

«SOCIEDADES DE RIESGO», BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS Y REGLAS CONCURSALES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LOS DELITOS DE PELIGRO CON VERIFICACIÓN DE RESULTADO LESIVO\*

Dino Carlos Caro Coria\*\* 1

I

§ 1. Caso de la talidomida o *Contergan*. Entre fines de los años 50 y los primeros de los 60, como posible consecuencia del consumo del tranquilizante denominado *Contergan* en Alemania, cuyo compuesto principal era la talidomida y se recomendaba para mujeres gestantes, se produjeron más de 10.000 casos de abortos y graves daños en los sistemas óseos de los recién nacidos, que morían al poco tiempo o sobrevivían con serias malformaciones, focomelias o extremidades en forma de foca, y lesiones irreversibles<sup>2</sup>.

Caso Erdal o *Lederspray*. Durante más de veinte años se comercializó en el mercado alemán, sin queja alguna, unos *sprays* (*Ledersprays*) para la conservación del cuero de zapatos y ropa. No obstante, al finalizar el otoño de 1980 la empresa productora recibió reclamaciones relativas a la producción de daños en la salud de personas que usaron el producto correctamente, tales como dificultades respiratorias, náuseas, escalofríos o fiebre, detectándose en la generalidad de casos un edema pulmonar. Hasta 1986 se suscitaron muchos resultados similares<sup>3</sup>.

Caso *Holzschutzmittel*. Desde los años 50 la empresa *D. Chemie GmbH* fabricaba productos protectores de madera (*Holzschutzmittel*); y, aunque pudo evadir dos denuncias por supuestas lesiones interpuestas en 1956 y 1963, no es hasta la década de los 70 en que se generalizó en Alemania el consumo de estos productos, razón por la cual la empresa D comercializó el protector «*Xyladecor 200*» que, entre sus componentes, contenía las sustancias PCP y Lindano, y establecía hasta 1979 la indicación «*apropiado para usos interiores*», pese a que ningún estudio científico avalaba su inocuidad en tales circunstancias. No obstante, innumerables investigaciones concluyeron que el uso normal del producto, en interiores, debido a los componentes PCP y Lindano serían los causantes de al menos una muerte ocurrida en agosto de 1977, y de las lesiones padecidas por innumerables consumidores, tales como daños en la piel y mucosidades<sup>4</sup>.

Caso del aceite de colza. En mayo de 1981 se descubrió una epidemia inicialmente localizada en Torrejón de Ardoz y Madrid, de la que luego se conoció su extensión a otras zonas de España. Las lesiones correspondieron a una neumonía intersticial. Tras barajarse varias hipótesis sobre el origen de estos hechos, cobró fuerza su atribución al consumo de aceite de colza desnaturalizado

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

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

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

<sup>2</sup>LGSt de Aachen, de 18 de diciembre de 1970, en: JZ. (1971) pp. 507ss. KAUFMANN. "Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan". En: NPP. N° 1. (1973) pp. 7ss. MAIWALD. Kausalität und Strafrecht. Göttingen; 1980, passim. GÓMEZ BENÍTEZ. Causalidad, imputación y cualificación por el resultado. Madrid; Ministerio de Justicia 1988, pp. 123ss.

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

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

con anilina al 2%, el cual era importado principalmente de Francia para actividades industriales de modo que, para asegurarse el no desvío para el consumo de boca, las autoridades administrativas ordenaban desnaturalizar los caracteres organolépticos del aceite mediante, entre otros productos, anilina al 2%. Pese a ello, a través de una compleja red de intervenciones individuales y de empresas, como RAPSA y RAELCA, dicho aceite desnaturalizado fue «refinado» y distribuido, mayoritariamente por vendedores ambulantes, en muchas regiones de España, lo que habría dado lugar a no menos de 330 muertes y 15.000 afectados<sup>5</sup>.

§ 2. Hechos paradigmáticos como las anteriormente descritos<sup>6</sup> y múltiples estudios científicos<sup>7</sup>, son suficientemente representativos de lo que actualmente ha venido a denominarse «sociedades de riesgo»<sup>8</sup>, es decir aquellas donde la realidad inevitablemente se percibe y estructura a nivel cognitivo como una constante tensión o controversia entre seguridad y riesgo<sup>9</sup>, como se evidencia p.e. en sectores como el uso de la energía nuclear, la utilización del ambiente natural, la seguridad del tráfico, la salud pública o la seguridad en el trabajo. En tales ámbitos, los componentes de la tecnósfera, en su dinámica e interacción, conforman innumerables fuentes de riesgo y determinan que bienes individuales como la vida o la salud de las personas y su patrimonio se encuentren permanentemente sometidos al peligro de ser lesionados. Pues bien, esta constatación ha logrado dos sensibles repercusiones en la ciencia del DP. En primer término, la creciente concienciación que dentro del DP «clásico»<sup>10</sup> no pueden encontrarse las barreras apropiadas para enfrentar los nuevos modos de amenaza originadas por la civilización técnica<sup>11</sup>.

Ciertamente, el modelo penal liberal, en orden a privilegiar la esfera de la libertad, fue articulado, principalmente, como instrumento de protección de los llamados bienes jurídicos individuales<sup>12</sup>, para lo cual cimentó una dogmática funcional a dicha tutela y obediente de los principios de legalidad, lesividad y causalidad. De este modo, el DP clásico de protección de bienes jurídicos, se concentra en una relación individualizable entre autor y víctima, pues sus criterios de atribución, que actualmente proporcionan seguridad jurídica, se han desarrollado sobre tal fundamento y para esa función<sup>13</sup>. En tal orden la inidoneidad de los tradicionales instrumentos y categorías jurídicas, obedece a que se sustentan en la ignorancia de datos fundamentales sobre esos «nuevos riesgos» que se desea controlar<sup>14</sup>, tales como: la imposibilidad de prever y dominar, espacio-temporalmente, las consecuencias de la técnica<sup>15</sup>; la llamada «explosión de ignorancia» originada por el progreso científico que acredita como mayor lo ignorado que lo conocido sobre los procesos naturales; y, la operatividad de tal

<sup>5</sup>SAP de 24 de mayo de 1989, en: AP. N° 495. (1989). STS de 23 de abril de 1992, en: A 6783. PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos. Valencia; Tirant lo Blanch 1995. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. "Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del «caso de la colza» (Primera Parte)". En: Responsabilidad penal de las empresas, cit., pp. 263ss. En la misma publicación, PAREDES CASTAÑÓN. "Problema de la responsabilidad penal en supuestos de comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del «caso de la colza». (Segunda Parte)", pp. 289ss. "Límites de la responsabilidad penal individual en supuestos de comercialización de productos defectuosos: algunas observaciones acerca del «caso de la colza»". En: PJ. N° 33, marzo. (1994) pp. 421ss. MAQUEDA ABREU. "La relación «Dolo de peligro»-«Dolo (eventual) de lesión». A propósito de la STS de 23 de abril de 1992 «sobre el aceite de colza»". En: ADPCP. (1995) pp. 419ss. MUÑOZ CONDE/HASSEMER. La responsabilidad por el producto en DP. Valencia; Tirant lo Blanch 1995, pp. 49ss. PUPPE. "Vertrieb von vergiftetem Speiseöl in Spanien". En: NSTZ. (1994) p. 37ss.

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

<sup>7</sup>BECK. Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne. Frankfurt 1986, passim.

<sup>8</sup>Sostiene BECK, Ibid., passim, que las sociedades capitalistas desarrolladas se configuran cada vez más como verdaderas "sociedades de riesgo", pues las implicaciones negativas del desarrollo tecnológico y del sistema de producción y consumo cobran entidad propia y amenazan de forma masiva a los ciudadanos. Sobre la repercusión penal de esta verificación, Vid. PRITTWITZ. Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt; Vittorio Klostermann 1993, passim. HERZOG. Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich. Heidelberg; R.V. Decker's 1991, passim. "Límites al control penal de los riesgos sociales. (Una perspectiva crítica ante el DP en peligro)". En: ADPCP. (1993) pp. 318-319. SCHÜNEMANN. "Las reglas de la técnica en DP". En: ADPCP. (1994) p. 307ss.

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

<sup>10</sup>HASSEMER. "Crisis y características del moderno DP". En: ADPCP. (1993) pp. 636-637.

<sup>11</sup>HEINE. "Accesoriedad administrativa en el DP del medio ambiente". En: ADPCP. (1993) p. 290.

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

<sup>13</sup>HEINE. "Accesoriedad administrativa", cit., p. 291.

<sup>14</sup>PAREDES CASTAÑÓN. "Responsabilidad penal y «nuevos riesgos»: el caso de los delitos contra el medio ambiente". En: AP. Vol 1. (1997) p. 218. DENNINGER. "Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y derecho postmoderno". En: Doxa. N° 14. (1993) pp. 368-372.

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

progreso en el marco de una estructura social que lo canaliza primordialmente mediante organizaciones altamente especializadas, complejas y jerarquizadas, como la empresa capitalista o el Estado intervencionista.

En segundo lugar, y como secuela de las limitaciones del DP «clásico», la sentida presencia de riesgos que hallan su fuente en el mundo moderno<sup>16</sup> sumada a las exigencias del Estado social y democrático<sup>17</sup>, ha provocado la instrumentación de nuevas técnicas de imputación jurídico-penal que permitan atribuirle responsabilidad a quienes ejecutan comportamientos no permitidos, *ex-ante* riesgosos y que se realizan en resultados de lesión o de peligro para los intereses penalmente tutelados. En tal línea de esfuerzos se inscribe la protección generalizada de los bienes jurídicos colectivos<sup>18</sup>, la reevaluación de los delitos imprudentes y omisivos, la técnica de los delitos de peligro y de la ley penal en blanco, la responsabilidad de las personas jurídicas y su órganos de dirección, el distanciamiento del «dogma causal» y el reconocimiento del valor del método de la imputación objetiva del resultado, entre otras construcciones dogmáticas<sup>19</sup>. Somos pues testigos de una verdadera «crisis» del DP liberal, a la par que se asiente la necesidad de articular un modelo dogmático capaz de responder con eficacia a los requerimientos político criminales de estos tiempos.

§ 3. En este contexto de riesgo social y tránsito hacia una dogmática moderna, uno de los principales problemas que ha venido enfrentando la jurisprudencia europea, especialmente en los asuntos reseñados al principio<sup>20</sup>, consiste en precisar las reglas concursales<sup>21</sup> para la determinación de la pena<sup>22</sup> aplicable a los delitos de peligro respecto de bienes jurídicos colectivos, pero que a la vez implican la lesión de bienes individuales. Así p.e., ante la comisión de un delito contra la salud pública consistente en la fabricación y venta de un producto humanamente comestible pero nocivo, de modo que un numero indeterminado de ciudadanos han sufrido lesiones leves o graves y otros fallecen, el Juez, al momento de determinar la pena para los infractores de la norma penal, y dada la ausencia de una regla general en la ley penal<sup>23</sup>, debe optar entre varias alternativas que derivan de dos orientaciones generales: A) estimar que se configura un mero concurso de leyes penales, entre las normas que penalizan la puesta en riesgo del bien colectivo -salud pública- y la lesión de bienes individuales -homicidio, lesiones-, de forma tal que las únicas normas aplicables al caso son las que tutelan bienes individuales, pues éstas absorben el disvalor que subyace a la puesta en peligro del bien colectivo. En ese sentido, las penas a imponer en el caso hipotético serían las del homicidio en concurso con las del tipo de lesiones, quedando por definir si tal concurso es real o ideal. B) entender que, sin violarse el *non bis in idem*, opera un concurso de delitos entre el que afecta al bien colectivo y los que vulneran a los bienes individuales, dado que el disvalor del hecho no puede ser abarcado por uno sólo de ellos sino conjuntamente. En este supuesto deberá también establecerse la naturaleza ideal o real del concurso.

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

<sup>17</sup>BUSTOS. "Los bienes jurídicos", cit., p. 184.

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

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

<sup>20</sup>Vid supra § 1.

<sup>21</sup>Es decir en el ámbito de concurso de leyes y delitos. Vid. por todos ABELS. Die 'Klarstellungsfunktion' der Idealkonkurrenz. Marbur; Elwert 1991. BOLDOVA PASAMAR. "Aplicación y determinación de la pena". En: Gracia Martín (Coor). Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo CP. Valencia; Tirant lo Blanch 1996, pp. 215ss. CUERDA RIEZU. Concurso de delitos y determinación de la pena. Madrid; Tecnos 1992.

<sup>22</sup>Es decir dentro del "proceso de concreción de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar a un sujeto criminalmente responsable por la comisión de una infracción penal", Vid. PÉREZ ALONSO. Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio. Madrid; Edersa 1995, pp. 291-292. Como señala DEMETRIO CRESPO. Prevención general e individualización judicial de la pena. Inédito. Salamanca 1997, pp. 52-53 (Cap. I/L.1.1), en la determinación de la pena se fija la pena abstracta que se considera suficiente para impedir potenciales hechos delictivos atendiendo a criterios de proporcionalidad («marco penal abstracto»), y se decide la clase y cantidad de pena todavía en abstracto que debe imponerse a un hecho («marco penal concreto»).

<sup>23</sup>Regla normalmente inexistente en las legislaciones penales, entre ellas las de Alemania, España y Perú.

§ 4. Afrontar dogmáticamente éste problema<sup>24</sup> constituye el objeto final de esta investigación. Antes bien, el planteamiento de soluciones, acordes con los principios garantistas o de mínima intervención inherentes al programa penal de la Constitución, presupone una toma de postura sobre la relación que debe guardarse entre bienes individuales y colectivos (II), de forma que pueda determinarse si el disvalor subyacente a los delitos contra los bienes colectivos puede ser absorbido<sup>25</sup> o no por el injusto de los ilícitos que vulneran los intereses individuales. Sólo con esta base, será posible establecer el régimen concursal aplicable a los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo (III).

## II

§ 5. Aunque es generalizado en la doctrina penal el uso de la categoría «bienes jurídicos colectivos», y dejando de lado por el momento la discusión acerca de sus relaciones con los intereses difusos<sup>26</sup>, debe advertirse que no reina acuerdo sobre su admisibilidad como categoría autónoma de la ciencia penal. Ciertamente, uno de los temas más debatidos en la actual teoría del bien jurídico<sup>27</sup> reposa precisamente en torno al contenido, necesidad de protección, relación material con los bienes jurídicos individuales y técnicas de tipificación de los comportamientos que afectan bienes colectivos<sup>28</sup>. Frente a ello sin embargo, considero importante reivindicar su trascendencia y autonomía, en razón de las deseadas consecuencias político criminales a que conduce<sup>29</sup>.

