

**ALGUNAS CONSIDERACIONES
SOBRE EL BIEN JURIDICO TUTELADO
EN LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACION DEL TERRITORIO
EN EL NUEVO CODIGO PENAL ESPAÑOL**

por

Diego Sylva Forné

Sumario

I. Precisiones previas. II. Nociones sobre el concepto de bien jurídico. 1) Breve sinopsis de su evolución. 2) Planteos actuales: a) concepciones de carácter formal; b) concepciones materiales; b.1.) teorías de fundamento constitucional; b.2) teorías de origen sociológico. 3) Funciones del bien jurídico. 4) Los bienes jurídicos colectivos. III. El bien jurídico protegido en los delitos sobre la ordenación del territorio: 1) Conceptos conexos. 2) Discusión sobre el bien jurídico tutelado. IV. Consideraciones político-criminales: 1) Antecedentes. 2) El derecho vigente.

I PRECISIONES PREVIAS

La ciencia penal contemporánea considera en su amplia mayoría como misión del Derecho Penal, la tutela de bienes jurídicos; en particular, su protección se despliega frente a las agresiones más graves de que son éstos objeto (1), ya que también en los restantes sectores del ordenamiento jurídico cabe la salvaguarda de los mismos (2).

Previamente al abordaje del tema que nos ocupa, debemos determinar qué contenido y funciones asignaremos a este concepto, pues la delimitación que se haga del mismo marcará el perfil del análisis que pretendemos llevar a cabo, al aproximarnos a la problemática del bien jurídico protegido en los delitos sobre la ordenación del territorio.

Tras ello, nuestra tarea se circunscribirá a la determinación de cuál es el bien jurídico tutelado en el Capítulo I del Título XVI del Código Penal vigente, así como a la consideración

(1) Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I Introducción*, 5a. edición, Tecnos, Madrid, 1996, p. 13 nota 2; Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, parte general*, 4a. edición, Barcelona, 1996, p. 91; Hassemmer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 116.

(2) Partimos de un concepto amplio de "bien jurídico", en el entendido de que no es una noción exclusivamente penal, sino que su protección -como decíamos- corresponde a la totalidad del ordenamiento jurídico. La ley penal tutelaré a los mismos en aquellas situaciones en que su lesión o puesta en peligro no pueda ser evitada por otros mecanismos menos agresivos que la coacción punitiva del Estado. En este sentido, optamos por un concepto liberal del Derecho Penal, de carácter fragmentario y -dada su característica de instancia formalizada de control social especialmente gravosa- sólo aplicable como última *ratio*.

de la oportunidad de su incorporación a la normativa penal, desde una perspectiva político-criminal.

II. NOCIONES SOBRE EL CONCEPTO DE BIEN JURIDICO

1) Breve sinopsis de su evolución

Como pone de manifiesto Rudolphi (3), los penalistas del siglo pasado tuvieron entre sus objetivos la elaboración conceptual del contenido material que corresponde a todo delito, a fin de crear límites al legislador.

A partir de conceptos elaborados por el pensamiento de la Ilustración, Feuerbach ubicará como núcleo del delito la afectación de derechos subjetivos, en forma coherente con la ideología política contractualista de la época, tutelar de los derechos de los ciudadanos (4). Si la única tarea legítima del Estado era —en virtud del contrato social, como decisión conjunta de los hombres— la protección de los derechos de éstos y los suyos propios para la realización de sus fines éticos (definidos en el propio contrato) el núcleo material de los delitos aparece conformado por la lesión de derechos subjetivos. Con ello se establece una pauta limitadora de la coacción penal legislada; en particular, el pensamiento racionalista ilustrado acotará el *ius puniendi* estatal a la exclusiva protección de derechos subjetivos (5) como reacción al Estado absoluto y su punición de conductas presuntamente lesivas de la Moral y la religión (6).

Es con Birnbaum que se perfila esta nueva categoría conceptual, al sostener que el delito no lesiona derechos subjetivos sino bienes; como ha señalado Bustos, el mérito principal de este autor pasa por extraer el enfoque del delito de una perspectiva que atendía al ataque a un derecho como pura subjetividad, trasladando así el acento desde lo individual al objeto de protección del Derecho (7).

Cabe destacar, sin embargo, que en su origen la noción de bien jurídico permitió sustentar la incorporación al catálogo delictivo secularizado de delitos contra la honestidad y la religión que precisamente los iluministas habían querido dejar fuera del Derecho Penal; por ello, no sería correcto sostener que la teoría del bien jurídico sea la continuación lógica de los propósitos limitadores del legislador sustentados por el pensamiento de la Ilustración, sino más

(3) Rudolphi, Hans Joachim, "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico" en *Nuevo pensamiento penal, Año IV*, (traducción de Enrique Bacigalupo) Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 330.

(4) Muñoz Conde, Francisco, Prólogo a la obra de Hernán Hormazabal: *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, P.P.U., Barcelona, 1991, p. III.

(5) Hormazabal Malaree, Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, P.P.U., Barcelona, 1991, p. 17.

(6) Así, la desaparición en el Código de Baviera de 1813 de la herejía y la blasfemia como delitos; véase en Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 244.

(7) Bustos Ramírez, Juan, "Los bienes jurídicos colectivos" en *Estudios de Derecho Penal en homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, No. 11*, Madrid, 1980, p. 150.

bien, "el precio pagado de buen grado por Birnbaum en favor del momento dogmático y en detrimento del crítico" (8); ello no quita relevancia alguna a la evolución experimentada en la ciencia penal a partir de este concepto, sino que la sitúa precisamente en su coyuntura histórica.

Con Von Liszt el concepto va a alcanzar un papel predominante, quien va a sostener que el bien jurídico es un interés jurídicamente protegido, previo al ordenamiento jurídico, creado por la vida (9). Su postura, liberal, parte de la base de que el Derecho existe por voluntad humana, por lo que el fin del Derecho Penal no puede ser otro que la protección de intereses humanos vitales; estos intereses, al ser prejurídicos, son elevados a la categoría de bienes jurídicos precisamente cuando son protegidos por el Derecho. De esta forma, el núcleo material de este concepto es independiente del derecho vigente, por lo que es idóneo para ponerle límites al legislador (10); concebidos como intereses preexistentes a la norma, no van a ser ya inherentes sin más a la entidad estatal (11).

Este autor polemizará con Binding, dado que si bien su planteo positiviza el bien jurídico al convertirlo en una condición vital de la comunidad estatal, éste sigue siendo —como ya referimos previo a su reconocimiento positivo; mientras que para Binding bienes jurídicos serán "personas, cosas o estados que sean condición efectiva para una sana vida en común", pero quedando *establecidos* por la norma (no reconocidos por ella), no habiendo posibilidades de fijar sus bases más allá del Derecho o del Estado. Se enfrentarán así un positivismo-naturalístico de raíz liberal (que junto con el concepto del iluminismo, son pre-legales) con un positivismo jurídico (12) que va a formalizar el concepto (13).

Posteriormente otros autores desarrollarán posturas más escépticas de cara a una noción material de bien jurídico. Así, Honig afirmará que es un concepto no suficientemente determinado frente a las exigencias "que la dogmática de la ciencia del derecho requiere para sus conceptos fundamentales: la exigencia de que el concepto expresado en palabras determine en forma unitaria y exhaustiva la esencia de los hechos vitales que caen bajo tales expresiones" (14); para este autor, al ser el bien jurídico inaccesible a una determinabilidad material, va a quedar reducido a "el fin que ha reconocido el legislador en las prescripciones penales, en su más breve formulación" (15).

(8) Angioni, F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Sassari, 1980, p. 23.

(9) Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, (trad. de la 20a. Ed. alemana de Luis Jiménez de Asúa), Reus, Madrid, 1927, p. 2.

(10) Rudolphi, ob. cit., p. 334.

(11) Portilla Contreras, Guillermo, "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos" en *Cuadernos de política criminal*, No. 39, Edersa, Madrid, 1989, p. 724.

(12) Zaffaroni, ob. cit., p. 249.

(13) Lo importante para Binding será el carácter formal de la norma, que es una regla de obediencia ("en la superficie de la desobediencia se esconde la lesión del bien como núcleo"); la teoría del bien jurídico va a quedar entonces absorbida por la teoría de la desobediencia (teoría de la norma) por lo que todo aquello que esté más allá del derecho positivo y de esta lesión al derecho subjetivo del Estado, no va a interesar (perdiendo entonces su carácter limitador); en Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 3ª edición, Ariel, Barcelona, 1989, p. 47.

(14) Transcripto por Rudolphi en ob. cit., p. 330.

(15) Idem, p. 331.

