

(76) Cfr. AMELUNG, cit., p. 190.

dicos consiste, según el autor, en un «ser-en-función», esto es, en influir en las relaciones sociales y sufrir los efectos de éstas: «Toda vida social radica en el uso y disfrute de bienes jurídicos, al igual que toda vida es, en definitiva, un aprovechamiento de la misma» (77). Desde esta perspectiva dinámica, la sociedad no es una institución para la conservación intacta de bienes; antes al contrario, a veces se sacrifican bienes para posibilitar el contacto social. Por esta razón, el sentido de la norma penal no reside, según Welzel, en la protección de los bienes jurídicos frente a toda clase de lesiones o peligros, sino más bien en la garantía de las funciones que aquéllos están llamados a desempeñar en la convivencia social. De ahí que la norma penal se limite a prohibir tan sólo determinadas acciones, las que comporten una perturbación intolerable, en cuanto no unida al uso conforme a la función que desempeña el bien jurídico (78).

Este enfoque dinámico, que Welzel utiliza principalmente de cara a una fundamentación de lo injusto basada en el desvalor de acción, es adoptado, en cambio, por Rudolphi para definir la lesión del bien jurídico, en la que identifica el «contenido mínimo» de la antijuricidad. Sostiene así el autor que el núcleo material de los comportamientos punibles reside en la perturbación de «aquellas funciones que son constitutivas para la vida social» (79). Pero la propuesta de Rudolphi se agota en esta caracterización general de la ofensa al bien jurídico, sin que aborde un desarrollo pormenorizado de la misma al hilo de sus comentarios a la Parte especial del Código penal alemán. Otros autores, en cambio, han centrado el rendimiento de esta fórmula (Funktionsstörung) en el particular ámbito de los bienes jurídicos colectivos, para rebatir la extendida opinión doctrinal que niega a estos bienes un carácter lesionable (80).

(77) WELZEL, cit., p. 515.

(78) WELZEL, cit., pp. 516-517. Adopta este razonamiento, como motivo de su crítica a la teoría de la protección de bienes jurídicos, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, cit., pp. 56-57.

(79) RUDOLPHI, «Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico», cit., pp. 346 y 347; idem, en SK-StGB, AT, cit., vor § 1, p. 7, m. 10.

(80) Cfr. MARINUCCI y DOLCINI, cit., pp. 546, 551, quienes, refiriéndose a los bienes jurídicos colectivos vinculados a actividades jurídicamente regladas (como, p.ej., la actividad jurisdiccional), afirman que la intervención penal se dirige a garantizar el ejercicio de ciertas funciones susceptibles de ofensa. En esta línea, también, PALAZZO, «I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione», *RIDPP*, 2/1992, p. 475, si bien este autor parece referir la lesión no tanto al perjuicio de la función material encomendada a una institución como al perjuicio de las condiciones de funcionamiento de la misma. A mi juicio, sin embargo, los bienes jurídicos colectivos no pueden concretarse adecuadamente con meras referencias al correcto funcionamiento de una institución. Cfr. *supra* epígrafe 2.2.

En efecto, si se parte de una adecuada concreción de la función material asignada a determinados subsistemas comunicativos y a los instrumentos básicos sobre los que éstos se estructuran, es posible delimitar formas de conducta que comporten un efecto lesivo para dicha función, entendiendo por efecto lesivo el impedimento u obstaculización de la misma (81). Y puesto que todo sistema de comunicación se descompone en acciones humanas, la perturbación de su función social ocasiona, desde la perspectiva del individuo, un perjuicio a sus posibilidades de acción (o posibilidades de uso) (82), bien porque resulte excluido como partícipe de la interacción, bien porque se limite su potencial aprovechamiento a título individual.

Por consiguiente, la lesión de los bienes jurídicos colectivos es un efecto que puede verificarse en el propio sistema social, si se adopta una perspectiva sociológico-normativa.