El doble fundamento material de los bienes jurídicos colectivos se sostiene en la realidad social y en el modelo de Estado social. Por una parte, existen nuevas necesidades sociales derivadas de la expansión de la tecnósfera concebida en el seno de la revolución industrial, técnica y científica, y que demandan su satisfacción, entre otros medios, a través de una eficaz protección jurídica para enfrentar esos riesgos de la modernidad<sup>30</sup>. Pues bien, la atención de tales demandas tiene precisa acogida en el modelo de Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 de la CE)<sup>31</sup>, en virtud del cual éste debe atender a las necesidades de todos y cada uno de los miembros de la sociedad, con el objeto de tender hacia la libertad e igualdad material (art. 9.2 de la CE)<sup>32</sup>, razón que justifica una intervención estatal activa para promover la atención de dichas necesidades, superando las disfuncionalidades económicas y sociales<sup>33</sup>. En esa perspectiva, Bustos Ramírez ha concluido que "los bienes jurídicos colectivos hay que definirlos *a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en*

<sup>24</sup>Sin duda se trata en última instancia de resolver un problema de determinación de la pena, consecuentemente influenciado por los fundamentos político criminales de la sanción penal, Vid. BUSTOS RAMÍREZ. Manual de DP. PG. 4ª ed. Barcelona; PPU 1994, pp. 575-576. Pero tampoco puede negarse que corresponde a la dogmática penal establecer las líneas básicas que permiten diferenciar los diversos supuestos de concurso de delitos y leyes, y las razones que avalan dicha distinción. En similar sentido, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN. DP. PG. 2ª ed. Valencia; Tirant lo Blanch 1996, pp. 478, 554. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN. DP. PG. 4ª ed. Valencia; Tirant lo Blanch 1996, pp. 705-706.

<sup>25</sup>Para efectos de este comentario me referiré a los conceptos de absorción y subsunción en el sentido de subsidiaridad, es decir cuando el disvalor subyacente a un tipo de peligro puede ser abarcado -absorbido o subsumido- por el disvalor previsto en otro injusto de lesión, de forma que aquél sólo opere subsidiariamente, en defecto de éste último.

<sup>26</sup>Vid. infra §§ 13ss.

<sup>27</sup>Para un estado de la cuestión en torno a la doctrina del bien jurídico Vid. CARO CORIA. "Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs". A publicarse en: Thémis. Nº 35. (1997), en este trabajo he sostenido la construcción de un concepto material de bien jurídico-penal en función de los principios de merecimiento de pena (*Strafwürdigkeit*) y necesidad de pena (*Strafbedürftigkeit* o *Strafbedürfnis*). En igual sentido, mi monografía La estabilidad del ecosistema como bien jurídico-penal. Inédito. Salamanca 1997, pp. 154-199. Entre otros Vid. además, MARX. Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut». Köln; Carl Haymanns 1972. CALLIES. Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Frankfurt am Main 1974. MIR PUIG. "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*". En: EPC. (1991) pp. 205ss. SILVA SÁNCHEZ. Aproximación al DP contemporáneo. Barcelona; J.M. Bosch 1992, pp. 267 y ss, 284ss. LUZÓN PEÑA. "La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito". En: ADPCP. (1993) pp. 21ss. Ya MAYER. Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts. Lehrbuch. Heidelberg 1923, pp. 22-23, partía de los conceptos de «merecedor de protección», «necesitado de protección» y «capacidad de protección», según recoge luego para la doctrina de habla hispana MUÑOZ CONDE. "Función de la norma penal y reforma del DP". En: NPP. (1973) pp. 412-415.

<sup>28</sup>MÉNDEZ RODRÍGUEZ. Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación. Madrid; UCM y Ministerio de Justicia 1993, p. 30.

<sup>29</sup>En el mismo sentido, entre otros, BUSTOS. "Los bienes jurídicos", cit., p. 197ss. MAQUEDA ABREU. "La idea de peligro en el moderno DP". En: AP. Vol 1. (1994) p. 492. LAURENZO COPELLO. El resultado en DP. Valencia; Tirant lo Blanch 1992, pp. 120-121.

<sup>30</sup>TIEDEMANN. Lecciones de DP económico. Barcelona; PPU 1993, pp. 34-36.

<sup>31</sup>Art. 1.1: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho ...".

<sup>32</sup>Art. 9.2: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

<sup>33</sup>BUSTOS. "Los bienes jurídicos", cit., p. 196. Ciertamente, "El modelo social constitucionalmente reflejado, no es, en palabras de HÄBERLE un espejo de nuestra sociedad sino el faro al que ésta tiende" (Die Verfassung des Pluralismus, Frankfurt 1980, p. 87), Vid. la cita de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. Honor y libertad de expresión. Madrid; Tecnos 1987, p. 16, nota 7.

conformidad al funcionamiento del sistema social<sup>34</sup>, concepto que en términos generales es compatible con lo aquí sostenido<sup>35</sup>.

§ 6. No obstante, contra una concepción autonomizadora de los bienes colectivos se han levantado Hassemer, Padovani y Terradillos Bosoco, señalando que todo bien jurídico es ajeno al sentido garantista si no se fundamenta materialmente en una realidad individual, de modo que los bienes colectivos carecen de autonomía funcional<sup>36</sup>. Por ende, esta tendencia plantea la duda de si el bien jurídico, como creación del Estado liberal, es acaso capaz de solventar materialmente una visión social y no individualista del ilícito penal<sup>37</sup>.

Hassemer no rechaza formalmente los bienes jurídicos «*universales*»<sup>38</sup> (léase colectivos) pero los funcionaliza desde la persona, aceptándolos con la condición de que brinden la posibilidad de servir a intereses del hombre<sup>39</sup>, pues de lo que se trata es de "funcionalizar los intereses generales y del Estado a partir del individuo: los bienes jurídicos universales tienen fundamento sólo en la medida en que se corresponden con los intereses -conciliados- del individuo"<sup>40</sup>. En tal sentido, dicho autor rechaza explícitamente que p.e. se pueda proteger el ambiente natural por sí mismo, sino como medio para satisfacer las necesidades de salud y vida del hombre<sup>41</sup>, lo que al no evidenciarse en los tipos penales del § 324 y siguientes del StGB, daría lugar a que éstos se califiquen como meros ilícitos administrativos<sup>42</sup>, más aún cuando en la criminalización se recurre a los delitos de peligro abstracto, de forma tal que se renuncia a proteger concretos intereses humanos a cambio de tutelar instituciones sociales o «*unidades funcionales de valor*», realidades que por su vaguedad o falta de concreción impiden normalmente criticar un tipo penal por su excesiva amplitud<sup>43</sup>.

En semejante tendencia, para Padovani los colectivos no son bienes jurídicos propiamente, sino simples "metáforas conceptuales que designan el ámbito particular donde se percibe y se individualiza un conflicto de intereses, y las modalidades normativas establecidas para resolverlo o ponderarlo"<sup>44</sup>. De este modo, p.e., la referencia al ambiente natural lo es a situaciones instrumentales consideradas fundamentales para la salvaguarda de los intereses puestos en peligro en un determinado contexto existencial como el proporcionado por el ecosistema, aunque es innegable que dichas situaciones instrumentales están ligadas a bienes jurídicos aceptados pacíficamente, pero respecto de los cuales la tutela es insuficiente e inadecuada<sup>45</sup>. También en el plano crítico y retomando los argumentos de Padovani, Terradillos Basoco<sup>46</sup> señala la innecesariedad de que los bienes jurídicos colectivos, en tanto condiciones instrumentales, sean dotados de sustantividad propia y autonomía, de forma que sus ataques revistan la forma de delitos de lesión. Considera que no es posible construir el concepto de bien colectivo sin que en él se identifiquen bienes individuales, pues dicho concepto constituye un marco de referencia o un conjunto de condiciones que garantizan la viabilidad de éstos. Consecuentemente, el autor sostiene la conveniencia de reducir al máximo los casos en que tales marcos abstractos se eleven a la categoría de bien jurídico colectivo, por razones de certeza y lesividad en la definición de los objetos de ataque tan

<sup>34</sup>BUSTOS. "Los bienes jurídicos", cit., p. 197.

<sup>35</sup>Este autor defiende una concepción básicamente sociológica del bien jurídico-penal, como la síntesis jurídica concreta de una relación social determinada y dialéctica, Vid. BUSTOS RAMÍREZ. Manual de DP. PE. 2ª ed. Barcelona; Ariel 1989, p. 3. No obstante, aunque a mi modo de ver las posiciones sociológicas no logran dotar de contenido material al bien jurídico-penal, pues se limitan a precisar los fundamentos centrales del merecimiento de pena, en términos de dañosidad social y referencia al individuo, no por ello juzgo inoportuna la definición de Bustos respecto de los bienes colectivos, dado que lo central en ellos radica precisamente en la dañosidad social y su relación de complementariedad con los bienes individuales.

<sup>36</sup>En la doctrina italiana sigue esta orientación FIANDACA. "Il «bene giuridico»", cit., p. 168. En España, HERNÁNDEZ. "Delitos de peligro", cit., pp. 113, 114 nota 7.

<sup>37</sup>BUSTOS. "Los bienes jurídicos", cit., p. 186.

<sup>38</sup>Denominación impropia dado que todo bien jurídico siempre implica una valoración masiva y universal, Ibid., p. 191.

<sup>39</sup>HASSEMER. "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico". En: DoP. (1989) p. 282.

<sup>40</sup>Ibid., p. 281.

<sup>41</sup>Ibid., p. 283 citando a Lackner. Le sigue MATELLANES RODRÍGUEZ. "La protección penal del medio ambiente". En: El nuevo CP: primeros problemas de aplicación. Universidad de Salamanca 1997, p. 63 nota 14.

<sup>42</sup>HASSEMER. "Lineamientos", cit., p. 284.

<sup>43</sup>Ibid., pp. 279-280. Dado que SILVA. Aproximación, cit., p. 272 nota 392, p. 276 nota 405, comparte las críticas de Hassemer, MATELLANES. "La protección penal", cit., p. 63 nota 14, equipara las posiciones de ambos autores. Empero, a distinta conclusión debe arribarse teniendo en cuenta que Silva, en la delimitación del bien jurídico-penal, recoge la orientación personalista de Hassemer apenas como un criterio para el juicio sobre el merecimiento de pena.

<sup>44</sup>PADOVANI. "La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni". En: DDDP. (1984) p. 117.

<sup>45</sup>Ibid., p. 117.

<sup>46</sup>TERRADILLOS BASOCO. DP de la empresa. Madrid; Trotta 1995, p. 50.

difusos, que difícilmente podrían ser abarcados por el dolo. Y además para evitar procesos de sobrecriminalización sustentados en bienes jurídicos ficticios y que dejan sin contenido la antijuricidad material. Por ello, concluye Terradillos apuntando la necesidad de proteger sólo los bienes jurídicos individuales que «se esconden tras los colectivos» y les dan contenido recurriendo a los tipos de peligro, fuera de lo cual deberá recurrirse al empleo de sanciones administrativas.

§ 7. Ahora bien, pese a la importancia de los aportes antes reseñados que reivindican las garantías inherentes al carácter personalista del bien jurídico-penal, considero que éstos conducen a resultados político criminales reñidos con las necesidades de protección penal de los propios bienes jurídicos individuales. En efecto, al exigirse que en todo bien jurídico colectivo se reconozca una realidad individual, se corre el riesgo de retrasar la intervención punitiva, pues al sancionarse sólo las conductas que vulneran p.e. la vida humana, la salud o el patrimonio, entonces el DP es concebido como un instrumento impotente desde el punto de vista preventivo al permitir que tales riesgos, quizás evitables mediante la protección autónoma de los bienes colectivos, se realicen en resultados peligrosos o lesivos, en cuyo caso la pena no cumple ninguna función utilitaria reconocible y se limita a la mera retribución por el hecho. Si a ello se añade que aún se desconoce científicamente la mayoría de relaciones causa-efecto entre tales riesgos y los daños que padecen los bienes personales<sup>47</sup>, es evidente que la eficacia de la norma penal queda muy limitada.

Dicho desconocimiento es neurálgico en sectores propios de la «sociedad de riesgo» y objeto de constante preocupación en la jurisprudencia europea, principalmente de Alemania y España, y sobre todo en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos, como dan cuenta los asuntos antes citados: *Contergan*, *Lederspray*, *Holzschutzmittel* y *Colza*: oportunidades donde la imposibilidad de contar con leyes fenoménicas de carácter determinista<sup>48</sup> a fin de demostrar con certeza el nexo causal entre el consumo normal de un producto y las consecuencias lesivas para la salud pública y los bienes jurídicos individuales, dio origen a profundos desacuerdos científicos en torno a la determinación de la ley fenoménica probabilística<sup>49</sup> aplicable en cada caso concreto. Con todo, estas experiencias han evidenciado, en el ámbito judicial, los importantes límites de la ciencia para explicar los fenómenos y sucesos naturales, incluso aquellos que pueden originarse en un comportamiento humano. Sin embargo, la desmitificación de la fe ciega en la ciencia no es reciente, pues ya desde la segunda mitad del siglo XIX, las investigaciones de Max Planck en el campo subatómico, pusieron en crisis la concepción mecanicista del mundo, de tradición aristotélica y newtoniana, aferrada al principio de la causalidad y a las categorías de espacio y tiempo<sup>50</sup>. Luego, con los desarrollos y fórmulas elaboradas por Heisenberg (1927), la denominada física de la mecánica cuántica erigió su propio modo de calcular las magnitudes de los movimientos y los lugares en el interior de los átomos, a partir de lo cual se acepta que en el terreno subatómico no opera la ley de la causalidad<sup>51</sup>. En similar orientación, la formulación por Einstein de las conocidas teorías de la relatividad general y especial, así como la generalizada aceptación de la teoría del «*big bang*» sobre el origen del universo, han afectado también

<sup>47</sup>PAREDES/RODRÍGUEZ. El caso de la colza, cit., pp. 49ss. En el terreno penal ambiental p.e. muchos de los procesos que operan en el ecosistema no pueden explicarse mediante los modelos causales mecanicistas clásicos, pues obedecen más bien a fenómenos de acumulación, adición y sinergia causal, Vid. SAMSON. "Kausalitäts", cit., p. 618.

<sup>48</sup>Elas establecen una "conexión *necesaria* entre dos especies de hechos", Vid. PAREDES CASTAÑÓN. El riesgo permitido en DP. (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas). Madrid; Ministerio de Justicia e Interior 1995, pp. 172-173, la forma lógica de estas leyes es la de una proposición predicativa perfecta:  $Ax (A_x \rightarrow B_x)$ . Es decir: Para todo supuesto, si se produce  $A$ , entonces se produce también  $B$ . Vid. Ibid., p. 173 nota 62.

<sup>49</sup>Es decir, "aquellas que establecen una conexión de *frecuencia* entre dos especies de hechos. Se trata, por lo tanto, de leyes que no garantizan con seguridad la conexión, sino que únicamente afirman que dicha conexión se da entre una parte de ambas especies de hechos, y, además, cuantifican esa parte (...) indican que, a partir de una acción  $A$ , se deriva la consecuencia  $C$  con un porcentaje  $P$  de probabilidades", Vid. Ibid., pp. 173-174. En su forma lógica, estas leyes señalan que dadas las especies de hechos  $A$  y  $B$ ,  $Ex (A_x \rightarrow B_x)$ . Existe al menos uno de esos hechos de la especie  $A$  del que se sigue un hecho de la serie  $B$ . Vid. Ibid., p. 174 nota 69.