Se crea así un concepto de bien jurídico formal —despojado de todo sustrato material— lo que va a conducir a que Honig entienda como objeto de protección de la norma penal a la “síntesis categorial con la cual el pensamiento jurídico intenta captar el sentido y el fin de las prescripciones penales particulares” (16); tal concepción (que ha sido denominada por algún autor —a nuestro juicio acertadamente como teleológico-sistemática, ya que al considerar que no existen los bienes jurídicos reales el concepto se vacía, quedando de él solamente una función que ayuda a la interpretación) conduce a la mimetización del bien jurídico con la finalidad perseguida por el legislador, como mera guía para el intérprete (17). Esta elaboración abstracta, si bien constituye un principio metodológico para la interpretación de los tipos penales, abandona —razón fundamental de su génesis— su incidencia en el ámbito de la dogmática, ya que como concepto puramente formal (disponible por ende para cualquier contenido material) no es idóneo para permitir una descripción del núcleo material de lo injusto de los delitos, ni para poner límites al legislador (18). En este sentido, se ha sostenido con razón que con tal criterio queda abierto un camino con el que legitimar la arbitrariedad del legislador, pues siempre podrá afirmarse que en la creación de cualquier precepto penal se tutela un bien jurídico, ya que es claro que de toda actuación legislativa podrá predicarse que obedece a una finalidad determinada (19).

La reducción del concepto a un papel meramente sistemático y metodológico (no lo llamaríamos “interpretativo”, en un sentido acabado del término) va a dejar la puerta abierta a nuevas concepciones aún más disolventes que vienen de la mano de posturas autoritarias. A partir de concepciones positivistas extremas, se llegará luego a concebir al delito como mera infracción al deber, hasta tal punto que de la mano de las ideas de sentimiento nacional y de interés del Estado, el pensamiento penal del nacional-socialismo prescindirá del concepto del bien jurídico (20), fundamentando un Derecho Penal de autor (21).

Desde una nueva perspectiva, Welzel va a considerar bien jurídico a todo estado social deseable que el Derecho quiere resguardar de lesiones; para ello, hace hincapié en la idea de que la misión del Derecho Penal es la tutela de los bienes jurídicos a través de la protección de los valores ético-sociales de la acción más elementales (22); si bien este planteo expuso su tesis a críticas en el sentido de sostener una visión etizante del Derecho (23), tales cuestionamientos —no carentes de fundamento— han sido matizados contemporáneamente

(16) Rudolphi, ob. cit., p. 332; Zaffaroni, ob. cit., p. 249. Hemos optado por transcribir la traducción de Honig que en el artículo del primero hace Bacigalupo, por resultarnos de mayor claridad.

(17) Zaffaroni, ob. cit., p. 249.

(18) Rudolphi, ob. cit., p. 332.

(19) Boldova Pasamar, Miguel Angel, *El bien jurídico protegido en los delitos de falsedad documental*, inédito, p. 13.

(20) Zaffaroni, ob. cit., p. 246; Portilla Contreras, ob. cit., p. 725.

(21) Polaino Navarrete, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho Penal*, Anales de la Universidad Hispalense No. 19, Sevilla, 1974, p. 296.

(22) Welzel, Hans, *Derecho Penal alemán, Parte general*, (traducción de la 11ª edición alemana por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez), 4ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 5.

(23) Fernández, Gonzalo - “Bien jurídico y principio de culpabilidad” en *Ensayos sobre culpabilidad*, Colección jurídica y social No. 32, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1994, p. 54.

(24). Hassemer y Muñoz Conde han señalado en referencia a la posición de este autor, que el Derecho Penal tiende al fortalecimiento y garantía de los valores ético-sociales de la acción, pero para ello debe actuar sometido a principios infranqueables como son el de legalidad y el de protección de bienes jurídicos, los cuales son, asimismo, valiosos desde esa perspectiva (25).

2) Planteos actuales

Contemporáneamente, la discusión en torno a la naturaleza y papel del bien jurídico en la ciencia penal sigue abierta. Si bien mayoritariamente se considera que la misión que le cabe cumplir al Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, existen importantes divergencias, ya que el contenido que se le asigne al concepto es esencial para la determinación de sus funciones; así distinguimos entre quienes conciben a la noción de bien jurídico dotada de una dimensión material, y quienes le asignan un carácter meramente formal.

a) Concepciones de carácter formal

Haremos hincapié básicamente en los parámetros que maneja el funcionalismo sistémico; esta corriente, tributaria en sus presupuestos sociológicos del estructural-funcionalismo parsoniano, parte de la base de considerar al sistema social como un dato dado (en igual modo, al derecho positivo), cuya configuración tal cual no se cuestiona; a partir de allí, la función del Derecho Penal será la conservación de la integridad de los sistemas sociales ante la desviación (26). Como consecuencia, los valores hegemónicos en la sociedad —también plasmados en las leyes— van a ser considerados como los únicos válidos, por lo que la tutela de la legalidad objetiva —al presuponer, por tanto, la homogeneidad valorativa del conjunto social— conduce al desconocimiento del disenso y la legitimación del *status quo* (27); en este marco, la normativa penal tenderá a transformarse en mero instrumento de consolidación de ese orden establecido (28). Así, se ha señalado que para esta perspectiva el ordenamiento jurídico tiene como misión evitar el surgimiento de intereses contrarios a la estabilidad del

(24) Se ha sostenido que la vigencia de los valores ético-sociales de la actitud interna es la condición de posibilidad de la protección de los bienes jurídicos; en Hassemer - Muñoz Conde, ob. cit., p. 101. En sentido similar, Zaffaroni, al afirmar que si se sostiene que al Derecho Penal le corresponde sentar una "ética mínima", ella tendrá siempre por base un mínimo de incolumidad de ciertos bienes jurídicos; ob. cit., p. 247. En opinión de Terradillos los valores juegan en materia penal no el papel de objetivos sino de "mínimos a respetar"; en Terradillos Basoco, Juan, "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal" en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, No. 63 (nueva época), Madrid, 1981, p. 133.

(25) Hassemer - Muñoz Conde, ob. cit., p. 102.

(26) Una referencia a la teoría estructural-funcionalista de Talcott Parsons y Robert Merton desde una perspectiva penal puede encontrarse en "Pena y Estado" de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazabal Malarec, en *Control social y sistema penal*, P.P.U., Barcelona, 1987, p. 65 y sgtes., en Hormazabal, *Bien jurídico...*, p. 95 y sgtes. y en Terradillos Basoco, ob. cit., p. 135.

(27) Desde una visión criminológica, y relacionando al funcionalismo con el positivismo, Aniyar de Castro, Lola, "El movimiento de la teoría criminológica y evaluación de su estado actual" en *Criminología y Derecho No. 1*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987, p. 29 y sgtes..

(28) Terradillos Basoco, ob. cit., p. 135.

sistema, por lo que la determinación de los bienes jurídicos va a depender de la funcionalidad o disfuncionalidad de los hechos en cuestión, en relación al desarrollo normal de los grupos sociales (29).

Refiriéndose a esta corriente, Hassemer (30) ha señalado que tiende a funcionalizar los principios del Derecho Penal a partir de los requerimientos de una política criminal efectiva; para ello, a partir de una concepción del Derecho orientada a las consecuencias y de la flexibilización de los principios según los intereses del caso concreto, relativiza los conceptos tradicionales del Derecho Penal en cuanto se opongan a las necesidades político-criminales del momento. Como consecuencia, la función liberal-garantista del bien jurídico como límite del *ius puniendi*, desaparece.

Por otro lado, esta orientación parte de la tesis de que la pena tiene como misión la confirmación del reconocimiento normativo, lo que conlleva la idea de fe en el Derecho (la infracción normativa no es una alternativa de conducta discutible) y de aceptación de las consecuencias de la infracción, con una perspectiva estrictamente formalista (31); por eso se va a considerar que lo esencial en el Derecho Penal no es la protección de bienes jurídicos sino de las normas, dado que los bienes adquieren el carácter de jurídicos a partir del momento en que son protegidos normativamente (32). De acuerdo con estos planteos, cuyo exponente más destacado es Jakobs (33), el bien jurídico va a coincidir esencialmente con la vigencia de la norma en sí misma (34), lo que en otras palabras, conduce a la disolución del concepto. El delito reflejará la infidelidad al ordenamiento jurídico, por lo que la pena tendrá como fin la confirmación de la norma, restableciendo la conciencia colectiva de fidelidad al Derecho, alterada con la infracción (35).

(29) Portilla Contreras, ob. cit., p. 731. A este respecto téngase presente que Amelung define como norma funcional a aquella que atiende a la "consolidación del sistema, esto es, para la solución de los problemas del sistema"; citado por Terradillos Basoco en ob. cit., p. 135.

(30) Hassemer, Winfried, "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico" en *Doctrina Penal*, No. 46/47, año 12, (traducción de Patricia Ziffer), Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 276.