Pero la principal controversia doctrinal reside en si cabe la imputación de dicho efecto lesivo a conductas individuales. El propio Amelung concluye, al cierre de su obra, que difícilmente puede un acto individual causar un daño social apreciable, por lo que la mayor amenaza para la convivencia en una sociedad compleja reside en la repetición generalizada de conductas que no respeten las reglas básicas para el aseguramiento de la subsistencia y desarrollo del sistema (83). A mi entender, sin embargo, afirmaciones como ésta suponen desandar el camino andado, por cuanto se vuelve súbitamente a la posición original de incertidumbre ante la complejidad del sistema social, tras haber procedido a desentrañar su organización interna y su significado. La incongruencia es equiparable a la que supondría conceptuar el homicidio como un delito de peligro abstracto, una vez concretado el valor

(81) Así MARINUCCI y DOLCINI, *Corso di Diritto penale*, 1, 3.^a ed., cit., pp. 546, 551.

(82) Cfr. AMELUNG, cit., p. 189. En este sentido también PALAZZO, cit., p. 476, con respecto a los que denomina bienes jurídicos «universales» (p.ej. medio ambiente), que diferencia de los bienes jurídicos colectivos referidos al funcionamiento de instituciones.

(83) Cfr. AMELUNG, cit., pp. 387-388. En esta línea también LOOS, «Zum "Rechtsgut" der Bestechungsdelikte», en FS-Welzel, cit., pp. 888-889; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 1994, pp. 300-301. Desde postulados distintos, SCHÜNEMANN, «¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?», en *Jornadas sobre la reforma del Derecho penal en Alemania*, 1991, p. 35, para quien «el gigantesco organismo colectivo de la economía de mercado es, por naturaleza, completamente insensible, en su función global, a las acciones defraudatorias individuales, por lo que estos bienes jurídicos colectivos, en contra de la interpretación de Tiedemann, no son lesionables en absoluto, ni siquiera puestos en peligro de forma típica, por los hechos individuales».

funcional de la vida humana para su propio portador y para el conjunto de la sociedad, argumentando que la muerte de una persona sólo representa, al fin y al cabo, una remota amenaza para la supervivencia de la especie.

Si, como aquí se ha intentado, los bienes jurídicos colectivos se concretan en unidades con valor funcional, cabe la delimitación de efectos lesivos generados por e imputables a acciones individuales. Veamos algún ejemplo.

4. EL EJEMPLO DE LOS DELITOS AMBIENTALES Y URBANÍSTICOS

a) Los delitos contra el ambiente natural (84) presentan notables diferencias con respecto a los demás delitos contra las prestaciones básicas del sistema social. Un primer dato significativo es la materialidad física del objeto sobre el que inciden las conductas incriminadas (85), por lo que la crítica generalizada a los bienes jurídicos colectivos en base a su supuesto carácter ideal o espiritualizado pierde consistencia de la forma más clara en este particular ámbito. Pero hay un segundo aspecto diferenciador que interesa más destacar ahora, por cuanto afecta a mi propuesta de concreción de los bienes jurídicos colectivos, y que estriba en un aparentemente obligado cambio de perspectiva, ya no interna, sino externa al sistema social. Lo que se quiere decir es que los delitos ambientales no inciden en determinados subsistemas sociales, alterando sus respectivas funciones, sino que sus efectos se extienden más allá de los límites del sistema social, en un sistema mucho más complejo, el sistema ecológico o biosfera. Ello afecta de modo inmediato a mi línea de análisis, consistente en delimitar unidades funcionales constituidas dentro y por el propio sistema social para la satisfacción de las exigencias básicas de la convivencia. El ambiente, en cambio, es una realidad autónoma en su génesis (86), de la que depende no ya el funcionamiento del sistema social, sino su propia existencia, por cuanto contiene las bases naturales de la vida sobre este planeta.

(84) Se prefiere la expresión «ambiente natural» a la más extendida «medio ambiente» por encerrar esta última una redundancia innecesaria.

(85) Cfr. en este sentido MARTIN, cit., p. 33, para quien el ambiente natural, a diferencia de otros bienes jurídicos colectivos, sería equiparable a bienes jurídicos individuales concretos, como la vida o la salud.