<sup>50</sup>REYES ALVARADO. Imputación objetiva. 2ª ed. Santa Fé de Bogotá; Temis 1996, p. 35, señala que "Los trabajos de MAX PLANCK demostraron comportamientos irregulares en el campo subatómico, donde las órbitas de los electrones que giran alrededor del núcleo de los átomos desafían las leyes de la física ya que pese al gasto de energía que sus desplazamientos suponen, mantienen idénticas órbitas en lugar de que (como sería de esperarse) ese gasto de energía las hiciera ser atraídas hacia el núcleo describiendo círculos más pequeños y a mayor velocidad".

<sup>51</sup>Ibid., pp. 35-36. Sin duda los aportes de Heisenberg sirvieron para demostrar las inconsistencias del determinismo, pues se logró "demostrar que existían procesos ínfimos que convertían al reloj determinista en algo impreciso. La física cuántica se vio obligada a introducir las probabilidades. Si el mundo físico no era un mundo regulado por las leyes newtonianas, sino que en él regía la imprecisión y la irregularidad, los fundamentos empíricos del determinismo quedaban seriamente debilitados", Vid. DOVAL PAIS. Delitos de fraude alimentario. Pamplona; Aranzadi 1996, p. 271 nota 32

negativamente a las categoría de tiempo y espacio<sup>52</sup>. Por ello, actualmente el mundo ya no puede ser visto como un inmenso reloj sumamente preciso, es decir como un sistema físico altamente regular<sup>53</sup>. Ahora bien, frente a esta relativización del conocimiento científico y, en particular, del principio de la causalidad y las categorías de espacio y tiempo, cabe preguntarse sobre su repercusión en la órbita penal. En este sentido, no puede albergarse dudas sobre la incapacidad del DP de elaborar y manejar un concepto propio o privativo de causalidad, dado que ello significaría solucionar anteladamente los problemas que, frente a las categorías de espacio y tiempo, enfrenta la física teórica<sup>54</sup>. En tal sentido, considero que la reevaluación teórica de la causalidad en el plano físico no debe evitar su empleo en el ámbito jurídico<sup>55</sup>, por lo que debe aceptarse como punto de partida la relevancia jurídico-penal de la leyes fenoménicas deterministas y probabilísticas, éstas últimas de enorme importancia para el control de las fuentes de riesgo para los bienes jurídicos colectivos.

Consecuentemente, la opción personalista del bien jurídico le resta autonomía a los bienes jurídicos colectivos<sup>56</sup> y constituye un proyecto tributario de un modelo penal retribucionista e ineficaz, es decir desprotector de los bienes jurídicos individuales que, contradictoriamente, pretende tutelar garantistamente. Tales críticas, en el terreno penal ambiental, están corroboradas empíricamente con la experiencia criminalizadora del derogado art. 347 bis del trCP que exigía para la tipicidad poner "en peligro grave la salud de las personas"<sup>57</sup>.

§ 8. Por estas razones, considero importante poner de relieve la autonomía de los bienes jurídicos colectivos en relación con los individuales, lo que no implica un divorcio entre ambas realidades normativas, pues partiendo de la clasificación de Bustos Ramírez<sup>58</sup> los colectivos son bienes que inciden en el funcionamiento del sistema y por ende se encuentran al servicio de bienes microsociales como la vida humana o la salud, razón por la cual son jerárquicamente inferiores y precisan de una tutela penal menos intensa, pero a la vez autónoma de cara a la eficacia penal sostenida en fines preventivos y de protección de bienes jurídicos, pues sólo si se acepta que los bienes jurídicos colectivos poseen sustantividad propia puede concluirse que la titularidad de los mismos es colectiva<sup>59</sup>. Esta construcción es plenamente acorde con el concepto de bien jurídico-penal que defiende<sup>60</sup>, pues el merecimiento de pena en los bienes jurídicos colectivos se justifica por la relación teleológica que guardan en relación con las posibilidades de participación del individuo en

<sup>52</sup>REYES. Imputación objetiva, cit., pp. 36-37.

<sup>53</sup>POPPER. Un mundo de propensiones. Madrid; 1992, p. 22. La constatación de esta realidad constituye el principal aliciente de la ciencia en el afán de mermar permanentemente el desconocimiento sobre la explicación de los sucesos y fenómenos naturales, aunque evidentemente conserva plena vigencia la idea de la filosofía antigua de que es más lo desconocido que lo conocido sobre tales fenómenos. En este contexto, se ha venido a entender que la ciencia modernamente "trata de buscar racionalidad al objeto y se asume que no hay «verdades» absolutas, sino que se van encontrando verdades parciales y provisionales, que van alcanzando consenso en la comunidad científica en un momento dado. Se trata de una razón comunicativa: testimonial y de fiabilidad". Vid. ZÚNIGA RODRÍGUEZ. "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal en el Perú?". Inédito. Salamanca 1996, p. 1 nota 2, citando a Habermas, Adorno, Horkheimer y FLOREZ MIGUEL. Mundo técnico y humanismo. Universidad de Salamanca, 1994.

<sup>54</sup>REYES. Imputación objetiva, cit., p. 37.

<sup>55</sup>Ibid., p. 37, señala irónicamente Reyes: "En efecto, mientras los accidentes de tránsito con lesiones y muertes no sean provocados por vehículos que se mueven a velocidades cercanas a la de la luz, mientras no ocurran delitos dentro de los átomos, y en tanto el universo no termine de expandirse y comience su contracción, el derecho puede seguir trabajando con el concepto tradicional de la causalidad sin preocuparse de los inconvenientes que él presenta como consecuencia de la física cuántica y la teoría de la relatividad", pp. 37-38.

<sup>56</sup>No queda clara la coherencia, p.e., de defender simultáneamente una opción personalista del bien jurídico-penal y la autonomía del bien jurídico ambiente, aunque MATELLANES. "La protección penal", cit., p. 63, considera que ello es posible.

<sup>57</sup>Vid. por todos, VERCHER NOGUERA. "Visión jurisprudencial sobre la protección penal del medio ambiente". En: AP. Vol 1. (1995) p. 42. PÉREZ DE GREGORIO. "Jurisprudencia penal medioambiental". En: LL. Vol 4. (1995) pp. 966-968. BAUTISTA PAREJO. "La prueba pericial en los supuestos de delito ecológico". En: La protección penal del medio ambiente. Madrid; Coda/Aedenat 1991, pp. 141-145.

<sup>58</sup>BUSTOS. PE, cit., p. 6, diferencia los bienes jurídicos referidos a las bases de la existencia del sistema de aquellos que están en conexión con su funcionamiento. Los primeros permiten la *existencia del sistema* social, son los que tradicionalmente han sido llamados bienes jurídicos individuales e inciden en las relaciones microsociales como la vida humana o la salud individual. De otro lado, los bienes relacionados con el *funcionamiento del sistema* se refieren a las relaciones macrosociales, sin su protección el sistema puede existir pero no funciona adecuadamente, pues están al servicio de las bases del sistema, por lo que implican una actividad de intervención para corregir sus disfunciones como ocurre con el ambiente natural, la fe pública o la libre competencia. Ahora bien, el autor distingue dentro de esta última categoría de bienes: los colectivos, los institucionales y los de control. Los *colectivos* se refieren intrínsecamente a las condiciones indispensables para que se den las bases de la existencia del sistema, son bienes presentes de forma constante en el que hacer cotidiano de cada uno de los sujetos y grupos en que éste se integra, su afección impide el desarrollo real y efectivo de la vida, la salud individual, la libertad, etc. En el mismo sentido, la 3ª ed. 1997.

<sup>59</sup>MÉNDEZ. Los delitos de peligro, cit., p. 34. La autora advierte que, por contra, si los bienes jurídicos colectivos, como proponen Hassemmer, Padovani y Terradillos, "no son más que nuevas formas de defensa de los bienes jurídicos individuales, si se están refiriendo directamente al individuo, (*entonces*) no podemos afirmar su titularidad colectiva, sino individual", cursiva entre paréntesis fuera de texto.

<sup>60</sup>CARO. "Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal", cit.

sociedad, en el marco del modelo personalista consagrado en el art. 10.1 de la CE, es decir en orden al desarrollo libre y digno del individuo<sup>61</sup>.

Con esas restricciones, considero superados los temores de un sector doctrinal, en el sentido de que la protección de bienes jurídicos colectivos, en el seno de un Estado social intervencionista, puede convertirse en una injustificada expansión del DP, contradictoria con los principios de mínima intervención penal y el programa despenalizador<sup>62</sup>. Ciertamente, si se entiende el proyecto de reducción penal según los principios de tutela exclusiva de bienes jurídicos, fragmentariedad, subsidiariedad y utilidad<sup>63</sup>, podrá concluirse que éste no se limita a la simple descriminalización de los comportamientos bagatelares o mejor controlables en sede extra-penal, sino que conlleva a incriminar aquellos que son merecedores y necesitan de la reacción punitiva en orden a su prevención. Por ende, la mínima intervención se sustenta en un conjunto de procesos de entrada y salida, de criminalización y desincriminación, de acuerdo con los baremos que proporcionan los principios de merecimiento y necesidad de pena en el modelo de Estado social y democrático de Derecho<sup>64</sup>. Asimismo, con la postura aquí defendida se difuminan las dudas sobre la pretensión de atribuir al DP una misión promocional<sup>65</sup> que corresponde a otros medios de control social, y se evade el riesgo de administrativizar la reacción punitiva mediante el común recurso al DP accesorio o complementario<sup>66</sup>, de similar contenido material que el Derecho administrativo sancionador<sup>67</sup>. En efecto, ya en otra oportunidad he negado rotundamente que el DP deba constituirse en un apéndice del control administrativo pues ello nos llevaría a vaciar de contenido material el bien jurídico-penal y nutrirlo con un formalismo peligroso de matiz funcionalista radical<sup>68</sup>. En ese sentido, la delimitación del objeto de tutela, en función de los citados principios de merecimiento y necesidad, margina la temida administrativización y cualquier intento de atribuir al DP funciones ideológicas promocionales, acentuándose por contra su función protectora de los valores fundamentales de la colectividad<sup>69</sup>. En esta última línea de ideas, es impropio señalar que nos hallamos ante un bien jurídico supraindividual, porque no estamos ante una categoría que se halle «por encima» o «más allá» del individuo, pues los bienes colectivos están en función de todos los miembros de la sociedad, es decir al servicio de cada ciudadano, de modo que la expresión «colectivo» excluye toda discriminación, beneficio unilateral o parcialidad en la protección. En coherencia con ello, los bienes jurídicos colectivos son complementarios de los bienes jurídicos individuales<sup>70</sup>, de modo que su tutela sólo se justifica como forma autónoma y adelantada de protección de éstos últimos<sup>71</sup>, adelantamiento que se fundamenta, en el ámbito del merecimiento de pena, por la mayor dañosidad social de sus afecciones frente a las de orden microsociales.

**§ 9.** Empero, estas ideas no necesariamente conllevan a justificar el recurso a los tipos de peligro abstracto<sup>72</sup>, dado que dicho carácter complementario no implica que los delitos que se

<sup>61</sup>BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. El delito de lesiones. Universidad de Salamanca 1982, pp. 66ss.

<sup>62</sup>Como se cuestiona MIR PUIG. "Sobre el principio de intervención mínima del DP en la reforma penal". En: El DP en el Estado social y democrático de Derecho. Barcelona; Ariel 1994, p. 152. CUELLO CONTRERAS. "Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en DP". En: ADPCP. (1981) pp. 472ss.

<sup>63</sup>Sobre estos principios Vid. mis trabajos CARO CORIA. La protección penal del ambiente. Lima; B,M&U 1995, pp. 85ss. "Sistema penal y mínima intervención". En: Thémis. N° 27-28. (1994) pp. 183ss.

<sup>64</sup>PORTILLA CONTRERAS. "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos". En: CPC. N° 39. (1989) p. 740.

<sup>65</sup>Lo que si sustenta BERDUGO. Honor y libertad de expresión, cit., p. 16.

<sup>66</sup>El «*Nebenstraftrecht*» del DP alemán.

<sup>67</sup>MIR. "Sobre el principio", cit., p. 154.

<sup>68</sup>Vid. CARO. "Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal", cit., *passim*, donde me opongo al entendimiento de la misión del DP como defensa de la vigencia de la norma, en el sentido que defienden Jakobs y sus epígonos, Vid. JAKOBS. Strafrecht. AT. 2ª ed. Berlin; W. de Gruyter 1991, 2/1-28, hay trad. 2ª ed. Madrid; Marcial Pons 1997. Del mimo, La imputación objetiva en DP. Madrid; Civitas 1996, pp. 89ss. Sociedad, norma y persona en una teoría de un DP funcional. Madrid; Civitas 1996, pp. 15ss. Fundamentos del DP. Buenos Aires; Ad-hoc 1996, *passim*.

<sup>69</sup>PORTILLA. "Principio de intervención mínima", cit., p. 741.

<sup>70</sup>BUSTOS. "Los bienes jurídicos", cit., pp. 196-197. PÉREZ ALVAREZ. Protección penal del consumidor. Barcelona; Praxis 1991, pp. 51-53. En similar dirección, PAREDES. "Responsabilidad penal y «nuevos riesgos»", cit., pp. 219-220, señala p.e. que el ambiente "es un bien jurídico eminentemente «funcional», en el sentido de que posee sentido tan sólo por referencia a otros bienes e intereses ... se configura como un núcleo de protección previo al de otros bienes jurídicos individuales o colectivos de valor intrínseco", p. 219.

<sup>71</sup>RODAS MONSALVE. Protección penal y medio ambiente. Barcelona; PPU 1994, p. 29, en el terreno ambiental pp. 100-101, aunque sólo refiriéndose a la complementariedad respecto de la salud.

<sup>72</sup>En el ámbito del DP económico la AIDP, en su XIII Congreso de 1984, recomendó (Sec. II, ítem 9) el uso de delitos de peligro abstracto. Asimismo, esta técnica fue considerada en la Resolución N° 1 Relativa a la protección del ambiente por el DP, de la 17ª Conferencia de Ministros Europeos de Justicia, realizada en Estambul en 1990, cuyo apartado b) motiva examinar la oportunidad "De regular en éste ámbito el concepto de delitos de peligro (concreto, *abstracto* o potencial) con independencia del perjuicio efectivo", cursiva fuera de texto.



configuren para proteger bienes jurídicos colectivos hayan de ponerse, al definir su estructura típica, en relación a los bienes jurídicos individuales complementados. Por ello, no hay necesidad de recurrir a dicha fórmula de tipificación contraria al principio de lesividad, "ya que desde una debida caracterización del bien jurídico colectivo se pueden construir en relación a él -y no al bien jurídico complementado- delitos de lesión o de peligro concreto"<sup>73</sup>, técnicas recomendadas, p.e. por la Sección I del XV Congreso de la AIDP de 1994, relativa a los delitos contra el ambiente, cuando precisa que el elemento material mínimo de las infracciones penales debería ser "una *acción u omisión* que contravenga un texto legal o reglamentario y que cree un peligro real e inminente (concreto) para el ambiente"<sup>74</sup>.