(31) Hassemer - Muñoz Conde, ob. cit., p. 103. Como señalan estos autores, si bien es posible reconducir estas metas a los valores ético-sociales de la acción a que se refiere Welzel, evidentemente que aquí el concepto está mutilado, ya que con esta perspectiva se absolutiza el reconocimiento normativo, hasta el punto que queda abierta la posibilidad de que pudiera ponerse en riesgo la dignidad de la persona humana con tal de alcanzar tales fines. Todo ello más allá de que la exclusión de todo sustrato material elimina cualquier posibilidad de crítica de la legislación vigente, aproximándose peligrosamente al concepto de delito como lesión de un deber. Por otra parte, y desde esta perspectiva -como afirma Terradillos- fincar la esencia del delito en la desobediencia o la infracción de deberes, sin cuestionar el contenido del deber que se incumple o del imperativo que se desobedece, implica "escamotear el problema de la función real del Derecho Penal"; en Terradillos Basoco, ob. cit., p. 124.

(32) Portilla Contreras, ob. cit., p. 733.

(33) Jakobs, Gunther, *Derecho Penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, (traducción de la 2a. edición alemana de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 45.

(34) Retornando radicalmente al positivismo jurídico de Binding, dirá Bustos Ramírez en *Manual*, p. 47.

(35) Una aproximación a la relación del funcionalismo sistémico con el pensamiento de Niklas Luhmann puede verse en el trabajo de Carlos Nario Hollidge, "Funcionalismo, culpabilidad y pena" en *Revista de Ciencias Penales*, No. 1, Carlos Alvarez editor, Montevideo, 1995, p. 75 y sgtes..

Estas posturas no sólo disipan toda posibilidad de limitar el *ius puniendi* estatal, sino que además, al reproducir como incuestionablemente válidos los valores vigentes (la función crítica del bien jurídico ha desaparecido con él) se convierten en profundamente conservadoras, difuminando asimismo los tradicionales límites entre Moral y Derecho, lo que nos lleva a adherir a lo expresado por Ferrajoli en el sentido de que de esta forma se naturaliza el derecho positivo, en la adhesión moral y política a todos los valores e intereses protegidos por éste (36).

b) Concepciones materiales

Dentro de las tendencias que reconocen en el bien jurídico un sustrato material, podemos distinguir aquellas que le dan al concepto un fundamento constitucional, y las que lo construyen a partir de parámetros sociológicos.

b.1) *Teorías de fundamento constitucional*: Estas tendencias toman a la Constitución como fundamento material del concepto de bien jurídico; así concebido, sólo podrán criminalizarse conductas lesivas de los bienes amparados por la Carta, constituyendo un límite al legislador. Asimismo, el texto constitucional cumplirá funciones exegéticas a la hora de dilucidar la finalidad de los tipos penales.

Rudolphi considera que los conceptos de bien jurídico de naturaleza metodológica-teológica y de origen liberal, carecen de valor para el ámbito de la teoría material de lo injusto, uno por su naturaleza exclusivamente formal, el otro por su carácter prejurídico. A

(36) Ferrajoli, Luigi, "La separazione tra diritto e morale" en *Problemi del socialismo*/5, Sulla Modernità, aa.vv., Milán, 1986, p. 160; citado por Portilla Contreras en ob. cit., p. 734. Respecto a su crítica a la "sacralización de los valores constitucionales", la compartimos, en cuanto signifique la absolutización de dichos valores (postura siempre negativa en una sociedad plural y democrática) y el reforzamiento del papel del Estado y del orden económico y social, con desmedro de las libertades individuales. Por el contrario, estimamos altamente positiva la recurrencia a la Constitución como mecanismo de contención de la homogeneización tecnocrática y autoritaria que aqueja a las sociedades modernas (manifestación de la cual es el funcionalismo sistémico), y por ende del Estado; el recurso a la defensa de los valores del Estado social y democrático de Derecho (plasmados en la Constitución) hoy por hoy constituye un límite a la expansión indiscriminada del control social formalizado en desmedro de los derechos fundamentales, léase en nuestro tema, la inflación penal y el descaecimiento de las garantías de origen liberal. Paradójicamente -o no tanto- en nuestro días la afirmación del neoliberalismo económico a nivel mundial tiende a reducir drásticamente la intervención estatal en lo social y asistencial, incrementando en proporción inversa los mecanismos de control social institucional; el desmantelamiento del Estado de Bienestar tiene como correlato el aumento del control para quienes vayan quedando al margen de la economía de mercado y sus reglas. En este sentido tal vez vaya la afirmación de Ferrajoli (en "Replica" en *Introduzione a l'uso alternativo del diritto*, aa.vv., tomo I, Bari, 1973, p. 288) cuando refiriéndose a la Constitución italiana como norma ambigua y de compromiso entre las diversas fuerzas políticas que intervinieron en su formación, afirma que sin embargo es la ley más avanzada de que dispone este ordenamiento jurídico por cuanto contiene importantes principios normativos de carácter democrático y emancipador, fruto de las conquistas de las clases populares; citado por Portilla Contreras en ob. cit., p. 743 nota 45. En igual sentido se expresa otro autor vinculado también a la doctrina del uso alternativo del Derecho, Guastini (en "Fundamenti teorici del cidetto l'uso alternativo di diritto", en *Introduzione a l'uso alternativo del diritto*, aa. vv., tomo I, Bari, 1973, p. 12), afirmando que ni la Constitución ni el Estado social y democrático de Derecho constituyen un ideal en sí mismos, pero que sin embargo posibilitan el uso estratégico de los preceptos constitucionales como alternativa a los criterios jurisprudenciales dominantes; en Portilla Contreras, ob. cit., p. 743 nota 45.

partir de esta crítica, va a buscar un concepto que sea a la vez pleno de contenido y jurídicamente obligante, a saber, principio interpretativo del derecho positivo y criterio obligatorio para la sanción de nuevos tipos penales; y cree encontrarlo en los preceptos constitucionales, como decisiones valorativas previas y obligatorias para la legislación penal. En este sentido, considera que la Constitución contiene las decisiones valorativas fundamentales para la elaboración de un concepto de bien jurídico previo a la ley penal pero obligatorio para la misma; así, solamente podrán ser objeto de conminación penal aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro “los presupuestos de una vida social próspera, apoyada en la libertad y responsabilidad del individuo” (37). Para este autor, los bienes jurídicos son unidades funcionales valiosas para la sociedad regida constitucionalmente y también para la posición y la libertad de los ciudadanos individualmente considerados; destaca, asimismo, que están sometidos al cambio histórico, de igual forma que la sociedad se transforma y desarrolla con el paso del tiempo (38).

Partiendo de la noción de Estado constitucional de Derecho, Roxin considera que el fin del Derecho Penal, como manifestación de la actividad estatal, consiste en garantizar la vida en común de todos los ciudadanos sin que sea puesta en peligro; en este sentido, verá a los bienes jurídicos como las condiciones valiosas en que se concretan los presupuestos imprescindibles de la vida en común, que todo el mundo tiene presentes en una determinada situación histórica y social y que en el caso, serán los emergentes del Estado constitucional (el cual obtiene su legitimidad de la soberanía popular). A su vez, como el Estado moderno debe asegurar también (con el Derecho Penal si fuere necesario) el cumplimiento de las prestaciones públicas emergentes de su función asistencial, la normativa penal tendrá una doble función (protección de los bienes jurídicos constitutivos de la sociedad y garantía de las prestaciones públicas necesarias para la existencia) que permitirá al ciudadano alcanzar el libre desarrollo de su personalidad (39). Por su parte, para Michael Marx el Derecho Penal no puede tener sino como objeto central al hombre, entendido éste como persona que se desarrolla y realiza libremente, por lo que los bienes jurídicos —presupuestos externos de tal desarrollo personal y por tanto, tutelables penalmente— serán aquellos objetos que el hombre necesita para su propia y libre autorealización, los cuales se desprenden de los principios fundamentales regulados en la Constitución (40).

Fiandaca va a hallar en los textos constitucionales las directrices de tutela potencialmente vinculantes, cuyo desarrollo corresponderá al legislador (41). Por carriles similares corre la postura de Pulitano, en el sentido de que en la Constitución existe un sistema abierto de valores frente a los cuales el legislador tendrá un margen de decisión a la hora de edictar normas (42). Según señala González Rus, la doctrina italiana mayoritaria entiende que entre

(37) Rudolphi, ob. cit., p. 341.

(38) Idem.

(39) Roxin, Claus, “Sentido y límites de la pena estatal” en *Problemas básicos del Derecho Penal*, (traducción de Diego M. Luzon Peña), Reus, Madrid, 1976, p. 21.

(40) En Portilla Contreras, ob. cit., p. 728 y Hormazabal, *Bien jurídico...*, p. 124.v

(41) Citado por González Rus, Juan José, *Bien jurídico y Constitución*, Fundación Juan March, Serie Universitaria No. 201, Madrid, p. 26.