(86) En sentido parecido MARTIN, cit., p. 33.

Ahora bien, conforme a la teoría sistémica de Luhmann (sistemas autopoieticos) (87) los sistemas sociales, como todo sistema vivo, están organizados autorreferencialmente, esto es, son sistemas cognitivos cerrados cuyos elementos interactúan y se reproducen a si mismos circularmente en base a la comunicación. Ello no impide su apertura al ambiente (88), pero las relaciones no se establecen en términos de *input* y *output*, sino que son siempre reguladas por el propio sistema. Desde esta perspectiva, bien puede afirmarse que la percepción del ambiente natural y de su interacción con el sistema social es producto de la «autodescripción social interna», basada en estructuras de conocimiento y en procesos de reflexión (89). Consiguientemente, los elementos ambientales y la perturbación que les ocasiona la actividad humana sólo adquieren relevancia social en tanto aquéllos se «reconstruyen» atendiendo a su valor funcional, en cuanto recursos necesarios para el sistema social. De ahí que los delitos ambientales puedan encuadrarse entre los que atentan contra las prestaciones básicas del sistema social.

Sentada esta premisa, la delimitación del objeto digno de tutela penal habrá de hacerse, a mi entender, a partir de dos fuentes de conocimiento fundamentales: por un lado, la ciencia ecológica, que describe el ambiente natural como realidad física (90); por otro, los sectores del ordenamiento jurídico que abordan la materia, en especial las normas administrativas y comunitarias (91), regulando la gestión de los recursos naturales y marcando los niveles permitidos de degradación ambiental.

Desde el punto de vista empírico, las investigaciones procedentes de las ciencias naturales han puesto de relieve el carácter sistémico del ambiente natural (ecosistema), en cuanto conjunto organizado de elementos abióticos o mediales (aire, agua, suelo) y bióticos (flora, fauna), interrelacionados y en un equilibrio dinámico, de modo que cualquier afección a un subsistema repercute en los demás (co-dependencia funcional), disponiendo de mecanismos para compensar, den-

(87) Cfr. SOTO NAVARRO, cit., pp. 17-22.

(88) Conviene recordar, no obstante, que Luhmann no utiliza el término ambiente como equivalente al ambiente natural.

(89) Cfr. MÜSSIG, cit., pp. 222 ss.

(90) Subrayan la necesidad de una apertura a las aportaciones de la ciencia ecológica MARTÍN MATEO, «El delito ambiental. Reflexiones desde el Derecho administrativo», en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*, 1989, p. 811; RODAS MONSALVE, *Protección penal y medio ambiente*, 1993, p. 89.

(91) Sobre la influencia del Derecho comunitario europeo en la determinación del bien jurídico protegido, cfr. CARO CORIA, *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, 1999, pp. 206 ss.

tro de ciertos límites, las perturbaciones externas (92). La constatación de las graves consecuencias que para el propio sistema social tiene un impacto en los factores ambientales superior a su capacidad de autorregeneración ha conducido a que la doctrina más reciente conceptúe el bien jurídico en torno al mantenimiento del equilibrio o estabilidad del ecosistema (93).

Sin embargo, tal propuesta no consigue más que delimitar un adecuado marco de referencia, pero el análisis no puede detenerse llegados a este punto si se pretende realmente que el concepto de bien jurídico, en cuanto instrumento técnico-jurídico, sea operativo, pues el equilibrio del ecosistema es una noción tan genérica (94) como puede serlo el correcto funcionamiento del sistema social. Las exigencias de eficacia y certeza en la incriminación penal aconsejan, por ello, una mayor concreción por la vía de delimitar los subsistemas que conforman el ecosistema (95), de modo que en torno a cada uno de ellos se constituya un bien jurídico autónomo y puedan tipificarse conductas que entrañen cierto grado de lesividad (96).

(92) La investigación científica ha desarrollado, por lo demás, ciertos parámetros que permiten evaluar la estabilidad de los ecosistemas y su grado de resistencia máxima ante las perturbaciones externas. Cfr. al respecto CARO CORIA, cit., pp. 272 ss. y 294 ss.