Con todo, la discusión sobre la necesidad de instrumentar delitos abstractos de peligro ha cobrado gran actualidad en el terreno del DP económico, de forma que un sector los considera esenciales en el marco de una política criminal con pretensiones de eficacia, para lo cual se ha sostenido últimamente que estos ilícitos no son ayunos de lesividad, pues afectan siempre la seguridad en el uso de los bienes<sup>75</sup> o porque en ellos puede encontrarse un «disvalor potencial de resultado»<sup>76</sup>. Por contra, otro sector entiende que debe primar el respeto de principios esenciales como el de lesividad o determinación, de modo que sólo es posible recurrir a los tipos de lesión y peligro real o concreto<sup>77</sup>. A su vez, otra línea doctrinal considera que los principios básicos del DP y las necesidades de eficacia, pueden salvaguardarse si se utilizan técnicas que contemplen como base mínima para la tipicidad la realización de un comportamiento *ex-ante* peligroso, y a las que algunos siguen denominando «peligro abstracto» y otros «fórmulas intermedias»<sup>78</sup>.

**§ 10.** No obstante, debe reconocerse las mayores dificultades que plantea la concreción y estructuración de los tipos penales que protegen bienes jurídicos colectivos, frente a lo cual debe recurrirse a los criterios de merecimiento y necesidad de pena antes citados, pero teniendo presente además que generalmente nos hallamos ante relaciones de conflictividad entre múltiples intereses, de modo tal que la protección a instrumentarse no puede ser absoluta o pretenderse en términos de intangibilidad, sino más bien como producto de la ponderación de dichos intereses<sup>79</sup>. Ciertamente, p. e. en la protección del entorno natural, como señala Heine, existe en la mente del legislador un conflicto "entre los intereses particulares y sociales en la conservación de un medio ambiente puro, por un lado, y el derecho a la libertad (de empresa) del contaminador, junto a intereses públicos de desarrollo tecnológico e industrial, por otro"<sup>80</sup>. En esta línea de pensamiento, la ponderación de los conflictos sociales en relación a los bienes jurídicos individuales se efectúa en muchas ocasiones a través de las causas de justificación<sup>81</sup>, sin embargo en relación a los colectivos, se efectúa principalmente al definir el bien jurídico y al estructurar el tipo penal<sup>82</sup>.

En efecto, el binomio riesgo-seguridad no se aprecia maniqueamente en la actualidad, dada la enorme influencia del pensamiento utilitario (coste/beneficio) inherente a la lógica de los

<sup>73</sup>BUSTOS. "Los bienes jurídicos", cit., p. 198. Similar, TIEDEMANN. Poder económico y delito. Barcelona; Ariel 1985, p. 36.

<sup>74</sup>Apartado II.8.b), en: RIDP. 1e et 2e trimestres. (1995) p. 76.

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

<sup>76</sup>LAURENZO. El resultado, cit., pp. 180ss.

<sup>77</sup>MÉNDEZ. Los delitos de peligro, cit., pp. 161ss., 207, 234ss.

<sup>78</sup>SCHRÖDER. "Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?". En: JZ. (1967) pp. 522ss. "Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht". En: ZStW. (1969) pp. 7ss. GALLAS. "Abstrakte und konkrete Gefährdung". En: Festschrift für Heinitz. Berlin; W. de Gruyter 1972, pp. 171ss. TORIO LÓPEZ. "Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)". En: ADPCP. (1981) pp. 825ss.

<sup>79</sup>PEDRAZZI. "El bien jurídico en los delitos económicos". En: La reforma penal: delitos socio-económicos. Universidad de Madrid 1985, pp. 282-284.

<sup>80</sup>HEINE. "Accesoriedad administrativa", cit., p. 292.

<sup>81</sup>Vid. por todos ROXIN. Política criminal y sistema del DP. Barcelona; Bosch 1972, pp. 55ss. Antes bien, se viene imponiendo la idea de que en la determinación del «núcleo esencial» de los derechos fundamentales es necesario acudir a la técnica de la ponderación de intereses, muy común p.e. para resolver la tensión entre el derecho al honor y la libertad de expresión, Vid. por todos ALEXY. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid; Centro de Estudios Constitucionales 1993. No obstante, los derechos fundamentales no se equiparan con el concepto de bien jurídico-penal, aunque debe reconocerse una relación más estrecha en el ámbito de los bienes jurídicos individuales.

<sup>82</sup>MÉNDEZ. Los delitos de peligro, cit., p. 34.

modelos económicos de mercado que imperan, de forma que la sociedad admite convivir con determinadas fuentes de peligro por los importantes beneficios que reportan<sup>83</sup>, dicho de otro modo, "puesto que es imposible eliminar de raíz la amenaza de todo peligro para los bienes jurídico-penalmente protegidos, el Ordenamiento jurídico -concretamente aquí, su sector penal-autoriza (no castiga) a las personas a realizar algunos de ellos, por su utilidad, a pesar incluso de que en algunos casos puedan llegar a lesionar efectivamente dichos bienes jurídicos"<sup>84</sup>. Antes bien, pese a la «necesidad» de tolerar tales actividades, no se concibe que las conocidamente peligrosas se realicen sin someterse a un conjunto de reglas de conducta que, sustentadas en una finalidad preventiva y generalmente desarrolladas por la Administración, tienen como objetivo disminuir la probabilidad de que tales peligros se realicen en resultados lesivos para los bienes jurídicos. De esta forma, el ordenamiento jurídico limita la realización de las actividades peligrosas mediante la imposición de niveles de riesgo permitido, es decir que conductas en sí mismas peligrosas son permitidas siempre que se respeten los límites de riesgo, mientras que la violación de tales límites puede determinar la antijuricidad de la conducta<sup>85</sup>. En tal medida, cobra relevancia penal la institución del riesgo permitido, sobre la cual se discute aún su concepto, contenido, funciones y autonomía sistemática<sup>86</sup>, pero existe cierta unanimidad en reconocer su rendimiento en la resolución de casos en donde la autorización general de la conducta peligrosa o lesiva para el bien se deriva de considerar el concurso de otros intereses<sup>87</sup>, merecedores también de tutela, que han de ser puestos en relación con la protección que el bien jurídico subyacente al tipo merece, limitándose así dicha protección, en función de la ponderación de todos los intereses concurrentes<sup>88</sup>.

§ 11. Ahora bien, cuando los bienes colectivos constituyen entidades macrosociales<sup>89</sup>, entonces su efectiva lesión o puesta en concreto peligro no puede lograrse muchas veces a través de una mera conducta individual<sup>90</sup>, sino mediante la reiteración generalizada de comportamientos que violan las reglas básicas que aseguran el sistema y su funcionamiento<sup>91</sup>. Debido a ello, actualmente suele aceptarse el planteamiento de Schönemann sobre la necesidad de recurrir a los llamados "delitos con bien jurídico intermedio espiritualizado"<sup>92</sup>, a través de los cuales pueden protegerse aquellos bienes jurídicos colectivos en los que la tipificación de una lesión o concreta puesta en riesgo es difícilmente imaginable, haciéndose incierta la determinación del grado de lesividad exigible a la conducta individual en relación con el bien colectivo.

Precisa Rodríguez Montañés que "aquí no se trata de anticipar la tutela de los bienes esenciales (*individuales*), sino de proteger *otros bienes (colectivos)* cuya peculiar naturaleza exige el empleo de esta técnica (...) Siendo así, es legítima la punición de toda realización típica sin necesidad de constatar la peligrosidad en relación con el bien inmaterial (*colectivo*) que mediatamente se protege, pues *formalmente estamos ante delitos de lesión (respecto del bien intermedio ...)* En cuanto a las exigencias del tipo subjetivo, es también irrelevante la referencia al bien jurídico (*colectivo*) mediatamente protegido: el dolo o la imprudencia del sujeto han de referirse sólo a los elementos típicos (...) sin necesidad de corrección alguna. Es suficiente con la lesión del objeto o bien «representante» (*o intermedio*) y con que el dolo o la imprudencia se refieran a ella"<sup>93</sup>.

<sup>83</sup>SCHÜNEMANN. "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte". En: JA. (1975) p. 576. GÓMEZ PAVÓN. El delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes. Barcelona; Bosch 1992, p. 104.

<sup>84</sup>PAREDES. El riesgo permitido, cit., p. 26.

<sup>85</sup>RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. Delitos de peligro, dolo e imprudencia. Madrid; UCM 1994, pp. 6-7.

<sup>86</sup>MAIWALD. "De la capacidad de rendimiento del concepto «riesgo permitido», para la sistemática del DP". Bogotá; Universidad Externado de Colombia 1996, pp. 11ss.

<sup>87</sup>Sin embargo, como se indicó, MÉNDEZ. Los delitos de peligro, pp. 34-35, considera que, en el terreno de los bienes jurídicos colectivos, la resolución de la conflictividad de los diversos intereses concurrentes puede arbitrase mediante la propia determinación del bien jurídico y al estructurar el tipo penal. De allí que sea sostenible un concepto formal de «riesgo permitido», como propone MAIWALD. "De la capacidad", cit., pp. 35ss.

<sup>88</sup>PAREDES. El riesgo permitido, cit., p. 517.

<sup>89</sup>p.e., la libre competencia, la salud pública, la estabilidad del ecosistema, etc.

<sup>90</sup>Por contra, ello sí puede suceder respecto de los bienes jurídicos colectivos reconducibles a bienes individuales, en cuyo caso los tipos incriminan conductas potencialmente lesivas p.e. para la vida o la salud de las personas, como ocurre en determinados delitos contra la seguridad del tráfico (art. 379ss. del CP), Vid. RODRÍGUEZ. Delitos de peligro, cit., pp. 299-300.

<sup>91</sup>Ibid., pp. 300-301.

<sup>92</sup>SCHÜNEMANN. "Moderne Tendenzen", cit., p. 798. Asume esta denominación, ROXIN. Strafrecht. AT. T I. München; C.H. Beck 1992, 11/126. JAKOBS. AT, cit., 6/88, se refiere a los "delitos que lesionan un objeto con función representativa", lo que parece más adecuado al erradicarse todo signo de «espiritualismo» del discurso dogmático.

<sup>93</sup>RODRÍGUEZ. Delitos de peligro, cit., pp. 300-301, cursiva entre paréntesis fuera de texto.

A mi juicio este punto de partida es esencialmente correcto, más no que de allí se pretenda sostener que la técnica más adecuada para tutelar los bienes jurídicos colectivos son los delitos abstractos de peligro a través de la tipificación de la afectación de un "bien intermedio con función representativa"<sup>94</sup>. Por contra, considero que esta acotación del bien colectivo o su mayor delimitación como bien intermedio para el ámbito de la tipicidad<sup>95</sup>, permite con mayor razón desterrar el uso de los tipos de peligro abstracto. Por cierto, aquellas conductas que afectan o lesionan directamente al bien intermedio equivalen, al menos, a una puesta en riesgo concreto del bien colectivo. En todo caso, los comportamientos que sólo ponen en riesgo al bien intermedio, es decir los que podría entenderse originan un peligro abstracto para el bien colectivo, deben controlarse a mi entender fuera del DP, dado que la relación con los bienes individuales es tan lejana o remota que no se justifica el merecimiento de pena, por lo que debe instrumentarse para tales supuestos la intervención del derecho Administrativo sancionador al no configurarse un bien jurídico-penal.

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

§ 13. Finalmente, en cuanto a los bienes colectivos, me interesa poner de relieve su relación con los denominados intereses difusos, cuya referencia en sectores específicos como la protección del ambiente<sup>96</sup>, y en general dentro del terreno penal económico<sup>97</sup>, constituye un lugar común de la ciencia penal contemporánea. No obstante, la determinación del concepto, límites y funciones de los intereses difusos no es clara en la doctrina, más aún cuando se pretende sostener diferencias ontológicas en relación con los bienes jurídicos colectivos, de cara a conocer si nos hallamos ante una dualidad innecesaria o más bien frente a dos realidades que sirven a fines diversos o complementarios. Como es ampliamente conocido, la noción de interés difuso o difundido<sup>98</sup> fue introducida en la ciencia jurídica por Sgubbi<sup>99</sup>.

Así identificaba Sgubbi aquél interés o aspiración difundida, es decir presente de modo informal y propagado a nivel masivo en determinados sectores de la sociedad, con un control sobre las posiciones jurídico-económicas dominantes, todavía excluidas a la participación, de modo que se trata de una estructura alternativa a la tradicional categoría de derecho subjetivo que ha informado al Derecho en general y también al DP, pues el bien jurídico no sería más que una sublimación e ideologización burguesa del concepto privatista de derecho subjetivo<sup>100</sup>.

<sup>94</sup>Lo que si defienden RODRÍGUEZ. Delitos de peligro, cit., pp. 301-302. FIANDACA. "La tipizzazione del pericolo". En: DDDP. (1984) pp. 455ss. Para el ámbito del DP económico, TIEDEMANN. Poder económico y delito, cit., p. 36. "Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität. T I: AT. Studium; Hamburg 1976, pp. 81ss., 86. "Wirtschaftsstrafrecht- Einführung und Übersicht". En: JuS. (1989) p. 691.

<sup>95</sup>En tal sentido, p.e. en los delitos contra el ambiente natural (arts. 325 y ss. del CP), no cabe duda que la protección del bien jurídico-penal estabilidad del ecosistema sería inútil si los tipos penales contemplaran directamente la lesión o el peligro de dicho bien, pues tal punto de partida obligaría a criminalizar conductas lo suficientemente graves para ello, es decir las catastróficas (lesión) o las encaminadas hacia tal meta (peligro), lo que sólo se lograría tipificando conductas omnicomprensivas, inciertas o vagas. Como ello no es conveniente político criminalmente, ni desde el punto de vista del principio de legalidad, es necesario tipificar los comportamientos en relación con bienes intermedios, o mejor dicho a través de aquellos objetos que en su interacción permiten la estabilidad del ecosistema: es decir el aire, el agua, los suelos, la flora y la fauna, Vid. CARO. La estabilidad del ecosistema", cit., pp. 217 y ss.

<sup>96</sup>SGUBBI. "Protección penal del medio ambiente en Italia". En: Protección internacional del medio ambiente y derecho ecológico. Bilbao; UPV 1987, pp. 162ss. En la misma publicación, CARBONELL MATEU. "En torno a los intereses de titularidad colectiva", pp. 215ss. DE LA CUESTA ARZAMENDI. "Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente". En: Documentación Jurídica. Vol 2. Nº 37-40. (1983) p. 879. PERIS RIERA. Delitos contra el medio ambiente. Universidad de Valencia 1984, p. 24.

<sup>97</sup>BUSTOS RAMÍREZ. "Perspectivas actuales del DP económico". En: Revista Peruana de Ciencias Penales. Nº 1. (1993) pp. 65ss.