(42) Idem.

bien jurídico digno de tutela penal y Constitución debe existir una relación de “no incompatibilidad”, a saber, que si bien la Constitución no impone la tutela de determinados bienes jurídicos, sirve de punto de referencia para construir el sistema penal, para excluir de la legislación los valores incompatibles con ella (43).

Más estricta es la posición de Bricola, quien considera que no basta con la simple no incompatibilidad mencionada, sino que el bien a tutelar deberá encontrarse expresa o implícitamente contemplado en la Carta Fundamental; al mismo tiempo, sostiene que la preeminencia que tiene la libertad en la Constitución italiana determina que, implicando la pena una restricción de la libertad individual, deberá hacerse una valuación de los demás objetos tutelados para sólo castigar aquellas conductas que vulneren bienes jurídicos equiparables a aquella o reconocidos constitucionalmente (44).

También se afilia a una tesis estricta González Rus, entendiendo que los textos constitucionales han de ser punto de referencia obligado en la construcción de la teoría jurídica del delito, ya que jurídicamente deben ajustarse a ellos las restantes normas del ordenamiento jurídico y políticamente son el instrumento más fiable (en virtud de su procedimiento de elaboración) al que acudir a la hora de buscar los valores y principios socialmente compartidos. Así, el legislador penal encuentra los límites al *ius puniendi* en la Constitución a través de los bienes jurídicos reconocidos expresa o tácitamente en ella (no basta con que no sean incompatibles), dentro de las coordenadas de política criminal que la Carta fundamental establece (45).

b.2) *Teorías de origen sociológico*: Hassemer intenta construir lo que él denomina una teoría personal del bien jurídico (46). Para este autor, frente a la tensión existente entre individuo, sociedad y Estado, bienes jurídicos son intereses humanos requeridos de protección penal; por ello, la protección de las instituciones (a la sazón, la tutela estatal de los bienes jurídicos) solamente puede alcanzar hasta el punto en que sean condición de la posibilidad de protección de la persona. Coherentemente con ello y de acuerdo con su teoría personalista, los bienes jurídicos colectivos sólo son dignos de tutela en cuanto se correspondan a los intereses del individuo, esto es, en cuanto brindan la posibilidad de servir a los intereses del Hombre, a su desarrollo individual (47). Los bienes jurídicos se funcionalizan, entonces, desde la persona, ya que condensan los presupuestos que ésta necesita para su autorealización en la vida social. Se afilia a esta postura Muñoz Conde (48).

Para Calliess lo social consiste en un sistema de interacciones comunicativas, teniendo el Derecho Penal como función la tutela de la estructura social, entendida ésta como una red de

(43) González Rus, ob. cit., p. 26.

(44) Posición expuesta por González Rus en ob. cit., p. 27.

(45) González Rus, ob. cit., p. 31 y sgtes..

(46) Hassemer, en “Lineamientos...”, p. 281.

(47) Hassemer - Muñoz Conde, ob. cit., p. 108. Cabe destacar que Hassemer considera a los términos “bien” e “interés” como sinónimos; en Hassemer, Winfried, “Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale” en Revista *Dei delitti e delle pene, Anno II - No. 1*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1984, p. 106.

(48) Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 48; con más desarrollo, en la obra conjunta con Winfried Hassemer citada.

distribución de posibilidades de participación recíprocas en los sistemas sociales; los bienes jurídicos serían los objetos concretos de protección penal, que ofrecen la necesaria especificación de qué particulares procesos de interacción y de participación en los sistemas sociales merecen ser protegidos por el Derecho Penal (49). Mir Puig va a adherir a su posición, entendiendo a los bienes jurídicos como el conjunto de condiciones necesarias que posibilitan el correcto funcionamiento de los sistemas sociales y que se traducen en concretas posibilidades de participación de los individuos en los procesos de interacción y comunicación sociales (concibiendo a las posibilidades de participación como posibilidad de incidencia activa en la vida colectiva así como posibilidad de vivir en sociedad confiando en el respeto de la esfera de libertad particular por parte de los demás) (50).

También a partir de la idea de participación, Terradillos va a identificar bien jurídico con las posibilidades de satisfacción de las necesidades humanas, entendiendo que la noción de "necesidad" elimina los riesgos de postergación del individuo (implícitos en la sola referencia a la "dañosidad social") o de utilización ético-ideológica del Derecho penal (al acudir como criterio determinante a los valores); conectándose con las teorías constitucionalistas, va a afirmar que el principio del bien jurídico tiene rango constitucional (51), haciéndolo derivar del artículo 10. 1 de la Constitución española (52).

En opinión de Bustos, los bienes jurídicos constituyen síntesis normativas de relaciones sociales concretas y dialécticas (53); para este autor, la consideración material del bien jurídico es lo que va a marcar la diferencia entre bienes jurídicos y derechos subjetivos o los objetos de protección de las otras ramas del Derecho. Bienes jurídicos implicarán siempre una valoración masiva y universal que se hace de ciertas relaciones sociales, consideradas esenciales para el sistema en relación a todos sus miembros (54).

3) Funciones del bien jurídico

Entre las funciones atribuidas a este concepto, de acuerdo con lo que se ha expuesto precedentemente, destacamos las siguientes:

(49) Citado por Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1976, p. 137 y sgtes.; Fernández acompaña esta postura, aunque haciéndose cargo de la crítica de que no todos los bienes tutelados por el Derecho Penal son reconducibles a oportunidades de participación social; en "Bien jurídico...", p. 57.

(50) Mir Puig, *Introducción*, p. 140.

(51) Terradillos Basoco, ob. cit., pp. 137 y 142.

(52) "Artículo 10 - 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España" (Constitución Española, Título 1, *De los derechos y deberes fundamentales*).

(53) En igual sentido, Hormazabal Malaree, en *Bien jurídico...*, p. 152.

(54) Bustos Ramírez, en "Los bienes jurídicos colectivos", p. 155.

limitadora: constituye una barrera al legislador, en el sentido de que éste debe constreñirse en las normas penales a tutelar exclusivamente bienes jurídicos (55). De esta forma, un comportamiento merecedor de pena no es otro que aquel que produce la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (56), por lo que esta teoría orienta al legislador en el sentido de una política criminal racional. En definitiva —y como ya se ha señalado antes— es un límite al *ius puniendi* estatal (57), lo que se refleja entonces en la subsidiariedad del Derecho Penal, como última *ratio* reservada para casos extremos de elevada dañosidad social (58) (principio de intervención mínima) (59).

teleológico-interpretativa: la interpretación de los tipos penales debe orientarse al bien jurídico protegido en ellos, por lo que de esa manera se constituye en criterio fundamental para determinar su sentido y alcance (60).

sistemática: vinculada con la anterior, en función del bien jurídico protegido los códigos penales agrupan los diferentes tipos delictivos en la parte especial (o cuanto menos, de acuerdo al bien jurídico prevalente) (61), catálogo generalmente jerarquizado en virtud del valor atribuido a cada uno de ellos (62) y según la modalidad de agresión (63).

(55) Rudolphi, ob. cit., p. 330. Como señala Terradillos, esta función requiere que se dote al concepto de bien jurídico de un contenido cierto "...y no se remita la concreción de ese contenido a la voluntad del poder legiferante, pues entonces la eficacia limitadora devendría nula"; en ob. cit., p. 129.

(56) Por todos, Hassemmer - Muñoz Conde, ob. cit., p. 103. Con relación a este punto y en referencia al ordenamiento jurídico español, se ha sostenido que "la afirmación constitucional del principio de responsabilidad penal por un hecho que se "produce" (artículo 25.1 de la Constitución española) y la indicación precisa de la necesidad declarada de un hecho en el supuesto delictivo tipificado -que privilegia la estructura *objetiva (material)* del ilícito penal- son puntos válidos e inevitables de referencia"; en López Garrido, Diego y García Aran, Mercedes, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, p. 29.

(57) Con particular énfasis respecto a la situación latinoamericana, véase Fernández Carrasquilla, Juan, "Los derechos humanos como barrera de contención y criterio auto-regulador del poder punitivo" en *Revista de Derecho Penal No. 8*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1988, p. 8 y sgtes..

(58) Fernández, en "Bien jurídico...", p. 49.

(59) Para Córdoba Roda este principio junto a la necesidad de salvaguarda de bienes jurídicos, va a llevar a proclamar dos exigencias básicas: "En primer lugar, la de que un hecho es constitutivo de delito en la medida en la que contiene un real ataque a un bien jurídico, a través, además, de una conducta dotada de una expresión sustancialmente objetiva, en la que los elementos subjetivos pueden tener la función de requisitos adicionales, pero que nunca deben sustituir la presencia de una acción dotada de una realidad objetiva. Y, en segundo lugar, se exige que los tipos aparezcan definidos de modo preciso y concreto evitando cláusulas indeterminadas que priven a las figuras de delito de límites claros y seguros"; en Córdoba Roda, Juan - "Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima", *Revista jurídica española La Ley*, Tomo III, 1996, p. 1333 (diario 4043 de 24 de mayo de 1996).