(93) Con anterioridad al nuevo Código penal se pronunció ya en esta línea Bacigalupo, aportando una definición que ha tenido una amplia acogida: «mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus subsistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales». Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, «La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente», *Estudios Penales y Criminológicos*, V, 1981, pp. 200-201. Adoptan esta definición, entre otros, PERIS RIERA, *Delitos contra el medio ambiente*, 1984, p. 28; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Derecho penal y protección del medio ambiente*, 1992, pp. 59-60; idem, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, 1998, pp. 58-59; GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, 1998, p. 126. Cfr. asimismo una perspectiva sistémica en RÖNZANI, *Erfolg und individuelle Zurechnung im Umweltstrafrecht*, 1992, pp. 26-28; RODAS MONSALVE, cit., pp. 89-90; CARO CORIA, cit., pp. 263 ss., quien define la estabilidad del ecosistema en tanto bien jurídico como la capacidad de resistencia de los sistemas ambientales naturales ante perturbaciones externas de origen humano.

(94) En este sentido RODAS MONSALVE, cit., p. 90.

(95) En esta línea RODAS MONSALVE, cit., pp. 90-91 y 93. Cfr. asimismo PRATS CANUT, «Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el Proyecto de Código Penal de 1980», en *Estudios jurídicos en honor del Prof. Pérez-Vitoria*, vol. II, 1983, p. 756.

(96) De opinión contraria CARO CORIA, cit., pp. 269 y 289, para quien sólo hay un bien jurídico protegido, la estabilidad del ecosistema, pero con diversos objetos materiales (aire, agua, suelo, flora y fauna). Sin embargo, a la hora de concretar el resultado de lesión o de peligro en los delitos ambientales se encuentra con la dificul-

Esta propuesta goza ya de un amplio predicamento en la doctrina alemana, que de forma casi unánime hace referencia a los diferentes «bienes jurídicos ecológicos» (ökologische Rechtsgüter) protegidos en los §§ 324 ss. StGB (97), interpretación facilitada por el propio legislador penal, en cuanto que, a diferencia de nuestro ordenamiento, estructura las conductas punibles en base a la afección de cada elemento ambiental, distinguiéndose así tipos penales para la tutela del agua, aire, suelo, flora y fauna (98).

Ahora bien, la necesidad de concretar diversos bienes jurídicos a partir de los subsistemas que conforman la biosfera no debe llevar al equívoco de identificar aquéllos directamente con los elementos ambientales. El agua, p.ej., en su concepción naturalística, tan sólo constituye un sustrato empírico sobre el que edificar el bien jurídico protegido (99), del mismo modo que la vida humana, entendida exclusivamente como realidad físico-biológica, no agota el contenido del

tad de referirlo a un bien jurídico tan amplio, por lo que recurre a la tesis de Jakobs de los «objetos con función representativa» (*ibidem*, pp. 510 ss.), que no es sino una variante del concepto de bien jurídico intermedio, formulado para solventar los problemas de concreción que, por su pretendido carácter inmaterial, plantean los bienes jurídicos colectivos. Véase mi crítica a esta construcción en SOTO NAVARRO, cit., pp. 181-185.

(97) Cfr., entre otros, STEINDORF, en LK-StGB, 1997, vor § 324, mm. 9a, 15 y 16; LACKNER y KÜHL, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 1997, vor § 324, m. 7; HORN, en SK-StGB, BT, 1998, vor § 324, m. 2; TRIFFTERER, *Umweltstrafrecht*, 1980, pp. 33-35; KAREKLAS, *Die Lehre vom Rechtsgut und das Umweltstrafrecht*, 1990, pp. 97-102; KLOEPFER y VIERHAUS, *Umweltstrafrecht*, 1995, pp. 12 y 13; TIEDEMANN y KINDHÄUSER, «Umweltstrafrecht- Bewährung oder Reform?», *NSiW*, 1988, p. 338; ROGALL, «Gegenwartsprobleme des Umweltstrafrechts», p. 512; RENGIER, «Zur Bestimmung und Bedeutung der Rechtsgüter im Umweltstrafrecht», *NJW*, 1990, p. 2515.