<sup>98</sup>SERRANO MORENO. "El conflicto ecológico en el momento judicial del Estado de Derecho". En: JPD. Nº 25. (1996) p. 82 nota 10, precisa que la traducción correcta del italiano «diffusi» sería «difundidos» y no «difusos».

<sup>99</sup>SGUBBI. "Tutela penale di «interessi diffusi»". En: LQC. (1975) pp. 439-481.

<sup>100</sup>Ibid., pp. 439, 449 y 446. En similar dirección, la clásica S 2207/1978 de la Corte Suprema Italiana de Casación define los intereses difundidos como aquellos "que en relación al objeto protegido, a las características y a la particular naturaleza de la normativa concerniente, son inidóneos para ser considerados en el ámbito exclusivamente individual, pudiéndose pues referir al sujeto no ya como individuo, sino como miembro de una colectividad más o menos amplia, coincidente al límite con la generalidad de los ciudadanos, pudiendo así dar lugar a una

En la doctrina española, es también conocida la definición introducida por Lozano-Higuero y Pinto, según la cual difuso es el "interés de un sujeto jurídico en cuanto compartido -expandido- o compartible -expandible- por una universalidad, grupo, categoría, clase o género de los mismos; cuyo disfrute, ostentación y ejercicio son esencialmente homogéneos y fungibles, y que adolece de estabilidad y coherencia en su vinculación subjetiva, así como de concreción normativa orgánica en sus tutelas material y procesal"<sup>101</sup>.

§ 14. Ahora bien, descritas sólo a modo de ejemplo las anteriores definiciones, cabe poner de relieve que han sido varias e infructuosas las pretensiones doctrinales de diferenciar con certeza los intereses difusos de los colectivos, para lo cual se ha recurrido a variados criterios como la titularidad, el grado de organización, la divisibilidad del bien o su uso dentro de una rama del ordenamiento jurídico, entre otros<sup>102</sup>. No obstante, en la doctrina penal González Rus ha demostrado que las únicas diferencias entre ambas categorías son «formales», es decir de tratamiento jurídico, y no sustanciales, pues "sólo los intereses difusos que tienen una base organizada y directamente reconocible (colectivos) pueden llegar a tener reconocimiento y actuación jurídica, aunque sustancialmente y en su existencia prejurídica unos y otros son equivalentes"<sup>103</sup>.

De igual modo, precisa Pérez Alvarez que los "bienes jurídicos colectivos y difusos son en esencia equiparables y las diferencias observadas no son sino de carácter formal (...). En definitiva no hay una diferencia de concepto entre tales objetos jurídicos sino una diferencia referente al tratamiento jurídico, no sustancial o de tutela jurídica"<sup>104</sup>. Por tales motivos, Mateos Rodríguez-Arias entiende que si bien los intereses difusos surgen al margen de todo reconocimiento formal, en el momento en que se traspasa la situación puramente fáctica y el ordenamiento reconoce la existencia del interés difuso, estableciendo sus condiciones formales, éste se habrá convertido en un interés colectivo, de suerte que no es otra cosa que "el interés difuso jurídicamente reconocido"<sup>105</sup>. En similar línea, últimamente Bujosa Vadell, quien se ha enfrentado monográficamente al estudio procesal de los intereses de grupo, ha concluido que la distinción entre intereses colectivos y difusos es relativa y poco neta, "que en todo caso tendría solamente un valor descriptivo pero no trascendencia jurídica. Es sólo un dato exterior el que cambia, no nos añade nada, sólo tiene eficacia descriptiva. La diferencia está en que los intereses colectivos implican una mayor determinación que facilita la identificación del portador, allanándose de éste modo las dificultades para su protección"<sup>106</sup>.

§ 15. Empero, y sin perjuicio de reconocer la virtud de éstas opiniones, considero que en el ámbito penal material el valor de los intereses difusos debe medirse por su utilidad en el terreno dogmático. En tal sentido, considero que esta categoría carece de trascendencia para el DP<sup>107</sup>, pues no añade algo conceptualmente nuevo ni permite extraer consecuencias dogmáticas ciertas, sino más bien confusiones por su ambivalencia: por un lado, su semejanza con los bienes colectivos ha motivado infructuosos esfuerzos diferenciadores; y por otra parte constituye una concepción más bien opuesta al concepto material de bien jurídico-penal como ha demostrado Bustos Ramírez<sup>108</sup>.

Ciertamente, el concepto de interés difuso nació con Sgubbi como una categoría alternativa o superadora del concepto material de bien jurídico. De esta manera, se erigió para evadir la limitada concepción de «derecho subjetivo», especialmente los de propiedad e iniciativa

---

pluralidad de situaciones jurídicas análogas, con la consecuencia de que la disposición administrativa destinada a incidir sobre dichos intereses difusos no perjudica -en vía directa y actual- la esfera jurídica individual del sujeto", cit. por SERRANO. "El conflicto ecológico", cit., p. 82 nota 13.

<sup>101</sup> LOZANO-HIGUERO Y PINTO. La protección procesal de los intereses difusos. Madrid; Rufino Blanco 1983, p. 155.

<sup>102</sup> BUJOSA VADELL. La protección jurisdiccional de los intereses de grupo. Barcelona; J.M. Bosch 1995, pp. 98ss. ACOSTA ESTÉVEZ. Tutela procesal de los consumidores. J.M. Bosch 1995, pp. 38ss.

<sup>103</sup> GONZÁLEZ RUS. Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal. Madrid; Instituto Nacional de Consumo 1986, pp. 84-85.

<sup>104</sup> PÉREZ. Protección penal del consumidor, cit., pp. 49-50, citando a Federici.

<sup>105</sup> MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS. DP y protección del medio ambiente. Madrid; Colex 1992, pp. 37-39.

<sup>106</sup> BUJOSA. La protección jurisdiccional, cit., pp. 102-103, apoyándose en Trocker, Guercio, Mariani, Mazzacane, Virgilio y Sensale.

<sup>107</sup> Al margen de la que pueda sostenerse p.e. en el terreno procesal penal, en orden a salvar problemas de legitimidad procesal o relacionados con la idoneidad de las vías procesales y el valor de las sentencias, Vid. GIMENO SENDRA, GARBERÍ LLOBREGAT. "La protección procesal del medio ambiente". En: PJ. Nº 37. (1995) pp. 141ss. GERMÁN MANCERO. "La víctima en el proceso penal: la protección del interés colectivo y difuso a través de la personación de las asociaciones y grupos de víctimas en el proceso". En: CPC. Nº 55. (1995) pp. 239ss. Sin embargo, es posible evitar la dualidad colectivo/difuso e instrumentar una tutela unitaria desde perspectivas generales, como la de "intereses de grupo", y en todo el ámbito procesal, sea civil, penal, laboral o administrativo, Vid. BUJOSA. La protección jurisdiccional, cit., pp. 107ss.

<sup>108</sup> BUSTOS. "Los bienes jurídicos", cit., pp. 187-188.

económica, pues los intereses difusos se conciben como fruto de la articulación de una vasta exigencia política de satisfacción de necesidades esenciales y de participación en el proceso económico, por lo que se trata de una instancia de antagonismo a las posiciones económico-jurídicas dominantes, que expresarían una aspiración de igualdad y libertad sustanciales. Consecuentemente, el bien jurídico, dado su carácter liberal individualista, sería incapaz de aprehender dicho antagonismo, de servir a una concepción alternativa, de forma que resultaría necesaria una nueva conceptualización, que sería la de los intereses difusos<sup>109</sup>. Esta desconfianza frente al bien jurídico, según la cual éste sería un concepto meramente formal asentado en una visión burguesa del control penal, ha sido calificada por Bustos Ramírez como una crítica extra o metasisemática extrapolable por igual, p.e., a los principios de libertad e igualdad, nacidos también en el seno de la ideología burguesa, sin que por ello las posiciones «alternativas» hayan propuesto su erradicación, sino más bien la profundización de éstos para alcanzar un concepto material. Por ello, entiende Bustos que tampoco se trata de abandonar el concepto de bien jurídico porque surgió en una sociedad burguesa, "sino de sobrepasar sus límites formales para llegar a una concepción material de él"<sup>110</sup>, lo que bien puede lograrse mediante su articulación al modelo de Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 de la CE), de forma que el bien jurídico-penal, en su faceta colectiva o macrosocial, permita teórica y pragmáticamente satisfacer las nuevas necesidades o demandas sociales de protección, como se ha defendido aquí.

**§ 16.** De otra parte, debe también ponerse de relieve que la viabilidad del ambicioso proyecto de los intereses difusos, ha sido objeto de importantes críticas como las sostenidas por Portilla Contreras, para quien no es posible verificar en la realidad la existencia de una política alternativa de bienes jurídicos ni la posibilidad de un uso alternativo del Derecho<sup>111</sup>, como Sgubbi pretendía.

Portilla parte de constatar que la protección de los bienes colectivos, si bien se orienta a sancionar conductas funcionales con el sistema, como se evidencia p.e. en la criminalización de la contaminación ambiental, la ineficacia verificada en el plano de la criminalización secundaria nos acerca a la política habitual consistente en sancionar sólo las conductas disfuncionales, lo que impide sostener la presencia de una política alternativa<sup>112</sup>. De esta forma, concluye Portilla Contreras señalando que el proyecto de Sgubbi comete el error de separar la forma jurídica de la estructura económica, limitándose a operar no en las relaciones de producción sino en los agentes de distribución<sup>113</sup>.

**§ 17.** Pues bien, todas las críticas referidas demuestran la insuficiencia epistemológica del concepto de interés difuso, así como su incapacidad de dispensar una base sólida y cierta sobre la cual erigir una protección penal que, respetando el principio de mínima intervención, permita salvaguardar los intereses trascendentales en la sociedad. Por estos motivos, considero adecuado su destierro de la ciencia penal<sup>114</sup>, más aún porque la categoría de los bienes jurídicos colectivos, delimitados en términos de merecimiento y necesidad de pena, permite abordar con eficacia y garantismo la tutela de aquellos «intereses que pertenecen a todos y cada uno de los ciudadanos».

### III

**§ 18.** Descontando la relación teleológica o de complementariedad que, por razones de merecimiento y necesidad de pena, deben guardar los bienes jurídicos colectivos; su relativa liberación de los individuales, dada la necesidad de dispensarles una tutela autónoma, implica un conjunto de consecuencias directas en el tratamiento de múltiples instituciones<sup>115</sup>, entre las que cuenta la determinación de las reglas concursales aplicables a los delitos en donde la ejecución de

<sup>109</sup>SGUBBI. "Tutela penale", cit., pp. 439ss.

<sup>110</sup>BUSTOS. "Los bienes jurídicos", cit., p. 190.

<sup>111</sup>PORTILLA. "Principio de intervención mínima", cit., pp. 742.

<sup>112</sup>Ibid., p. 742. Precisa Portilla que la tesis de Sgubbi "adolece del defecto de basarse en una teoría como la del uso alternativo del derecho que olvida, que en la fase asistencial del Estado como período inherente al capitalismo tardío, los efectos de aquella tesis repercuten directamente sobre las mismas clases sociales a las que se pretende defender (...) si se considera que el ordenamiento jurídico es consecuencia de las relaciones de poder en el seno del aparato estatal, hablar de un uso alternativo del derecho como estrategia de lucha contra dichas relaciones, es ilusorio", p. 743.

<sup>113</sup>Ibid., p. 744.

<sup>114</sup>En igual sentido CARBONELL. "En torno a los intereses", cit., p. 216, para quien incluso "habría que plantearse si, en el fondo, no se ha tratado de restringir el ámbito de protección de los intereses colectivos, so pretexto de que se trataba de difusos".

<sup>115</sup>Especialmente para la técnica de los tipos de peligro, la ley penal en blanco y el riesgo penalmente permitido.

un comportamiento *ex-ante*<sup>116</sup> riesgoso para un bien jurídico colectivo, no sólo da lugar a la puesta en peligro, abstracto o concreto, de dicho bien, sino también a la realización *ex-post* de uno o más resultados lesivos para los bienes jurídicos individuales.

Como se adelantara, el problema se cifra en determinar si el delito de peligro que deviene en uno o más delitos de lesión debe tratarse como un caso de concurso de leyes o más bien como un supuesto de concurso de delitos, real o ideal<sup>117</sup>. La necesidad de superar esta problemática es evidentemente práctica, dado que la primera solución conduce a entender que se ha cometido un sólo delito, mientras que la segunda parte de afirmar la existencia de una pluralidad de hechos punibles<sup>118</sup>. Y esta diferencia se traduce en la determinación de la pena aplicable al autor del hecho, pues como regla general el concurso de delitos agrava la reacción penal.

Sin perjuicio de poder aplicarse las limitaciones previstas en los arts. 74-76 del CP, el art. 73 regula la pena del concurso real de delitos en virtud del principio de acumulación, según el cual la pena de cada delito se determina separadamente y luego se suman<sup>119</sup>. A su vez, estableciendo limitaciones en el pf. 3, el art. 77.2 sanciona el concurso ideal de delitos de conformidad con el principio de asperación, es decir con la pena del delito más grave, pero agravándola<sup>120</sup>. En la legislación peruana, el concurso ideal y real son penados de acuerdo con el principio de absorción, pues los arts. 48 y 50 del código penal, respectivamente, prevén la imposición de la pena establecida para el delito más grave, lo que sin duda no implica que, en sede de individualización judicial de la pena<sup>121</sup>, el mayor disvalor del concurso real respecto del ideal, y de estos respecto del mero concurso de leyes, pueda quedar reflejado mediante la mayor o menor pena que imponga el Juez dentro de los límites legalmente previstos. Adicionalmente, el pf. 2 del art. 48 establece el principio de combinación, aplicable tanto al concurso ideal y real, consistente en que las penas accesorias y medidas de seguridad puedan imponerse aunque la ley sólo la señale para uno de los delitos concurrentes. De otro lado, arribar a la conclusión de la existencia de un concurso de leyes o de normas tampoco es superfluo<sup>122</sup> pues, conforme con la moderna orientación de la doctrina alemana<sup>123</sup>, el precepto o preceptos desplazados podrán ser tenidos en cuenta, a determinados efectos, en

<sup>116</sup>Sobre la relevancia del juicio *ex-ante* para en un DP preventivo sustentado en la función motivadora de la norma, Vid. MIR PUIG. "La perspectiva *ex-ante* en DP". En: ADPCP. (1983) pp. 5ss.

<sup>117</sup>Aunque escapa al objeto de este estudio evaluar lo conceptos de concurso ideal y real de delitos, y del llamado concurso de leyes, de normas, aparente o unidad de ley, Vid. SANZ MORÁN. El concurso de delitos. Universidad de Valladolid 1986. CUERDA. Concurso de delitos, cit. CALDERÓN CEREZO. Unidad y pluralidad de delitos. Madrid; CGPJ 1995. MIR PUIG. DP. PG. 4ª ed. Barcelona; PPU 1996, pp. 652ss. MUÑOZ/GARCÍA. PG, cit., pp. 477ss. QUINTERO OLIVARES. Curso de DP. PG. Barcelona; Cedecs 1996, pp. 567ss. GONZÁLEZ CUSSAC. "Reglas especiales para la aplicación de las penas". En: Vives Antón (Coor). Comentarios al CP. Vol I. Valencia; Tirant lo Blanch 1996, pp. 415ss. COBO/VIVES. PG, pp. 691ss. CID MOLINE. "Notas acerca de las definiciones dogmática del concurso de delitos". En: ADPCP. (1994) pp. 29ss. JAKOBS. AT, cit., 31/1ss. JESCHECK. Tratado de DP. PG. Granada; Comares 1993, §§ 66ss.