(60) Rudolphi, ob. cit., p. 329; Polaino Navarrete, ob. cit., p. 312; Boldova Pasamar, ob. cit., p. 22.

(61) Rivacoba y Rivacoba, Manuel, "Consideraciones críticas de carácter general acerca del nuevo Código Penal de España (1995)", en *Revista de Derecho Penal y Criminología, No. 5- 1995*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, p. 873; en igual sentido, Polaino Navarrete, ob. cit., p. 301.

(62) Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho Penal Fundamental, Tomo II*, 2a. edición, Editorial Temis, Bogotá, 1989, p. 53.

(63) Así, se ha señalado con acierto que la distorsión entre la tutela de los diversos bienes jurídicos y las penalidades respectivas, en particular, frente a las diversas formas de agresión, provoca un desprestigio del sistema penal; en Puig, Gustavo, "La vida, ¿es el bien jurídico mejor protegido?" en *Revista de Ciencias Penales No. 2*, Carlos Alvarez editor, Montevideo, 1996, p. 365.

dogmática: ubicado en la esencia de los tipos penales, el bien jurídico se constituye en el núcleo material de lo injusto; como ha destacado Bustos, es precisamente éste quien da concreción a lo injusto, siendo entonces el criterio material determinante de la tipicidad y la antijuricidad (64). En el plano de la culpabilidad, y enlazándolo con la función motivadora de la norma, Fernández considera que la disponibilidad del bien jurídico (como posibilidad de participar, disponer o aprovechar del mismo) es un factor clave en el proceso motivacional, por lo que ha de servir como elemento de graduación de la exigibilidad del comportamiento alternativo (adecuado a la norma) (65).

crítica: al determinar lo que se quiere proteger y mostrar su fundamentación, se abre la posibilidad de efectuar una revisión crítica del ordenamiento penal, develando las conductas que de acuerdo con la evolución de la sociedad ya no se hacen merecedoras de tutela punitiva (66); también será útil para dilucidar por qué la desvaloración de un comportamiento ha sido hecha en una forma determinada (67). Por otra parte, contribuirá a poner en evidencia aquellas nuevas formas de vulneración de bienes jurídicos que podrían de *lege ferenda* ser criminalizadas (68) (aunque aquí también habrá de tenerse en cuenta que, como señala Hassemer, que una conducta amenace un bien jurídico es la condición necesaria, pero no la condición suficiente para criminalizarla) (69).

4) Los bienes jurídicos colectivos

Tradicionalmente se ha distinguido entre bienes jurídicos individuales y colectivos. Sin embargo, la distinción aparentemente clara entre ambos conceptos se complejiza cuando se atiende a su interrelación, así como cuando se trata de determinar si son bienes jurídicos que están a un mismo nivel, o si unos dependen de los otros o en virtud de qué criterios se orientan para el cumplimiento de las funciones que se les reconocen.

(64) Bustos Ramírez, *Manual*, p. 155 y sgtes.; del mismo autor, "Consideraciones en torno del injusto" y "Política criminal e injusto" en *Control social y sistema penal*, P.P.U., Barcelona, 1987, pp. 141 y sgtes. y 159 y sgtes. respectivamente.

(65) Fernández, en "Bien jurídico...", p. 64 y sgtes..

(66) Así por ejemplo en materia de Derecho Penal sexual, el reclamo de reducción de la tutela punitiva al "mínimo indispensable"; en Diez Ripolles, José Luis, *El Derecho Penal ante el sexo*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 39. En el mismo ámbito, Roxin destaca el acogimiento por el legislador de los principios básicos en la materia del Proyecto Alternativo de Código Penal alemán, que se plasmaron en la Parte Especial del Código Penal aprobado, castigando únicamente los "hechos punibles contra la autodeterminación sexual"; en Roxin, Claus, "El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo" en *La reforma del Derecho Penal*, Universidad Autónoma de Barcelona (S. Mir ed.), Bellaterra, 1980, p. 85. También a estos efectos, Hassemer considera que la frecuencia en la lesión de un bien puede ser un indicio de que dicho bien tiene la tendencia a perder su reconocimiento social (por ejemplo, en el caso del aborto); en "Il bene giuridico...", p. 106.

(67) Bustos Ramírez, Juan, *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1994, p. 19. No olvidemos que la selección de los bienes objeto de tutela punitiva obedece a una decisión política del Estado (naturaleza definitoria del delito); en el sentido de que tal definición debe estar vinculada -entre otros- a los límites de contenido y forma establecidos en la Constitución, Hassemer, "Il bene giuridico...", p. 107.

(68) Hormazabal Malaree, Hernán - "Política penal en el Estado democrático" en *Criminología y Derecho No. 1*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987, p. 24.

(69) Hassemer, en "Lineamientos...", p. 278.

Y la polémica más que nada ha tomado relieve a partir del surgimiento de nuevos bienes jurídicos universales o colectivos, principalmente de carácter socioeconómico. Desde esta perspectiva, nos referiremos a dos posiciones que si bien coinciden al jerarquizar la noción de bien jurídico, atribuyéndole un contenido material (70), difieren sustancialmente al abordar el tema del papel que debe jugar en el plano dogmático y político-criminal.

Una de estas posturas considera que estos nuevos bienes jurídicos, de carácter masivo y universal, surgen a partir de las transformaciones producidas en el Estado moderno al pasar a constituirse en un Estado social y democrático de Derecho (71); en este nuevo orden de cosas, no podrían tutelarse meramente los bienes jurídicos individuales tradicionales de origen liberal-burgués, sino que se hace menester la introducción de esta nueva categoría para atender primordialmente la función asistencial que, entre otras, asume la nueva modalidad estatal hoy imperante. Así, Bustos dirá que los bienes jurídicos colectivos "hay que definirlos a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social" (72). Este autor se preocupa de precisar que sería equivocado hablar de bienes jurídicos supraindividuales, ya que no implican la existencia de una razón superior al individuo, sino que están en función de todos los miembros de la sociedad, en consideración a cada uno de ellos (73). Aparecerán de esta manera, como complementarios de los bienes jurídicos individuales. Sin embargo, ello no significará en modo alguno que para protegerlos haya que ponerlos en relación con los bienes jurídicos individuales para definir su estructura.

En virtud de lo expuesto, podrán reconocerse dos grupos de bienes jurídicos: los que están referidos a las bases y condiciones de subsistencia del sistema (los tradicionalmente denominados individuales, de carácter microsociales) y los que están en relación con el funcionamiento del sistema (referidos a los procesos que éste ha de cumplir para el aseguramiento material de las relaciones microsociales); dentro de estos últimos, se reconocen tres subgrupos: los bienes jurídicos *institucionales*, referidos a determinadas instituciones básicas para el funcionamiento del sistema, que establecen vías para asegurar los bienes jurídicos individuales (por ejemplo, delitos contra la administración de justicia, contra la fe pública, etc.); los bienes jurídicos *colectivos*, que surgen en relación a la satisfacción de necesidades de carácter social y económico, vinculados a la participación colectiva en el proceso económico y social; y los bienes jurídicos *de control*, referidos a la organización del aparato estatal para que éste pueda cumplir sus funciones (por ej., delitos contra la seguridad pública) (74). A su vez, esta clasificación implica una jerarquía entre ellos, dado que los primeros son merecedores de una tutela punitiva más intensa, que decrece sucesivamente en las restantes categorías (75).

(70) Dejamos de lado las doctrinas contemporáneas que a través de una concepción formal, vacían o dejan de lado este concepto, ya que partimos de una noción material de bien jurídico que recoge en esencia las funciones atribuidas a éste que se expresaron precedentemente.

(71) Bustos Ramírez, "Los bienes jurídicos colectivos", p. 159.

(72) Idem.

(73) En este punto se acercará a la corriente que se desarrollará a continuación, aunque con las importantes salvedades que se detallarán.

(74) Bustos Ramírez, "Los bienes jurídicos colectivos", p. 162.