(98) El CP español no adopta esta técnica de tipificación, salvo en los delitos contra la flora y fauna, regulados en un capítulo distinto al dedicado a la tutela de los recursos naturales, lo que ha dado pie a las primeras propuestas de delimitación de un bien jurídico autónomo en relación con el subsistema biótico y conceptualizado como «diversidad biológica». Cfr. en este sentido, PRATS CANUT, en Quintero Olivares (dir.) y MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 1999, p. 933; HAVA GARCÍA, *Protección jurídica de la fauna y flora en España*, 2000, pp. 53 ss.

(99) Así lo advierte BLOY, «Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes», *ZStW*, 100 (1988), p. 493, cuando señala que el ambiente en tanto bien jurídico «no puede entenderse como una suma de elementos y fenómenos naturales. El agua, el suelo, el aire, etc. tan sólo designan los objetos de la acción». Cfr. asimismo POLAINO NAVARRETE, «La criminalidad ecológica en la legislación penal española», en *Política criminal y reforma penal*, 1993, p. 856. Incurre en este equívoco, a mi entender, BLANCO LOZANO, *La tutela del agua a través del Derecho penal*, 2000, pp. 378 ss., cuya acertada propuesta de dotar de sustantividad propia al «Derecho penal hidrológico» se frustra con la directa configuración de las aguas continentales como bien jurídico protegido.

bien jurídico protegido en el homicidio y figuras afines, por cuanto ello conduciría a una protección absoluta, incompatible con la propia autorización del Derecho positivo para atentar contra ella en determinadas circunstancias (100).

Así pues, la concreción normativa de los bienes jurídicos a proteger en este ámbito sólo puede alcanzarse mediante la identificación de su valor funcional, que radica, a mi entender, en las funciones ecológicas asignadas por el sistema social a cada recurso natural (101). La comprensión del ambiente natural como fuente de recursos comporta que la relación entre el hombre y dicho ambiente se establezca, ante todo, en términos de aprovechamiento social de los recursos naturales, esto es, desde una perspectiva sociológica y no exclusivamente científico-natural (102).

En esta tarea de delimitación cobra un importante significado la segunda fuente de conocimiento que señalaba más arriba, a saber, la regulación jurídica extrapenal, cuyo cometido básico es la gestión y control del aprovechamiento racional de los recursos naturales.

En materia de contaminación, p.ej., que integra uno de los núcleos más significativos de las conductas incriminadas, el Derecho administrativo utiliza un instrumento técnico-valorativo, los llamados límites de tolerabilidad, que fijan los niveles máximos permitidos de presencia de elementos contaminantes en cada elemento medial (agua, atmósfera, suelo). Pero, de cara a la obtención de criterios sustantivos, el dato más relevante es que, por regla general, la determinación de tales niveles de inmisión no se realiza en abstracto para cada medio, sino a partir de los diversos usos del mismo previamente fijados. De entre tales aprovechamientos, no pocos son de contenido económico (p.ej. usos industriales del agua), pero otros guardan directa relación con el mantenimiento de las bases naturales de la vida, siendo en éstos donde habrá que profundizar para la concreción de los bienes jurídicos protegidos en los delitos ambientales.

Un ejemplo paradigmático es la planificación hidrológica, en la que se fijan criterios de calidad mínima exigible en función del des-

(100) Cfr. al respecto GRACIA MARTÍN, en Díez Ripollés y Gracia Martín (coords.), cit., p. 28.

(101) En esta línea la mayoría de la doctrina alemana. Así, por ejemplo, en los tipos específicos para la protección del agua el bien jurídico se conceptúa en torno a las funciones ecológicas del agua para el hombre y para el ambiente. Cfr. STEINDORF, en LK-StGB, cit., § 324, m. 3; LACKNER y KÜHL, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, cit., § 324, m. 1; RUDOLPHI, «Primat des Strafrechts im Umweltschutz», *NStZ*, 1984, p. 196; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, cit., pp. 429-430; MÜSSIG, cit., pp. 225-226.