<sup>118</sup>Debe advertirse que el legislador peruano, en el marco del código penal de 1991, ha adoptado ocasionalmente la perturbadora técnica de los delitos cualificados por el resultado, en virtud del cual establece una pena «agravada» cuando de la comisión de un delito de peligro se suscitan uno o más resultados lesivos para bienes individuales como la vida o la salud de las personas. Así ocurre p.e. en el delito de exposición a peligro de un incapaz seguido de lesión grave o muerte (art. 125 pf. 2) o en el ilícito de propagación de enfermedades peligrosas o contagiosas seguido de lesiones graves o muerte (art. 289 pf. 2). En semejante sentido se expresan, entre otros preceptos, los arts. 128 pf. 2, 275.1 y 3, 280 pf. 2, 286 pf. 2, 287 pf. 2, 305 *in fine* a y b. Esta técnica ha sido objeto de múltiples críticas, principalmente por constituir un rezago de la responsabilidad objetiva, opuesto al principio de culpabilidad. Antes bien, el código pretende decantarse por un sistema de responsabilidad subjetiva (art. VII) y en la mayoría de supuestos la descripción lesiva se asocia a la fórmula «y el agente pudo prever estos resultados», de lo que suele entenderse que la agravante configura un tipo mixto o preterintencional. No obstante, en otros casos se omite dicha fórmula de modo que la única interpretación posible, dado el sistema de «*numerus clausus*» en la tipificación de la imprudencia (art. 12 pf. 2) y la proscripción de la responsabilidad objetiva, es entender que el resultado debe alcanzarse dolosamente. Así sucede p.e. en el tipo agravado de contaminación ambiental (art. 305), en el que la cualificación por lesiones graves dolosas (3 a 6 años de privación de libertad) u homicidio doloso (4 a 8 años), curiosamente no agrava la pena del homicidio simple (art. 106, 6 a 20 años) o las lesiones graves (art. 121, 3 a 8 años), sino que la atenúa. Dada esta disfunción en el sistema de penas, me atreví a defender la tesis del concurso ideal de delitos entre el ilícito de contaminación agravada por resultado de muerte o lesiones graves, y los delitos de homicidio simple o lesiones graves, Vid. CARO. La protección penal del ambiente, cit., pp. 307-308. Sin embargo, hoy entiendo que dicha tesis, aunque materialmente permite que la pena refleje todo el disvalor del evento, formalmente se opone al *non bis in idem*. Con todo, existen muchos casos en que la legislación peruana acertadamente no instrumenta cualificaciones por el resultado, permitiendo el libre juego de las reglas del concurso de delitos o de leyes, de forma tal que el disvalor del suceso quede plenamente abarcado por uno o más injustos punibles.

<sup>119</sup>MUÑOZ/GARCÍA. PG, cit., pp. 484-487.

<sup>120</sup>Ibid., p. 483.

<sup>121</sup>En sentido estricto, es decir la decisión sobre el tipo y cantidad de pena que corresponde aplicar al autor de un hecho delictivo por la transgresión culpable de un precepto penal, Vid. DEMETRIO. Prevención general, cit., p. 54 (Cap. I/I.1.2).

<sup>122</sup>Así también, CUERDA RIEZU. "El concurso de delitos en el borrador del APCP90". En: ADPCP. (1992) pp. 861-863. En contra SANZ MORÁN. "El concurso de delitos en la reforma penal". En: Unidad y pluralidad de delitos, cit., p. 199.

<sup>123</sup>STRATENWERTH. DP. PG I. Madrid; Edersa 1982, nº 1195ss. JESCHECK. Tratado, §69 I/2.

combinación con el precepto preferente, e incluso podrán ser aplicados en defecto de éstos últimos<sup>124</sup>.

§ 19. La tesis del concurso de leyes es sostenida por un sector de la doctrina, especialmente en el ámbito de los delitos de peligro concreto. Se parte pues de considerar que el disvalor total del hecho, es decir la desvaloración del comportamiento *ex-ante* riesgoso y los resultados de riesgo y lesión comprobados *ex-post*, es plenamente abarcado por aquellos ilícitos consistentes en la lesión de bienes individuales, de forma que éstos subsumen el disvalor que subyace al delito de peligro, lo que explica la mayor pena que generalmente se prevé, p.e., para delitos como el homicidio o lesiones, respecto de los ilícitos contra la salud pública o la seguridad del tráfico. Consecuentemente, no existe un concurso de delitos sino uno de leyes que debe resolverse en concordancia con el principio de subsidiaridad<sup>125</sup>, es decir que se castigará únicamente el delito de lesión<sup>126</sup>.

Esta es la aparente solución que el art. 383 pf. 1 del nuevo CP<sup>127</sup>, heredero de la tradición del art. 340 bis c) del trCP<sup>128</sup>, prevé para el ámbito de los delitos contra la seguridad del tráfico, pues la ley parece apreciar un concurso de leyes que resuelve según el criterio de subsidiaridad<sup>129</sup>.

§ 20. Pues bien, contra la pretensión de generalizar esta solución se ha sostenido, correctamente a mi juicio, que la relación de subsidiaridad entre los delitos de peligro y los de lesión no puede afirmarse siempre<sup>130</sup>, sino sólo en los casos en que el bien o bienes puestos en riesgo sean los mismos que se lesionan, de forma que todo el disvalor del peligro<sup>131</sup> quede absorbido por la producción del resultado lesivo<sup>132</sup>. En tal sentido, el resultado de peligro previsto en un tipo penal sólo puede ser subsumido por el resultado de lesión tipificado por otro, siempre que ambos delitos protejan el mismo bien jurídico, individual o colectivo. Esto es, cuando el disvalor de resultado de

<sup>124</sup>MIR. PG, cit., pp. 668-669. GARCÍA ALBERO. «Non Bis in Idem» material y concurso de leyes penales. Barcelona; Cedecs 1995, pp. 195-206.

<sup>125</sup>El art. 8 del CP resuelve los casos de concurso de leyes mediante las reglas de especialidad (1ª), subsidiaridad (2ª), consunción (3ª) y alternatividad (4ª). Vid. MIR. PG, cit., pp. 669ss. Precisa JESCHECK. Tratado, cit., §69II/2, que el principio de subsidiaridad significa que un precepto penal sólo deberá aplicarse en el caso de que no intervenga antes otro, pues ambos "protegen el mismo bien jurídico en diferentes fases de ataque" (Honig). Este principio es directamente aplicable en el sistema penal peruano, dado que el código penal de 1991 inconvenientemente omite regular el concurso de leyes, a diferencia del código Maurtua de 1924 que al menos preveía en el art. 106 la regla de especialidad como principio de solución del llamado «concurso aparente de delitos».

<sup>126</sup>En igual sentido: GÓMEZ P. El delito de conducción, cit., p. 208. SANZ. El concurso, cit., p. 124. DIEZ RIPOLLÉS. "Los delitos calificados por el resultado y el art. 3 del PCP80 (II)". En: ADPCP. (1983) p. 107. MIR. PG, cit., p. 671. BACIGALUPO ZAPATER. Principios de DP. PG. 2ª ed. Madrid; Akal 1990, p. 276. BLEI. Strafrecht I. AT. Studienbuch. 18ª ed. de la obra iniciada por Edmund Mezger. München; C.H. Beck 1983, p. 360. BAUMANN/WEBER. Strafrecht. AT: Ein Lehrbuch. 9ª ed. Bielefeld; Gieseking 1985, p. 664. SCHMIDHÄUSER. Strafrecht. AT. Tübingen; J.C.B. Mohr 1984, p. 446. JAKOBS. AT, cit., 31/29. JESCHECK. Tratado, cit., §69II/2b. STRATENWERTH. PG I, cit., nº 1191. WESSELS. DP. PG. Buenos Aires; Depalma 1980, §17V/2. Antes bien, GEERDS. Zur Lehre von den Konkurrenz im Strafrecht. Hamburg 1961, pp. 165ss. y DELGADO GARCÍA. "Los concursos en el DP". En: LL. Vol 1. (1996) p. 1684, estiman que los supuestos de peligro concreto seguido de resultado lesivo deben resolverse mediante el principio de consunción, línea seguida por la STS de 20 de junio de 1989 al señalar que "La producción de un resultado lesivo propiamente dicho (...), casos de producirse operaría por consunción sobre el delito de peligro". Empero, a mi juicio sólo el fundamento de la subsidiaridad es capaz de explicar la captación por el tipo de lesión de todo el disvalor del suceso pues, como se verá luego, siempre que se trate del mismo bien jurídico el resultado lesivo prepondera ante el mero peligro. Así también: GARCÍA. «Non Bis in Idem», cit., p. 357 nota 133. BURGSTALLER. "Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht". En: JB. (1978) pp. 401ss.

<sup>127</sup>El art. 383 pf. 1 del CP establece: "Cuando de los actos sancionados en los arts. 379, 381 y 382 se ocasionara, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces y Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada ...".

<sup>128</sup>Antes art. 340 bis a) *in fine*. Vid. DIEZ. "Los delitos calificados", cit., p. 107 nota 90. ESCRIVÁ GREGORI. La puesta en peligro de bienes jurídicos en DP. Barcelona; Bosch 1976, pp. 119ss. Comentando el sentido del art. 340 bis c), BEJAR GARCÍA. "Concurso de leyes en DP". En: Unidad y pluralidad de delitos, cit., p. 19, señala que éste constituye un caso de subsidiaridad tácita, pues el delito de peligro concreto es subsidiario respecto al de lesión, salvo que el riesgo creado exceda del resultado dañoso producido.

<sup>129</sup>No obstante, HERNÁNDEZ. "Delitos de peligro", cit., pp. 125, comentando la norma del trCP señala que su fundamento puede ser diverso al de la subsidiaridad. Por ello CUERDA. Concurso de delitos, cit., p. 233, señala con razón que es insostenible la tesis de la subsidiaridad cuando la pena del delito de peligro sea más grave que la del tipo lesivo. También críticamente, GARCÍA. «Non Bis in Idem», cit., pp. 358-359.

<sup>130</sup>Como precisa GARCÍA. «Non Bis in Idem», cit., p. 358, "la mera plasmación expresa en el tipo de un resultado peligroso separado de la acción no habilita necesariamente a considerar un eventual desplazamiento en caso de lesión".

<sup>131</sup>Partiendo de la identidad de bienes jurídicos y centrándonos en el ámbito del disvalor de acción, se acepta mayoritariamente que el peligro creado por culpa -criminalizable sobre todo en la tutela de bienes colectivos- queda consumido por el delito imprudente de resultado, dado que la inobservancia del cuidado objetivamente debido es el objeto del disvalor de acción que, asociado al disvalor del resultado, integra el delito imprudente. Vid. CEREZO MIR. Curso de DP español. PG II. 5ª ed. Madrid; Tecnos 1997, pp. 176-177. Asimismo, es generalizada la concepción de que el dolo de lesión absorbe al mero dolo de peligro. Vid. RODRÍGUEZ. Delitos de peligro, cit., pp. 48ss., 103.

<sup>132</sup>PAREDES/RODRÍGUEZ. El caso de la colza, cit., pp. 237-238. HERNÁNDEZ. "Delitos de peligro", p. 118 nota 20. Refiriéndose a un concurso aparente, actualmente denominado concurso de leyes, BUSTOS RAMÍREZ. "Los delitos de peligro". En: Control social y sistema penal. Barcelona; PPU 1987, p. 335. ORTEGO COSTALES. "Bien jurídico: lesión y peligro". En: Estudios penales. Universidad de Salamanca 1982, p. 434. CORCOY. "Resultados de muerte", cit., p. 355. BACIGALUPO. Principios, cit., p. 276. JESCHECK. "Die Konkurrenz". En: ZStW. (1955) p. 535.

estos ilícitos se erige en función del mismo bien jurídico, pero con una diferencia de grado: peligro y lesión, respectivamente<sup>133</sup>.

En semejante línea de ideas, se ha sostenido que el desplazamiento del tipo de peligro sólo puede tener lugar cuando el riesgo y la lesión se refieren a los mismos sujetos<sup>134</sup> o al mismo objeto material de la acción, y pueda por ello erigirse el peligro como un estadio previo («*Vorstufe*») a la lesión, agotándose toda su potencialidad lesiva en ésta última<sup>135</sup>. En tal orden, se entiende debe excluirse la aplicación del concurso de leyes frente a los delitos de peligro abstracto por no aspirar directamente a la tutela de bienes individuales<sup>136</sup>, y también ante los delito de peligro concreto que no sean de naturaleza estrictamente individual<sup>137</sup>. Frente a esta ideas, considero que es más exacta la exigencia de identidad de bien jurídico pues lo relevante es determinar si el disvalor del peligro queda abarcado por el injusto de lesión, para lo cual es insuficiente el dato ontológico de la igualdad de objeto material o de sujetos, requiriéndose un baremo valorativo que lo proporciona la identidad de bien jurídico-penal. De otro lado, como se analizará luego, tampoco existe motivo para excluir a priori el concurso de leyes ante los tipos de peligro abstracto y concreto de naturaleza no individual, dado que si bien estas técnicas se orientan a proteger bienes colectivos, puede ocurrir que la aptitud lesiva, abstracta o concreta, sólo opere sobre los mismos bienes efectivamente lesionados, de modo que la desvaloración del riesgo se subsume totalmente en el injusto del tipo lesivo.

§ 21. No obstante, muchas veces puede suceder lo contrario, es decir que el peligro creado lo sea para un bien jurídico distinto de aquellos que resultan lesionados. De esta forma, y especialmente en la interacción que opera entre los bienes colectivos e individuales, si de la puesta en riesgo de los primeros resulta la lesión de los últimos, ello no significa que dicho riesgo *necesariamente* se haya agotado en la realización de los eventos lesivos contra esos intereses individuales, dado que puede permanecer la amenaza de que se lesionen bienes idénticos pertenecientes a otras personas e incluso otros diferentes a los ya vulnerados.

Así p.e., en los delitos contra la seguridad del tráfico, es común que la puesta en peligro recaiga sobre una pluralidad de bienes jurídicos, como la vida, la salud individual o la propiedad privada, mientras que luego la lesión sólo se produce en uno concreto<sup>138</sup>, p.e. el sujeto que conduce a velocidad excesiva y no respeta las luces rojas finalmente, luego de evitar varias colisiones con otros vehículos, atropella a un peatón causándole lesiones leves. A su vez, en el terreno de la responsabilidad por productos defectuosos, ha sido una constante que el ámbito del peligro logre superar el de las lesiones y muertes efectivamente producidas, por cuanto el riesgo recae sobre todo un colectivo del que sólo resultan lesionados algunos de sus miembros<sup>139</sup>. Así ocurrió en el caso de la colza, donde la STS de 23 de abril de 1992 hizo referencia a 300 muertos y 15.000 damnificados, sin embargo el riesgo creado para el colectivo indeterminado de consumidores continuó realizándose, tanto que a principios de 1995 los medios de comunicación cifraron las pérdidas humanas en 700 muertos y 20.000 damnificados<sup>140</sup>.