(75) Bustos Ramírez, Juan, "Perspectivas actuales del Derecho Penal Económico" en *Revista de Ciencias Penales No. 2*, Carlos Alvarez editor, Montevideo, 1996, p. 37, donde se señala que los bienes

Respecto de la postura que se acaba de referir sucintamente, creemos oportuno realizar las consideraciones que se expondrán a continuación. Si bien en ella existe una preocupación expresa en el sentido de subordinar la política punitiva estatal a los intereses del individuo (en el sentido de atender materialmente a las necesidades de todos los miembros de la sociedad, en consideración a cada uno de ellos) (76), no creemos que se logre a través de la posición sustentada; en efecto, a nuestro entender la legislación penal es y debe ser subsidiaria del resto del ordenamiento jurídico (Principio de subsidiariedad) (77), en el entendido que el Derecho penal tiene que gobernarse por el Principio de intervención mínima, a saber como ya hemos mencionado reiteradamente— la última *ratio* de que se dispone para enfrentar aquellos conflictos que resultan insoportables para la vida en común; como ha señalado con acierto Baratta, no sólo debe comprobarse que la respuesta punitiva es idónea, sino que además debe ser insustituible (78). Y en la tesis que estamos comentando, el papel del Derecho Penal ha cambiado de perfil, se ha desvirtuado, pasando a cumplir una función *promocional* (79). Pensamos que esta función no corresponde a la legislación penal (80) y que ello no puede verse como un índice de progreso económico y social. Por eso no nos parece admisible la postura a este respecto de Portilla Contreras, en el sentido de tomar como criterio fundamentador para la criminalización que “*nada se opone* a que su instrumento esencial (del Derecho penal), la pena, contribuya mediante la defensa de los valores básicos a la estabilidad del propio sistema” (81) (el destacado es nuestro), por cuanto sienta de principio la intervención punitiva, cuando el imperativo debiera ser el inverso, esto es, la utilización excepcional de la tutela penal (82). No basta en absoluto con que “*nada se opon-*

jurídicos macrosociales están subordinados a los microsociales, “son de un orden jerárquico inferior, de menor calidad, aunque puedan tener una mayor dañosidad social”.

(76) Bustos Ramírez, “Los bienes jurídicos colectivos”, p. 159.

(77) Roxin, “El desarrollo de la política criminal...”, p. 87.

(78) Baratta, Alessandro - “Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal” en *Criminología y Derecho No. 1*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987, p. 10.

(79) Lo que expresamente señala este autor, cuando dice, refiriéndose a que el Estado tiene hoy que atender a las necesidades de todos y cada uno de los miembros de la sociedad, para tender a la igualdad material de los individuos: “Ello requiere entonces la intervención estatal no sólo fundamentalmente para reprimir, como sucedía en la concepción del Estado guardián, sino para promover la atención a dichas necesidades, superando las disfuncionalidades económicas y sociales”; en Bustos Ramírez, “Los bienes jurídicos colectivos”, p. 159. Consideramos que tal papel corresponderá, en todo caso, a la política económica y social del Estado, pero nunca a través del recurso al Derecho penal; acerca de la inidoneidad del Derecho Penal para cumplir una función *promocional*, Terradillos Basoco, ob. cit., p. 133.

(80) Tampoco la norma penal, por su naturaleza propia, sería apta para esta función. Siguiendo a Bobbio, Terradillos señala que el Derecho “*promocional*” sustentado por este autor se orienta más por la idea de estímulo (motivación positiva) que por la de contra-estímulo (motivación negativa) y en virtud de tal carácter es que propicia o es compatible con la rápida evolución social; sin embargo, los preceptos penales son únicamente la *conditio sine qua non* de esa función, dado que el Derecho Penal “sólo puede aspirar a retraer, no a incentivar”, por lo que éste se constituye en la rama del Derecho conservadora y reproductora por antonomasia de las condiciones sociales dadas; en Terradillos Basoco, ob. cit., p. 127.

(81) Portilla Contreras, ob. cit., p. 741.

(82) Por lo que cabe suscribir la afirmación de Hassemmer y Muñoz Conde de que “el Derecho Penal debe proteger a través del control formalizado, los intereses humanos fundamentales que no pueden ser defendidos de otra manera”; en ob. cit., p. 122.

ga” al recurso al Derecho Penal, sino por el contrario, su utilización debe hacerse con fundadas razones y tras el empleo previo de otros mecanismos menos gravosos; aquí el sentido de última *ratio* se diluye completamente (83).

Por otra parte, no creemos —como señala este autor— que el Derecho Penal incremente el proceso de legitimación democrática de las políticas sociales, y si así lo hiciese, sería en una ínfima proporción en cuanto a lo que significa como expansión del control social institucionalizado con su correlativo riesgo para los derechos individuales; lleva razón Hassemer al sostener que por esta vía el Derecho penal se desdibuja, pasando a tutelar más que bienes jurídicos, funciones (84). En este sentido se expresa también Mir Puig, cuando manifiesta que “el Estado social puede confundir la necesidad de favorecer determinados intereses colectivos difundidos entre amplias capas de la población con la conveniencia de una intervención penal para prevenir su ataque. La bondad de una acción de gobierno para la colectividad no justifica sin más que busque el apoyo de un arma tan lesiva como el derecho penal” (85). Ni tampoco estamos de acuerdo con Portilla Contreras cuando manifiesta que difícilmente pueda engendrarse la conciencia social del derecho a ejercitar las garantías, por ejemplo, económicas y laborales, cuando no tienen la categoría de esenciales por la falta de protección penal (86), sino que por el contrario, consideramos que la afirmación en la conciencia social de tales derechos y garantías tiene que ser *necesariamente previa* a la punición de su incumplimiento (87). Con claridad insuperable lo ha dicho Nario, al afirmar que “la mera referencia a una entidad cualquiera, que carezca del respaldo de una *valoración social generada en la vivencia fundada de una dañosidad social insoportable*, es insuficiente para dotar a un delito de su bien jurídico” (88).

La otra postura que quisiéramos destacar, parte de la base de que los bienes jurídicos universales sólo son legítimos en tanto que sirven al desarrollo personal del individuo (89); estos autores van a considerar que la reflexión penal debe orientarse en el sentido de que los intereses de la persona sean favorecidos frente a los de la sociedad y del Estado, funcionalizando los intereses generales desde el punto de vista de los de la persona y deduciendo los bienes sociales y estatales a partir de los individuales. Así, Hassemer y Muñoz Conde se afilian a lo que el primero ha denominado una “teoría personal del bien jurídico”, que

(83) Estamos de acuerdo con Fiandaca, en cuanto manifiesta que “habría que probar que en base a los medios y conocimientos disponibles, una más eficaz salvaguarda de los bienes colectivos no se obtiene realmente sin el incremento de la técnica penal de tutela” citado por Portilla Contreras en ob. cit., p. 740 nota 40; en el mismo sentido, Baratta, en “Requisitos mínimos...”, p. 10.

(84) Hassemer, “Il bene giuridico...”, pp. 110 y sgtes..

(85) Mir Puig, Santiago, *Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del “ius puniendi”*, Seminario sobre bien jurídico, Granada, 1988, p. 6; citado por Portilla Contreras en ob. cit., p. 739.

(86) Portilla Contreras, ob. cit., p. 740.

(87) En este sentido Mir Puig, en *Bien jurídico*, cuando concluye en que “sólo cuando la amenaza penal apoye una norma penal primaria convincente para desplegar una función de prevención general positiva, de confirmación y afirmación de una *convicción social*, debe intervenir el Derecho Penal”; citado por Portilla Contreras en ob. cit., p. 739.

(88) Nario Hollidge, Carlos - “Los bienes jurídicos tutelados en los delitos establecidos en la Ley 14.005” en *Revista de Ciencias Penales No. 2*, Carlos Alvarez editor, Montevideo, 1996, p. 325.

(89) Hassemer - Muñoz Conde, ob. cit., p. 108.

a su entender es la única que puede invocar legítimamente una concepción liberal del Estado, en la cual la acción del mismo esté dirigida a partir del punto de vista de la persona (90). Con este criterio, propugnan por un Derecho Penal vinculado a principios, que justifique y mida sus decisiones en función de si tutelan intereses humanos dignos de protección; y aquí se conectan con las teorías constitucionalistas, en cuanto entienden que el Derecho Penal sólo puede perseguir sus fines dentro de los límites trazados por la Constitución y por la idea de Estado de Derecho (91) (92). En nuestra opinión, la postura que estamos comentando — orientada a la construcción de una teoría personalista del bien jurídico— más que diferenciarse se complementa con las posturas constitucionalistas, dado que en la Carta Fundamental se contienen los valores y las garantías individuales característicos del Estado social y democrático de Derecho, referente indudable a la hora de determinar los límites a la creación de nuevos preceptos penales. En momentos en que asistimos a un desmesurado incremento del arsenal punitivo del Estado (generalmente con riesgo para los derechos y libertades individuales) se impone relacionar la tutela penal de los bienes jurídicos con los derechos de las personas, a efectos de evitar caer en posiciones transpersonalistas (93) en las que la punición de conductas pueda llegar a tutelar intereses exclusivos del Estado, a veces enfrentado a la sociedad civil o, al menos, a sus sectores más vulnerables.