(102) En este sentido, RONZANI, cit., p. 28.

tino específico de las aguas (103), distinguiéndose entre los principales usos la producción de agua potable y los denominados «usos ambientales», como la conservación de vida piscícola (104).

En la doctrina alemana, adopta un planteamiento similar para la concreción del bien jurídico protegido en el § 324 StGB, relativo a la contaminación de las aguas, Papier (105). La diferencia estriba en que dicho autor no discrimina entre los diversos aprovechamientos fijados por las normas administrativas, en tanto aquí se propone elevar a objeto de protección penal tan sólo los usos que guarden directa relación con el mantenimiento de las bases naturales de la vida (incluida la vida humana).

Este enfoque permite, además, la delimitación de unidades físicas concretas sobre las que inciden las conductas incriminadas como objeto material del delito, por cuanto los usos de cada recurso natural se fijan tras su división artificial en unidades espaciales (106). Así, p.ej., las aguas terrestres se delimitan geográficamente por cuencas, que se dividen, a su vez, en zonas, subzonas y áreas (107).

Si, como propongo, el elemento clave en la concreción de los bienes jurídicos protegidos en materia ambiental es el uso o usos ecológicos a que se destine cada recurso natural, la lesión del bien jurídico estribará en la perturbación de la función ecológica del recurso natural concreto, de modo que éste no pueda ya destinarse al uso pretendido (108). Tal lesión es además susceptible de comprobación empí-

(103) Cfr. artículo 79 del Reglamento de Administración pública del Agua y de la Planificación hidrológica (RD 927/1988, de 29 de julio) y Órdenes del Ministerio de Medio Ambiente de 13 de agosto de 1999 y de 6 de septiembre de 1999, que fijan para cada cuenca hidrográfica los usos actuales y futuros y, en base a ello, las correspondientes normas de calidad.

(104) En esta línea, Kuhlen, «Umweltstrafrecht-auf der Suche nach einer neuen Dogmatik», ZStW, núm. 105, 1993, p. 715, quien distingue entre aprovechamientos humanos directos del agua (p.ej., aprovechamiento de un arroyo para pescar o de una fuente natural para abastecimiento de agua potable) y la función del agua como biotopo, esto es, como ambiente vital de la flora y fauna, siendo equiparables, según el autor, ambos tipos de funciones ecológicas a efectos de protección penal.

(105) Cfr. PAPIER, *Gewässerverunreinigung. Grenzwertfestsetzung und Strafbarkeit*, 1984, pp. 3 ss.

(106) Propugna una concreción de los bienes jurídicos ambientales atendiendo a unidades físicas HIRSCH, «Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico», en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, p. 384.

(107) Cfr. Órdenes del Ministerio de Medio Ambiente citadas *supra*, que fijan las subdivisiones de cada cuenca hidrográfica.

(108) Significativo al respecto es, p.ej., la definición que aporta el artículo 85 de la Ley de Aguas (Ley 29/1985, de 2 de agosto) de la contaminación como acción y efecto de «introducir materias o formas de energía (...) que, de modo directo o indi-

rica, siendo un indicio significativo, aunque no determinante, la violación de los límites de tolerabilidad. A ello habrán de sumarse informes técnicos y científicos que evalúen en el caso concreto el impacto ambiental de la conducta incriminada (109).

b) Los delitos urbanísticos presentan notas en común con los delitos ambientales, sobre todo porque inciden también en un recurso natural, el suelo, si bien desde una perspectiva diferente.

La rúbrica del Capítulo en que se insertan estos delitos alude a la «ordenación del territorio», pero se trata de un concepto demasiado genérico (110) que, a lo sumo, puede indicar la *ratio legis* (111), pero no el bien jurídico protegido. Incurren, por ello, en una interpretación formalista aquellos autores que identifican el bien jurídico con la normativa reguladora de la ordenación del territorio (112).