<sup>133</sup>CID MOLINE. "Notas acerca", cit., p. 46, pone en duda, sin razón a mi entender, la claridad del criterio de subsidiaridad, pues comprende que su aplicación resulta dudosa por la discusión dogmática acerca de si lo protegido en los delitos de riesgo son bienes individuales o bienes colectivos. Por contra, considero que esa falsa disyuntiva se encuentra actualmente superada tras interpretarse que los tipos de peligro pueden tutelar bienes individualizables, p.e. en los arts. 361 y 381 del CP que exigen la puesta en riesgo de la vida o la salud de las personas, pero también bienes colectivos como el delito de contaminación ambiental del art. 325 del CP. En igual sentido Vid. RODRÍGUEZ. Delitos de peligro, cit., pp. 299ss.

<sup>134</sup>CORCOY. "Resultados de muerte", cit., p. 339. Le sigue TERRADILLOS BASOCO. "El ilícito ecológico. Sanción penal-sanción administrativa". En: El delito ecológico. Madrid; Trotta 1995, p. 97. Para los casos de delitos imprudentes, HERNÁNDEZ. Delitos de peligro, cit., p. 119. Vid. las referencias de CARDENAL MONTRAVENTA. "Homicidio intentado y lesiones consumadas en el mismo sujeto pasivo: ¿concurso de leyes o concurso de delitos?". En: ADPCP. (1995) pp. 1009ss.

<sup>135</sup>GARCÍA. «Non Bis in Idem», cit., p. 357.

<sup>136</sup>Ibid., p. 357. JAKOBS. AT, cit., 31/29. GEERDS. Zur Lehre, cit., p. 213. BURGSTALLER. Die Scheinkonkurrenz, cit., p. 401. JESCHECK. Tratado, cit., §69II/2b.

<sup>137</sup>GARCÍA. «Non Bis in Idem», cit., p. 358. BURGSTALLER. Die Scheinkonkurrenz, cit., p. 401.

<sup>138</sup>CRAMER. En: Schönke/Schröder. StGB. Kommentar. 22ª ed. München; C.H. Beck 1985, § 315 b), nº 16 y § 315 c), nº 45. SILVA SÁNCHEZ. "Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la conducción suicida". En: Revista Jurídica de Castilla-La Mancha. Nº 7. (1989) p. 175 nota 67.

<sup>139</sup>PAREDES/RODRÍGUEZ. El caso de la colza, cit., p. 238.

<sup>140</sup>HASSEMER/MUÑOZ. La responsabilidad por el producto, cit., pp. 49-50 nota 1.



Por cierto, si se sostiene, como aquí, que los bienes colectivos deben guardar autonomía en relación con los individuales, sin perjuicio de la necesaria relación de complementariedad entre ambos<sup>141</sup>, entonces debe entenderse que en los delitos de riesgo que afectan a un bien jurídico colectivo aunque existe una finalidad de protección adelantada de los intereses de una pluralidad indeterminada de personas, dicha finalidad no se agota en el mero interés individual. En ese orden de ideas, la *ratio* de la protección del bien colectivo no se limita a la evitación de riesgos o lesiones para determinados bienes individuales, pues aunque tales lesiones se realicen subsiste, gracias al bien colectivo, la desvaloración del peligro, abstracto o concreto, al que fueron sometidos los bienes individuales no lesionados. Y dicha desvaloración no puede ser subsumida en el injusto de los tipos de lesión, limitados a una protección de orden microsociedad. Por lo tanto, la lesión particularizada de algunos de esos bienes jurídicos individuales amenazados no supone simplemente -como en los delitos de peligro individual- una progresión en la línea de ataque al bien jurídico y, en cuanto tal, un injusto más grave, sino distinto porque junto a la lesión inferida a esa víctima concreta hay que valorar la de la indemnidad de aquellas otras víctimas potenciales que podrían ser o han sido amenazadas por la conducta peligrosa del autor realizada contra el bien jurídico colectivo<sup>142</sup>.

Distinta sería la solución de apostarse por un entendimiento de los bienes jurídicos colectivos en el sentido que sostienen Hassemer, Padovani y Terradillos Basoco<sup>143</sup>. En efecto, señalar que tales bienes carecen de autonomía, equivaldría a erigir la prohibición penal en función de la lesión o puesta en riesgo de los bienes jurídicos individuales. Esa era, p.e., la técnica legislativa instrumentada, en el seno del trCP, para la criminalización del delito de contaminación ambiental prevista en el art. 347 bis, pues se exigía para la tipicidad que se "ponga en peligro grave la salud de las personas", lo que fue interpretado como la puesta en riesgo abstracto-concreto, o la creación de un riesgo hipotético para la salud individual de las personas<sup>144</sup>. Bajo esta comprensión, sería inevitable identificar los delitos que afectan al bien colectivo con la puesta en peligro de bienes individuales, lo que no sólo hace innecesario pensar en una dogmática de los bienes colectivos al carecer estos de un injusto propio, sino que además determinaría, en caso de resultado lesivo, que dicho peligro quede completamente absorbido por la lesión, operando por ende un mero concurso de leyes o de normas. De tal modo, la sola sanción como delito de resultado lesivo sólo puede obedecer a la falta de concienciación sobre la autonomía de los bienes jurídicos colectivos<sup>145</sup>.

**§ 22.** Por estas razones no puede establecerse como regla general que todo el disvalor del delito de peligro es siempre absorbido por el injusto del delito de lesión. Cuando así fuere bastará sin duda con aplicar las reglas de concurso de leyes, es decir el criterio general de subsidiariedad. No obstante, son también imaginables muchos casos en los que el disvalor del delito de peligro supera ampliamente al disvalor del delito de lesión, de modo que se generan injustos con perfiles distintos e inabarcables por uno sólo de ellos<sup>146</sup>, por lo que inevitablemente deberá instrumentarse la solución del concurso de delitos a fin de que todo el disvalor quede reflejado en la sanción penal y sin que por ello se vulnere el *non bis in idem*, pues cada delito concurrente fundamenta su injusto en un distinto disvalor<sup>147</sup>.

<sup>141</sup>Vid. supra II.

<sup>142</sup>MAQUEDA. "La idea de peligro", cit., p. 497.

<sup>143</sup>Así p.e. HERNÁNDEZ. Delitos de peligro, cit., p. 118, resuelve como concurso de leyes los supuestos en que, sin más, un bien jurídico es instrumental de otro.

<sup>144</sup>DE LA CUESTA AGUADO. Causalidad de los delitos contra el medio ambiente. Valencia; Tirant lo Blanch 1995, p. 111 nota 293.

<sup>145</sup>Similar, CORCOY. "Resultados de muerte", cit., p. 356.

<sup>146</sup>DOVAL. Delitos de fraude, cit., p. 366.

<sup>147</sup>A favor de esta solución se pronuncia la doctrina que podría considerarse dominante en esta materia, Vid. entre otros, MAQUEDA. "La idea de peligro", cit., p. 497. CORCOY. "Resultados de muerte", cit., pp. 336 nota 21, 338-339, 355ss. GÓMEZ B. Causalidad, cit., p. 105. GRACIA MARTÍN/DIEZ RIPOLLÉS. Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Valencia; Tirant lo Blanch 1993, p. 100. GARCÍA. «Non Bis in Idem», cit., p. 358. LUZÓN PEÑA. DP de la circulación. 2ª ed. Barcelona; PPU 1990, p. 243. "Conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas: concurso con el delito imprudente y posible degradación como imprudencia por culpa concurrente. (Comentario a la STS de 25-10-1988)". En: PJ. (1991) p. 150. SILVA. "Consideraciones dogmáticas", cit., p. 175 nota 67. ZUGALDÍA ESPINAR. Fundamentos de DP. 3ª ed. Valencia; Tirant lo Blanch 1993, p. 310. PAREDES/RODRÍGUEZ. El caso de la colza, cit., pp. 237-238. VARGAS. "Homicidios frustrados o en tentativa con dolo eventual: en el supuesto de los conductores suicidas". En: PJ. Nº 14. (1989) pp. 59ss. PÉREZ. Protección penal del consumidor, cit., p. 221. JAKOBS. AT, cit., 31/29. MAYER. Deutsches Strafrecht. AT. Lehrbuch. Heidelberg; Carl Winters 1915, p. 504. MEZGER. Tratado de DP. T II. Madrid; Revista de Derecho Privado 1957, p. 369. WELZEL. Das deutsche Strafrecht. 11ª ed. Berlin; W. de Gruyter 1969, p. 235. CRAMER. En: Schönke/Schröder. StGB. Kommentar. 24ª ed. München; C.H. Beck 1991, nº 129 antes de los §§ 53ss. ARZT/WEBER. Strafrecht. BT. LH2. Delikte gegen die Personem (Randbereich), Schwerpunkt: Gefährungsdelikte. Bielefeld; Gieseking 1983, p. 40ss. DREHER/TRÖNDLE. StGB und Nebengesetze. 46ª ed. München; C.H. Beck'sche 1993, nº 19, antes de § 52. LACKNER. StGB mit Erläuterungen. 20ª ed. München; Beck 1993, nº 33 antes del § 52. JESCHECK. Tratado, cit., §69II/2b.

En algunos casos la ley penal podría corroborar esta conclusión. Así, bajo el impero del trCP, la perturbadora regla del art. 348<sup>148</sup> servía para rechazar el argumento del concurso de leyes, pues se interpretó que su tipificación ponía de relieve no sólo que el disvalor del delito de peligro no quedaba absorbido por la producción de resultados lesivos, sino que la producción de la muerte a consecuencia de la realización del tipo de peligro daba lugar a una pena agravada respecto de la que resultaría de la aplicación del régimen concursal normal<sup>149</sup>. Algo similar ocurría con la regla del art. 89 de la Ley de Energía Nuclear 25/1964 de 24 de enero, que imponía la solución del concurso ideal ante la producción de resultados de muerte, lesiones o daños<sup>150</sup>. Por contra, otras veces la ley cierra la opción de aplicar las reglas del concurso de delitos, como sucede en el ejemplo de los delitos contra la seguridad del tráfico y el art. 383 pf. 1 del CP.

Lo contrario, o sea sancionar estos supuestos únicamente con la pena conminada para el delito de lesión de bienes individuales<sup>151</sup>, supondría castigar como iguales supuestos distintos, atentándose contra el principio de igualdad por no tenerse en cuenta que, junto a la lesión de tales bienes, coexiste la puesta en riesgo de un bien colectivo. A su vez, el desconocimiento del contenido de injusto distinto de estos comportamientos debe delezarse también por razones político criminales, pues la no sanción de dicho riesgo contradice la misión preventiva del DP, pues siempre habrá que esperar a la producción de catástrofes como el caso del aceite de colza para aplicar una pena que, en tal situación, sólo puede aspirar a la mera retribución por el hecho, lo que conculca el principio de culpabilidad. Lejos de ello, el castigo autónomo del delito del peligro revaloriza la función preventiva y se adecua al sentido del principio de culpabilidad. Adicionalmente, la agravación de la pena como producto de la aplicación de las reglas del concurso de delitos, deja sin justificación la presencia legislativa de los delitos cualificados por el resultado<sup>152</sup>.

§ 23. Planteado este panorama, el paso siguiente consiste en diferenciar los casos en que, pese a tratarse de bienes jurídicos distintos, el disvalor del delito de peligro queda abarcado por la desvaloración atribuible al delito de lesión. Dicho de otro modo, se trata de determinar los supuestos donde la puesta en peligro de un bien colectivo queda subsumida por los delitos de lesión que protegen bienes individuales, de modo que el hecho deba sancionarse de acuerdo con las reglas del concurso de leyes, es decir en virtud del principio de subsidiaridad. Sobre el particular, es posible concluir que ello es así cuando, dada la comisión de un delito de peligro contra un bien colectivo, el riesgo no tiene carácter general sino que se encuentra individualizado, de modo que al concretarse el único resultado lesivo posible<sup>153</sup>, no subsiste el riesgo de que pueda lesionarse otros bienes jurídicos, por lo que el disvalor del resultado de lesión consume ya el de la puesta en riesgo<sup>154</sup>.

Estos supuestos pueden denominarse de «*riesgo cerrado*», en contraposición a los casos en los que el peligro permanece «*abierto*», es decir cuando pese a operar la lesión, la posibilidad de afección de otros bienes no desaparece<sup>155</sup>. Ahora bien, para que el peligro quede consumido por la lesión, es preciso que éste quede «*cerrado*», pues por definición no habrá existido un peligro de carácter *general*, es decir de ámbito plural e indeterminado, sino de la clase *especial*<sup>156</sup>. Así ocurre precisamente en los llamados delitos de *peligro general individual*, que se caracterizan porque el riesgo existe para una pluralidad indeterminada de personas pero sólo una de ellas podría ser lesionada, de forma tal que el peligro queda cerrado con el ocasionamiento de la única lesión posible.

<sup>148</sup> Art. 348 del trCP: "Siempre que por consecuencia de cualquiera de los hechos comprendidos en los arts. anteriores (*delitos contra la salud pública y el medio ambiente*) resultara muerte, incurrirá el culpable en la pena de reclusión menor, además de las penas pecuniarias establecidas en los respectivos casos", cursiva y paréntesis fuera de texto.

<sup>149</sup> PAREDES/RODRÍGUEZ. El caso de la colza, cit., p. 238.

<sup>150</sup> DE LA CUESTA AGUADO. Respuesta penal al peligro nuclear. Barcelona; PPU 1994, pp. 303ss.

<sup>151</sup> En adelante, Vid. CORCOY. "Resultados de muerte", cit., pp. 356-357.

<sup>152</sup> HERNÁNDEZ. "Delitos de peligro", cit., pp. 121-122, señala que la solución del concurso de delitos permite excluir otras técnicas, entre las que cuentan las fórmulas cualificadas por el resultado, p.e. la del art. 348 del trCP antes mencionada.

<sup>153</sup> En general, siempre que el peligro, desde una consideración *ex-ante*, pueda realizarse sólo en resultados lesivos determinados, es decir uno o más de uno, pero siempre que anteladamente pueda conocerse y dominarse el como y el cuanto de tales resultados.

<sup>154</sup> STRATENWERTH. PG, cit., nº 1191-1192. JESCHECK. Tratado, cit., § 69II/2b. MAQUEDA. "La idea de peligro", cit., p. 497. MATEOS. DP y protección del medio ambiente, cit., p. 285. GARCÍA. «Non Bis in Idem», cit., p. 359. SERRANO GONZÁLEZ. "Los delitos de incendio en el nuevo CP". En: AP. Vol 2. (1996) p. 837.