En virtud de lo expuesto, entendemos que solamente una postura del tenor de la que se comenta, puede hacer frente con algún viso de éxito a la “inflación penal” a la que asistimos hoy y que comentamos precedentemente. Como ha señalado agudamente Hassemer, si antes se recurría a la tutela de bienes jurídicos como requisito para la desincriminación, hoy se tiende a reclamar dicho principio precisamente para criminalizar conductas, por lo que deberá hacerse hincapié en que la tutela punitiva de la comunidad sólo puede llegar hasta el punto en que es condición de la posibilidad de la protección de la persona, o más claramente, que ‘cuanto más difícil sea conciliar legítimamente una amenaza penal con un interés humano, tanto más cuidadoso se debe ser con relación a si se debe amenazar penalmente y cómo’ (94).

(90) Hassemer - Muñoz Conde, ob. cit., p. 109.

(91) Hassemer - Muñoz Conde, ob. cit., p. 114.

(92) En la postura de Bustos también la Constitución es un importante referente, pero de acuerdo con el papel promocional que le asigna al Derecho Penal, entiende que ésta no puede constituir un límite al desarrollo y progresiva democratización de la intervención punitiva del Estado, que a su entender se logra a través de la paulatina tutela penal de los bienes jurídicos colectivos; en Bustos Ramírez, “Los bienes jurídicos colectivos”, p. 156.

(93) Aquí no nos referimos, obviamente, a la posición que desarrollamos en forma crítica en primer término; lo que sí consideramos es que ella no ofrece una fundamentación sólida a la hora de fijar límites a la actividad del legislador, dentro de lo que debiera ser un Derecho Penal concebido como última *ratio* y, por ende, gobernado por el Principio de intervención mínima.

(94) Hassemer, en “Lineamientos...”, p. 283. Considerado el bien jurídico desde la perspectiva de elemento fundante del merecimiento de pena, a él se van a contraponer como límites a la punibilidad, los siguientes principios: la *subsidiariedad* (la intervención penal debe limitarse a los casos en que no haya otro medio para resolver el conflicto), la *dañosidad social* (el conflicto debe afectar “a todos”, no solamente al autor y a la víctima) y *tolerancia, humanidad, protección de la dignidad humana* (la conminación penal no puede lesionar los fundamentos de nuestra cultura jurídica), a los que este autor une también los fundamentos del Derecho Penal de hecho y las leyes penales determinadas; en Hassemer, “Lineamientos...”, p. 278 y sgtes..

Esto se vincula también con la problemática introducción en los catálogos delictivos de bienes jurídicos vagos e imprecisos (95), que desdibujan toda función garantizadora al fijarse sus contornos en forma difusa o ambigua (con el consiguiente riesgo para la seguridad jurídica) (96), orientándose a la protección de instituciones o funciones, de suerte que en último caso termina atendiéndose a meras perturbaciones o situaciones de riesgo (97). Y aquí debemos tener en cuenta asimismo que, como destaca este autor, los bienes jurídicos colectivos son más influenciables ideológicamente que los bienes jurídicos individuales (piénsese sino en la influencia de los *mass media* a este respecto) (98).

Por todo ello, y en virtud de las consideraciones anteriores, entendemos que todo posible bien jurídico colectivo debe ser objeto de un estudio detenido previamente a cualquier intento de positivización penal, so riesgo de desvirtuar el contenido y función que le corresponden a los bienes jurídicos en el ámbito de un Derecho Penal democrático y garantista, por lo que suscribimos la afirmación de Hassemer cuando señala que “quien acepta con generosidad los bienes jurídicos universales corre el riesgo de aceptar al derecho penal no ya como *última ratio* sino como *prima* o incluso como *sola ratio* de la protección de bienes jurídicos” (99).

III. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACION DEL TERRITORIO

Estos delitos están ubicados en el Capítulo I (“De los delitos sobre la ordenación del territorio”) del Título XVI (“De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”) del Código Penal vigente. Con independencia de las particularidades propias de su redacción en cada oportunidad, señalaremos que en los proyectos de Código Penal que habían auspiciado su incorporación a la normativa punitiva, habían sido ubicados de la siguiente manera: en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, en un capítulo bajo la denominación de “delitos contra la ordenación urbanística”, dentro del título de “Delitos contra el orden socio-económico” (100); en la Propuesta de Anteproyecto para un Nuevo Código Penal de 1983, en un capítulo propio (“De

(95) Hassemer, “Il bene giuridico...”, p. 109. En relación a los delitos pluriofensivos y con especial referencia a la legislación penal marcaría, puede verse de Camaño, Lackner y otro, *Consideraciones en torno al régimen penal marcarío en el Uruguay con referencia a la legislación en el ámbito del MERCOSUR*, ponencia presentada en el IV Seminario Internacional sobre la regionalización del Derecho Penal en el MERCOSUR, Santa Fé, 1996, p. 9.

(96) Cervini, Raúl, “Macrocriminalidad económica. Apuntes para una aproximación metodológica” en *Revista brasileira de ciencias criminais*, Año 3, No. 11, Editora Revista dos Tribunais, San Pablo, 1995, p. 78.

(97) Fernández, Gonzalo - “El Derecho Penal orientado a las consecuencias: la quiebra del modelo” en *Revista de Ciencias Penales No. 2*, Carlos Alvarez editor, Montevideo, 1996, p. 218.

(98) En tal sentido, Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*, Siglo XXI, México D.F., 1986, p. 217 y sgtes..

(99) Hassemer, en “Lineamientos...”, p. 284.

(100) Ubicación sistemática muy criticada; véase, por ejemplo, Rodríguez Ramos, Luis, “La protección penal del urbanismo (pautas para criminalizar algunas conductas)” en *Revista de Derecho Urbanístico*, No. 81, enero-febrero 1983, p. 37 y sgtes..

los delitos sobre la ordenación del territorio”) dentro de un título referido a los delitos “relativos a la ordenación del territorio y al medio ambiente”; en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992, en un capítulo de igual nombre dentro del título destinado a los delitos “relativos a la ordenación del territorio y a la protección de los recursos naturales y de la vida silvestre”, ubicación que se mantuvo en el proyecto de septiembre de 1994 (a partir del cual se introducirían modificaciones hasta arribar al Código Penal vigente).

1) Conceptos conexos

La ubicación sistemática de la ordenación del territorio junto al medio ambiente —reiterada, como ya se ha visto— y ahora también junto a la protección del patrimonio histórico, llevan a preguntarse acerca de la relación que existe entre estos conceptos; a saber, si cabe encontrar una cierta unidad de esencia entre ellos.

Respecto al medio ambiente como bien jurídico, De La Cuesta señala dos posiciones: una que entiende al ambiente como el entorno que rodea al hombre en sentido amplio (y que, por consiguiente, englobaría la ordenación del territorio) y otra que lo identifica con los elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas, a saber, el aire y el agua. Entre ambas, destaca aquella que en su opinión es la más aceptable para la esfera jurídico-penal, la perspectiva que “deja fuera en todo caso lo relativo a la problemática urbanística y del territorio y mantiene en aquél (el ambiente) siquiera de modo mediato, a la naturaleza, añadiendo a los elementos aire, agua, suelo (y fuego), la fauna y la flora, e, incluso ... el contenido de la relación misma hombre-medio” (101).

Ahora bien, al tiempo de hablar de bien jurídico, debemos distinguir a éste de los objetos materiales dignos de tutela en su virtud (u “objetos de la acción”) (102); por consiguiente, ni el entorno en sí mismo, ni la tierra, el aire o el agua son bienes jurídicos si no son puestos en relación con el Hombre, con la comunidad, pues a partir de esta relación —que se perfila al final del párrafo anterior— es que estaremos en condiciones de construir el concepto. Por ello es que parece acertada la posición de Hassemer al considerar que en materia de Derecho Ambiental, el bien jurídico no es el medio ambiente en sí mismo sino como medio para la satisfacción de las necesidades de la salud y la vida del Hombre (103).

Abordando ahora las relaciones entre ordenación del territorio y medio ambiente, varios autores van a reunir a ambos bajo una misma denominación (como delitos “contra la calidad de vida” o contra las “condiciones de vida”) pero sin por ello desconocer las diferencias que los peculiarizan (104); así, se va a señalar que la ordenación del territorio es una “región

(101) De La Cuesta Arzamendi, José L., “Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente (Tít. XIII, L. II, PANCP 1983)” en *Documentación jurídica. Monográfico destinado a la P.A.N.C.P.*, vol. 2, enero-diciembre 1983, 37/40, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, p. 880.

(102) Hassemer - Muñoz Conde, ob. cit., p. 105; este objeto sería ese “algo concreto” en que se materializa el interés general digno de tutela, siendo éste último el sustrato empírico que va a servir de fundamento al precepto penal, no el primero.

(103) Hassemer, “Teoría personal del bien jurídico”, p. 283.