Desde una perspectiva material, la dañosidad de las conductas sometidas a la disciplina urbanística reside, a mi entender, en la afectación de las propiedades del suelo como elemento básico del ambiente humano (113). Pero de cara a la concreción de un bien jurídico, este planteamiento requiere de un desarrollo más matizado (114).

recto, impliquen una alteración perjudicial de su calidad en relación con los usos posteriores o con su función ecológica» (subrayado añadido).

(109) Véase a mayor abundamiento SOTO NAVARRO, cit., pp. 325-326.

(110) Cfr. LÓPEZ RAMÓN, *Estudios jurídicos sobre ordenación del territorio*, 1995, pp. 23-24 y 64; idem, «Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 151, 1997, pp. 54-56; DOMÍNGUEZ LUIS y FARRÉ DÍAZ, *Los delitos relativos a la ordenación del territorio*, 1998, pp. 45 ss.

(111) En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, «¿Política criminal «moderna»? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español», *Actualidad Penal*, núm. 23, 1998, p. 436.

(112) Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, cit., p. 534, aunque reconoce que se trata de un bien jurídico «puramente formal» que «no ofrece en sí mismo las razones materiales que justifican la intervención del Derecho penal»; BOIX REIG y JUANATEY DORADO, en Vives Antón y otros, *Derecho penal. Parte especial*, 1999, p. 626, quienes cuestionan también si con ello se cubren las exigencias del concepto material de bien jurídico. En esta línea también DOMÍNGUEZ LUIS y FARRÉ DÍAZ, cit., p. 76, para quienes el bien jurídico protegido es la «legalidad de la ordenación del territorio», más concretamente, la legalidad de «la actividad urbanística, pero no la total actividad urbanística en los términos expresados en el artículo 2 del Texto refundido de la Ley del Suelo, sino únicamente aquella referida a la intervención del ejercicio de las facultades dominicales relativas al uso del suelo y edificación». Asimismo LÓPEZ RAMÓN, *Estudios jurídicos sobre ordenación del territorio*, cit., p. 54.

(113) En esta línea CONDE-PUMPIDO, en Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia, II*, 1997, p. 3196.

(114) Tal concreción no puede venir dada, a mi juicio, por el concepto de calidad de vida (o calidad del hábitat), como propone Rodríguez Ramos, pues, antes al contrario, con él se difuminan los contornos del bien jurídico por lo difícilmente aprehensible que resulta. Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, «La protección penal del urbanismo

El suelo es un recurso natural escaso e imprescindible para el asentamiento humano, y sin embargo sujeto, desde tiempos inmemoriales, al derecho de propiedad privada. Ello provoca un claro conflicto entre los intereses particulares del propietario (asistido por su derecho legítimo) y los intereses generales, que se ha solventado en la propia Constitución con el reconocimiento de la función social de la propiedad y de la posibilidad de expropiar por razones de utilidad pública, en el artículo 33 CE (115), y con la exigencia de una regulación del uso del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación, en el artículo 47 CE (116).

Sobre esta premisa, el Derecho urbanístico no es sino un complejo entramado institucional de organización y control del uso del suelo, que delimita el ejercicio de las facultades inherentes al derecho de

(Pautas para criminalizar algunas conductas)», *Revista de Derecho Urbanístico*, 1983, núm. 81, pp. 39-40. Tampoco me parece convincente la propuesta de Acale Sánchez, para quien todos los delitos del Título XVI atentan contra un mismo bien jurídico plural, a saber, el medio ambiente, la ordenación del territorio y el patrimonio histórico, de modo que la singularidad de los preceptos aquí examinados residiría tan sólo en el medio comisivo (agresiones urbanísticas) y no en el bien jurídico protegido. Cfr. ACALE SÁNCHEZ, *Delitos urbanísticos*, 1997, pp. 51-52, 75 ss., 185 ss.

(115) Cfr. la STC 111/1983, de 2 de diciembre (RTC 1983, 111) y, sobre todo, la STC 37/1987, de 26 de marzo (RTC 1987, 37), sobre la Ley Andaluza de Reforma Agraria, donde se lleva a cabo un detallado análisis del régimen constitucional de la propiedad, declarando que «la Constitución española reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir. Por ello, la fijación del “contenido esencial” de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad» (FJ. 2).