<sup>155</sup> DOVAL. Delitos de fraude, cit., p. 367.

<sup>156</sup> Vid. en adelante, Ibid., pp. 318-326, 367-369.

Ello ocurre p.e. si el cocinero dolosamente añade un ingrediente nocivo sólo a uno de los platos de lo destinados a los clientes del restaurante, poniendo en peligro a cada uno de ellos, aunque sólo un comensal puede resultar dañado luego de la ingestión, lo que efectivamente ocurre al producirse una muerte. En el ejemplo, si bien es cierto que el riesgo afecta a la totalidad de clientes y por ende sería aplicable el tipo del art. 363.2 del CP (venta de comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud), no puede obviarse el dato de que la potencialidad del peligro es graduada o dominada por el autor, dado que la aptitud lesiva sólo podía realizarse en un único resultado de muerte dolosa, sancionado por el art. 138 que tipifica el homicidio. Por esta razón, considero que todo el disvalor, de acción y de resultado, del peligro queda abarcado por el disvalor inherente al tipo de lesión. De este modo, el cocinero no merece un trato distinto al del individuo que dispara sobre un multitud con el fin de matar indistintamente a cualquier persona, pues el hecho de que el peligro se realice aleatoriamente en la muerte del sujeto «x» del universo «U»<sup>157</sup>, no varía para nada la circunstancia objetiva de que este riesgo es inidóneo para lesionar a un número indeterminado de víctimas. Por estas consideraciones, debe descartarse la solución del concurso de delitos, pues sólo se ha configurado un concurso de leyes entre los tipos previstos en los arts. 363.2 y 138, predominando, por subsidiaridad, la aplicación del último al abarcar el disvalor total del hecho.

La misma solución merecen los casos de *peligro especial individual*, es decir aquellos en los que existe peligro para una pluralidad de personas seleccionadas o determinadas por el autor, de las que solamente puede ser lesionado un sujeto indeterminado. En estos supuestos, dado que el peligro queda «cerrado», éste es absorbido o subsumido por el resultado lesivo, razón por la cual no es posible argumentar un concurso de delitos sino un mero concurso de leyes o normas<sup>158</sup>.

Así sucede p.e. cuando el empleador por falta de dinero omite dotar de los implementos necesarios para la seguridad del trabajador que ocupará el puesto de limpiaventanas de altura (art. 316 CP), lo que permite que el sujeto posteriormente asignado a dicha labor sufra lesiones irreversibles. En tal supuesto, existe un pluralidad determinada de personas (sólo los trabajadores de la empresa) que pudo verse sometida al riesgo creado por el empleador, pero sólo quien fue seleccionado para la labor padeció el único riesgo y el único resultado lesivo posible, mientras que los demás se mantuvieron indemnes. Como en el ejemplo anterior, no es posible sancionar aquí más allá de aquello que pudo dar lugar al único daño, dado que pretender criminalizar la puesta en riesgo de una pluralidad de personas de la que sólo una pudo ser lesionada, sería intentar fundamentar el injusto del delito de peligro en la mera intranquilidad de otros bienes que, en ningún caso, pudieron resultar lesionados<sup>159</sup>.

**§ 24.** Un caso especial es el de los delitos de *peligro especial colectivo*, en los que se amenaza a una pluralidad determinada de personas de la que varias o todas son susceptibles de lesión, p.e. el caso del pirómano que conociendo de la existencia de personas en el interior de un edificio, lo incendia (art. 351 CP). Aquí, si la lesión opera sobre todas las personas puestas en riesgo, entonces el peligro queda «cerrado», de forma que ni siquiera debería plantearse un concurso de leyes sino que directamente se aplicaría el delito de lesión<sup>160</sup>. No obstante, puede suceder que de las personas escogidas por el autor para poner en peligro, sólo algunas resultan lesionadas, de modo que el riesgo quedaría «abierto» y por ende habría de resolver el caso, en principio, mediante las reglas del concurso ideal de delitos: delito de peligro y delito de lesión de bienes individuales<sup>161</sup>.

Empero, esta última solución no sería adecuada, pues a pesar de ser «abierto» no nos hallamos ante un peligro general, sino especial dado que el autor ha seleccionado a los sujetos a poner en riesgo, por lo que pudo prever la puesta en riesgo de los bienes individuales de esa pluralidad determinada de personas. Por ello, cabe resolver el supuesto sancionándolo como delito consumado -homicidio, lesiones, daños- respecto de los bienes individuales lesionados, en concurso ideal con el delito en grado de tentativa respecto de los bienes individuales puestos en riesgo a través del peligro que quedó «abierto»<sup>162</sup>.

<sup>157</sup> Debe tenerse en cuenta que la norma primaria subyacente al tipo de homicidio tiene por objeto determinar o evitar la lesión del bien jurídico vida «en abstracto», es decir de cualquier persona en cualquier circunstancias, aún si es aleatoria o cierta.

<sup>158</sup> Cercano, HERNÁNDEZ. Delitos de peligro, cit., p. 138.

<sup>159</sup> DOVAL. Delitos de fraude, cit., p. 324.

<sup>160</sup> Así, en el ámbito del delito de incendios, MUÑOZ CONDE. DP. PE. 11ª ed. Valencia; Tirant lo Blanch 1996, p. 537.

<sup>161</sup> Favorable a tal solución, Ibid., p. 537. MAQUEDA. "La idea de peligro", cit., p. 498 nota 72.

<sup>162</sup> Similar, HERNÁNDEZ. Delitos de peligro, cit., p. 119.

§ 25. Decantados los anteriores supuestos de peligro «cerrado», es posible identificar ahora el grupo de casos en los que el riesgo, pese a realizarse en un resultado lesivo, permanece aún «abierto», de modo que su desvaloración no puede ser abarcado por el injusto del tipo de lesión. Se trata de los llamados delitos de *peligro general colectivo*, en los cuales el riesgo amenaza a una pluralidad indeterminada de personas, de la que un número también indeterminado de ellas es susceptible de lesión. A este grupo pertenecen los hechos que motivaron jurisprudencias famosas como las sentencias de la colza, *Holzschutzmittel* y *Lederspray*, pues al margen de las lesiones o muertes que se atribuyeron al consumo de productos defectuosos<sup>163</sup>, no cabe duda que el resto de personas que utilizaron el producto sin sufrir daños para su vida o salud, estuvieron sometidas a ese riesgo general colectivo. Y evidentemente, dicho riesgo masivo desborda ampliamente el injusto de las lesiones individuales u homicidio, que tutelan más bien relaciones microsociales, razón por la cual la única forma de que el disvalor total del suceso quede reflejado en la pena a imponerse, en el llamado «marco penal concreto»<sup>164</sup>, es aplicando las reglas del concurso de delitos<sup>165</sup>.

A mi juicio la solución del concurso de delitos debe operar indistintamente de si el peligro exigido por el tipo es abstracto o concreto<sup>166</sup>. En los primeros, según las actuales orientaciones que reivindican para éste un «disvalor potencial de resultado» y por ende una «lesividad posible», la base mínima para la tipicidad está constituida por la realización de un comportamiento *ex-ante* peligroso, de manera que si *ex-post* sobreviene un resultado de peligro concreto o de lesión en este caso, ello no impide afirmar que se ha consumado el delito abstracto de peligro y -des- valorarlo independientemente pero a la vez en conjunto con el resultado lesivo a través de las reglas del concurso de delitos<sup>167</sup>. Lo mismo sucede con los delitos de peligro concreto, en los que la lesión constituye la realización de ese peligro real susceptible también de una desvaloración independiente.

Ahora bien, aún queda por determinar si nos hallamos ante un concurso ideal o real de delitos. En tal sentido, la alternativa del concurso ideal es sostenida actualmente por la doctrina mayoritaria<sup>168</sup>, pero a mi juicio no parece tan evidente que todos estos supuestos obedezcan al esquema de la unidad de acción y pluralidad de resultados -de peligro y lesión-, sobre el que descansa la lógica del concurso ideal<sup>169</sup>. Efectivamente, considero que en determinados casos la realización del tipo por imprudencia conciente o inconciente puede tener relevancia en la decisión a favor del concurso ideal o real<sup>170</sup>.

Así p.e., en el ámbito del delito alimentario nocivo, si al adulterar un producto destinado al comercio alimentario (art. 364.1 CP), el autor advierte el posible peligro que crea con su comportamiento (culpa conciente), pese a lo cual procede a la venta del producto, conociendo por ende del riesgo que origina para la vida o la salud de los consumidores, existe entonces tanto una doble y distinta infracción del deber objetivo de cuidado, como también una doble infracción real y no ideal del deber subjetivo de cuidado y, en consecuencia, dos hechos típicos y no uno sólo, configurándose un concurso real. Un tratamiento distinto merecería el mismo sujeto si realiza los dos comportamientos -adulteración y venta- con imprudencia inconciente, dado que es común a ambos la infracción del deber subjetivo de cuidado, por lo que la solución adecuada será la del concurso ideal.

<sup>163</sup>En general sólo mediante leyes fenoménicas probabilísticas, lo que dio lugar en cada momento a un intenso debate pericial sobre las posibles secuelas del consumo del producto en cuestión, Vid. HASSEMER/MUÑOZ. La responsabilidad por el producto, cit., pp. 87ss., 140ss.

<sup>164</sup>DEMETRIO. Prevención general, cit., p. 53 (Cap. I/1.1.1).

<sup>165</sup>CORCOY. Resultados de muerte, cit., p. 339. MAQUEDA. "La idea de peligro", cit., p. 497. HERNÁNDEZ. Delitos de peligro, cit., p. 138. ZUGALDÍA. Fundamentos de DP, cit., p. 138. TERRADILLOS. "El ilícito ecológico", cit., p. 97. BELTRÁN BALLESTER. "El delito ecológico". En: PJ. N° especial IV. (1988) p. 106. MATEOS. DP y protección del medio ambiente, cit., p. 285. SERRANO. "Los delitos de incendio", cit., p. 837.

<sup>166</sup>MAQUEDA. "La idea de peligro", cit., p. 497.

<sup>167</sup>En opinión de JESCHECK. Tratado, cit., §69II/2b, los delitos de peligro abstracto, bajo la perspectiva del hecho previo, nunca será subsidiario frente al delito de lesión, pues conserva relevancia propia atendiendo a su dirección de ataque contra la colectividad. Así también JAKOBS. AT, cit., 31/29. MIR. PG, cit., p. 671. GARCÍA. «Non Bis in Idem», cit., pp. 358-359.

<sup>168</sup>En esa orientación, p. e., Vid. MAQUEDA. "La idea de peligro", cit., p. 497.

<sup>169</sup>SANZ. El concurso, cit., pp. 143ss. MUÑOZ/GARCÍA. PG, cit., pp. 480-484. QUINTERO. PG, cit., pp. 573-574. GONZÁLEZ CUSSAC. "Reglas especiales", cit., pp. 438ss.

<sup>170</sup>CORCOY. "Resultados de muerte", cit., p. 357. Con todo, un sector defiende la existencia de una parte subjetiva del tipo de concurso de delitos, así MIR PUIG. "Sobre el tipo subjetivo del concurso de delitos". En: ADPCP. (1987) p. 208.

**§ 26.** Siempre que el peligro quede «abierto», en los casos con pluralidad de resultados lesivos, con mayor razón que en los eventos con lesión única o determinada, debe afirmarse la tesis del concurso de delitos y no de leyes, dado que el peligro creado por la conducta tampoco se agota con la realización de todos los resultados lesivos, sino que permanece respecto de los bienes no destruidos o menoscabados. No obstante, queda también por decidir si en tales casos debe apreciarse un concurso de delitos real<sup>171</sup> o ideal<sup>172</sup>. También la evaluación del elemento típico subjetivo puede influenciar la calificación del suceso, pues además de los criterios clásicos que diferencian el concurso real e ideal, el dato de hallarse o no frente a una conducta realizada con imprudencia conciente o inconciente puede condicionar la solución<sup>173</sup>.

Así, en casos de culpa conciente, la alternativa del concurso real es la más adecuada, sobre todo en supuestos como el de la adulteración de alimentos (art. 364.1 del CP) en el que su venta, previendo la nocividad, no se realiza en un único momento, sino en varios que crean peligros independientes de efectiva lesión para el consumidor. Lo contrario ocurre en los supuestos de imprudencia inconciente, aquí el fundamento de la infracción del deber subjetivo de cuidado es único, lo que hace más adecuado su tratamiento como concurso ideal de delitos.

**§ 27.** Como resumen de lo expuesto en esta parte, debe resaltarse que la decisión a favor de una u otra modalidad concursal en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo, en general depende de que se hayan lesionado o no distintos bienes jurídicos y de que el disvalor de una de las infracciones aprehenda o no todo el disvalor de los hechos concurrentes. En tal sentido, existe concurso de leyes cuando el peligro y la lesión operan sobre el mismo bien jurídico. Asimismo, pese a que los bienes sean distintos, si el riesgo queda «cerrado» tras la lesión, como sucede en los supuestos de peligro general individual y peligro especial individual, se configura también un mero concurso de leyes dado que el disvalor del delito del peligro queda absorbido por el disvalor subyacente al delito de lesión. En los casos de peligro especial colectivo, si el peligro queda «abierto», entonces opera un concurso ideal entre los delitos de lesión que afectan bienes individuales, y los delitos en grado de tentativa respecto de los otros bienes individuales puestos en riesgo por ese peligro «abierto». A su vez, en los delitos de peligro general colectivo la solución adecuada es la del concurso de delitos, que si bien en muchos supuestos puede ser ideal, cuando el autor realice el peligro con culpa conciente la alternativa más adecuada es la del concurso real de delitos. Finalmente, los supuestos con pluralidad de resultados lesivos deben resolverse en general como concurso ideal de delitos, mientras que los casos de culpa conciente merecen el tratamiento del concurso real.

---

<sup>171</sup>Es favorable a esta alternativa MIR. PG, cit., pp. 661-662. "El delito de coacciones en el CP español". En: Revista Jurídica de Cataluña. (1977) pp. 811-812, para quien en los casos de concurso homogéneo "no concurre un sólo hecho, sino tantos hechos como resultados dolosamente producidos". En similar perspectiva SILVA. "Consideraciones dogmáticas", cit., p. 160 nota 23, COBO/VIVES. PG, cit., p. 699. Vid. los comentarios de JOSHI JUBERT. "Unidad de hecho y concurso medial de delitos". En: ADPCP. (1992) p. 626. En Alemania, el § 52 del StGB, que regula los supuestos de concurso ideal incorpora expresamente el concurso homogéneo y heterogéneo, lo que reconoce la doctrina mayoritaria, Vid. JESCHECK. Tratado, cit., §67II/1

<sup>172</sup>En ese sentido, SANZ. El concurso, cit., pp. 140, 147ss. PAREDES/RODRÍGUEZ. El caso de la colza, cit., p. 240.

<sup>173</sup>CORCOY. "Resultados de muerte", cit., p. 358.