(116) A partir de las limitaciones del derecho de propiedad, Acale Sánchez identifica el bien jurídico ordenación del territorio con «la promoción del contenido social del derecho de propiedad, con el aprovechamiento por parte de la colectividad de las plusvalías generadas: para que existan zonas verdes, viales, bienes de interés comunitario, es preciso que todos los propietarios participen en dicha labor, no ya cediendo parte de su derecho de propiedad a la comunidad, sino no apropiándose de la parte social de su derecho que no le pertenece». Sobre esta base interpreta el artículo 319 CP como un delito de lesión pluriofensivo, «en el que se produce un menoscabo efectivo y material del ambiente y del patrimonio histórico a través de la lesión material de sus respectivos referentes materiales, y una lesión del equilibrio de intereses que se resuelve en la ordenación del territorio, como bienes jurídicos protegidos». Cfr. ACALE SÁNCHEZ, cit., pp. 207-208 y 221.

propiedad en atención a los intereses generales (117). El instrumento básico arbitrado a tal fin es el planeamiento, a través del cual se clasifica el suelo (suelo urbano, urbanizable y no urbanizable), con una reducción progresiva de las facultades urbanísticas a mayor nivel de protección del suelo. El suelo no es sólo objeto de clasificación, sino también de calificación, en virtud de la cual se destina a diversos usos específicos, tales como uso residencial, uso industrial, sistemas generales de comunicación, espacios libres, zonas de equipamiento comunitario (centros docentes y culturales, hospitales, etc.), uso agrícola, zonas de reserva ambiental, etc. El que un suelo se destine a un determinado uso no es una decisión arbitraria, sino que responde a las necesidades y exigencias reales de cada núcleo de población.

La unidad territorial básica del planeamiento es el municipio, de modo que, por regla general, son los planes urbanísticos municipales, con sus normas complementarias y subsidiarias (118), los que fijan la clasificación y calificación de un determinado suelo.

De todo ello puede extraerse que el fin de la disciplina urbanística es velar por una utilización racional del suelo, en cuanto soporte de actividades sociales. Tal racionalidad se entiende a partir del conflicto, como fruto de un posible consenso entre intereses contrapuestos. Desde esta perspectiva, la incriminación penal sólo se justifica ante aquellas conductas que alteren gravemente la función (usos) a que está destinado cada suelo (119). Considero, por ello, que el objeto digno y susceptible de protección penal es la función del suelo, que habrá de delimitarse en atención a tres parámetros fundamentales: el municipio, como unidad territorial, la clasificación y la calificación del suelo. Estos dos últimos son criterios normativos, de los cuales no parece posible prescindir, dado el condicionamiento en esta materia por el modelo de tutela extrapenal.

(117) Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, 1999, pp. 15-17, para quien, citando el libro blanco inglés Land, la planificación «consiste en asegurar un equilibrio apropiado entre todas las demandas de suelo, de tal manera que el suelo se utilice en interés de todo el pueblo». Asimismo, PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Urbanístico*, 1999, pp. 2-3, quien define el Derecho urbanístico como un límite a la concepción todopoderosa del derecho de propiedad, cuyo objeto de regulación son «potestades públicas muy claras, como la de ordenar el conjunto del territorio, la urbanización y la intervención administrativa sobre el *ius aedificandi*, es decir, en el derecho del propietario de transformar el propio fundo».

(118) Sobre las clases de planes e instrumentos para su desarrollo, cfr. PARADA VÁZQUEZ, cit., pp. 202 ss.

(119) En esta línea parece ir la propuesta de Morales Prats y Tamarit Sumalla, quienes, con respecto al suelo no urbanizable, sostienen que los tipos penales deberían construirse sobre «la conducta de alteración ilegal y esencial en el destino del suelo». Cfr. MORALES PRATS y TAMARIT SUMALLA, en Quintero Olivares (dir.) y Morales Prats (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., p. 885.