(104) Dentro de los que tienen relación con el mundo de los negocios, Delmas-Marty ubica a los delitos ecológicos (*pollutions*) y a las infracciones al Código del Urbanismo, bajo el título de “atentados contra la calidad de la vida”; en Delmas-Marty, Mireille, *Droit pénal des affaires*, T. 2 / *Partie spéciale: infractions*,

fronteriza a la ambiental”, dado que el territorio junto con el agua y la atmósfera integran el sistema ambiental, pero que en el plano jurídico no son confundibles, ya que la regulación que ofrecen si bien pretende según opinión de De La Cuesta lograr una mejor calidad de vida, lo hacen con un diverso enfoque y estrategia (105); suscribimos el parecer de este autor, en el sentido de que si bien son conceptos relacionados y con muchos puntos de contacto (106), son separables, esto es, autónomos.

El texto constitucional parece acoger esta distinción. En efecto, al referirse a las competencias de las Comunidades Autónomas en el art. 148.1, se distingue entre “Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda” (num. 3º) y “La gestión en materia de protección del medio ambiente” (num. 9º). Solamente si se considerara que el constituyente subsumió al territorio en los “recursos naturales” del numeral 2 del artículo 45 (107) –lo que no surge del texto– podría entenderse que la “utilización racional” de éste se encuentra en una relación medio-fin con la defensa y restauración del medio ambiente (opinión que no sería en absoluto pacífica) (108); de todos modos, ello tampoco implicaría que necesariamente se estuviere tutelando en este precepto la ordenación del territorio (109) (todo ello sin hacer referencia a la disposición edictada en el artículo 47, por cuanto a nuestro entender, se refiere exclusivamente al derecho a la vivienda y es ese el sentido que debe dársele a la mención que hace a la utilización del suelo) (110).

Thémis, Presses Universitaires de France, 3a. edición, 1990, p. 202 y sgtes.. En su comentario al PLOCP de 1980, Rodríguez Ramos proponía agrupar bajo el título de delitos “contra la calidad de vida” a los urbanísticos, los delitos contra el medio ambiente, los cometidos con ocasión de las relaciones laborales y los alimentarios; en Rodríguez Ramos, ob. cit., p. 42. De La Cuesta al comentar la PANCP de 1983, proponía agrupar bajo la misma rúbrica a los delitos referidos al urbanismo, al ambiente (denominación que el autor prefiere a la de “medio ambiente”) y aquellos contra los derechos de los consumidores; en De La Cuesta Arzamendi, ob. cit., p. 891.

(105) De La Cuesta Arzamendi, ob. cit., p. 881.

(106) Delmas-Marty, ob. cit., p. 224.

(107) “Constitución Española: Artículo 45 - 1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

Artículo 46 - Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio.

Artículo 47 - Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.”

(108) De La Cuesta considera que el texto constitucional identifica al medio ambiente con los “recursos naturales” (incluyendo flora y fauna) pero dejando fuera a la ordenación del territorio; en ob. cit., p. 881.

(109) Lo que no parecería viable, en virtud de que alguna propuesta que pretendió introducir al “entorno urbano” dentro de este precepto, fue rechazada; en De La Cuesta Arzamendi, ob. cit., p. 881, nota 11.

(110) Sustentando la opinión contraria, López Garrido - García Aran, ob. cit., p. 158; Morales y Tamarit consideran que si bien la Constitución no contiene un mandato de tutela penal para la ordenación

En cuanto a la oportunidad de la tutela penal del medio ambiente, es opinión predominante (con diferencias en cuanto a su contenido) la que afirma la necesidad de su protección por este medio (111). Sin embargo, no creemos —como lo hace la mayoría de la doctrina (112)— que tal tutela venga impuesta por lo dispuesto en el art. 45 de la Constitución, ya que a nuestro entender, el precepto es imperativo en cuanto a la tutela jurídica, pero deja en libertad al legislador para establecerla en el ámbito penal o en el administrativo (tal sentido disyuntivo le asignamos a la expresión “o, en su caso...” contenida en la citada disposición) (113).

Ninguna duda pueda caber, por otro lado, en cuanto a la distinción entre ordenación del territorio y patrimonio histórico, por cuanto no tienen ningún punto en común. En este sentido —y evaluando ahora el agrupamiento realizado por el legislador en el Título XVI del Código Penal— cabe concluir que se trata de materias diversas que, si en algún caso pueden encontrarse vinculaciones o áreas de contacto (como ya referimos entre medio ambiente y ordenación del territorio) son sustancialmente distintas, por lo que desde un punto de vista sistemático no puede sostenerse que en ellas se tutela un bien jurídico común (114).

En cuanto a la tutela del patrimonio histórico, es la única de las materias reguladas en este título cuya tutela punitiva se desprende de un mandato expreso de la Constitución (artículo 46). En los demás casos, ésta podrá deducirse —o no— de los otros preceptos, pero el constituyente no lo ha conminado expresamente (115).

del territorio, de la lectura coordinada de su texto -encontrando en el art. 47 “aspectos conectables” con la ordenación del territorio- no surge ningún obstáculo para el desarrollo de una legislación penal al respecto; Morales Prats, Fermín y Tamarit Sumalla, José María en *Comentarios al nuevo Código Penal*, vv.aa., Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 1488.

(111) Personalmente, si bien consideramos que las apropiadas condiciones medioambientales de vida son dignas de tutela jurídica, no estamos tan seguros de que el Derecho Penal sea la herramienta apropiada para proporcionar tal protección, ni en cuanto a necesidad ni a eficacia. En sentido similar, Blanco Lozano, Carlos - “Acerca de algunas cuestiones básicas del Derecho Penal Ambiental en el nuevo Código Penal de 1995”, en *Cuadernos de Política Criminal*, No. 60, Edersa, 1996, p. 722 y sgtes..

(112) Por todos, De La Cuesta Arzamendi, ob. cit., p. 883.

(113) Tal interpretación, por otra parte, creemos que es la recogida por la Exposición de Motivos del PLOCP de 1980, cuando distingue entre el art. 46 de la Constitución (que “impone la protección penal de los bienes del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España”) y el art. 45 (que “prevé, para la defensa de los recursos naturales y del medio ambiente, sanciones penales o, en su caso, administrativas”); tomado del *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Tomo XXXIII*, fascículo 1, Madrid, 1980, p. 110. En este sentido es categórica la Exposición de Motivos del PLOCP de 1992, cuando afirma que lo dispuesto por el art. 45 de la Constitución no es el único motivo para tutelar penalmente el medio ambiente, “pues el mandato constitucional también se hubiera podido satisfacer a través exclusivamente del derecho administrativo”; en *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, IV legislatura*, 23 de septiembre de 1992, serie A núm. 102-1, p. 16.

(114) Rivacoba y Rivacoba, ob. cit., p. 873.

(115) Aquí podría plantearse el tema -al cual ya nos hemos referido al tratar de las distintas teorías acerca del bien jurídico- del merecimiento de protección punitiva en función de las disposiciones constitucionales. Si bien consideramos que para tipificar un delito no es necesario que la Constitución ordene expresamente tal proceder, sí debe asegurarse el legislador que se trata de una materia que en virtud del texto constitucional es merecedora de protección jurídica, teniendo como criterio interpretativo y limitador el esencial carácter de última *ratio* que caracteriza particularmente a esta rama del Derecho.

2) Discusión sobre el bien jurídico tutelado

Abordando ahora concretamente la ordenación del territorio, debemos discernir qué sustrato material subyace tras esta designación a efectos de determinar cuál es el bien jurídico tutelado por el Capítulo I del Título XVI del Código Penal (116).

Como precisión previa destacamos que los tipos previstos en el artículo 320 no son más que hipótesis de prevaricación, cualificadas en función de la relación de su objeto con la materia urbanística; por ende, son típicos delitos contra la Administración Pública, por lo que consideramos sistemáticamente desafortunada su inclusión en este capítulo (117). Los comentarios que siguen estarán referidos al bien jurídico subyacente en los tipos del artículo 319.

En primer lugar, es claro que la ordenación del territorio no es en sí misma bien jurídico alguno; la regulación de la utilización del suelo en general y de la actividad urbanística en particular no es sino un mecanismo tendiente a la tutela de unas especiales condiciones de vida de las personas, a saber, aquellas condiciones que tienen que ver con la utilización del suelo correspondiente al hábitat en el que viven.

En un sentido diverso, De La Cuesta ha considerado que la ordenación del territorio no ofrece "muchas dificultades para rellenar el concepto sustancial de bien jurídico en Derecho Penal", que concibe como "el adecuado reparto y distribución del suelo para sus diversos usos" (118), afiliándose a la concepción de bien jurídico manejada por Calliess y Mir Puig (119).

(116) "CAPITULO I. De los delitos sobre la ordenación del territorio:

Art. 319.1. Se impondrán las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

2. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable.

3. En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

Art. 320.1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia."

(117) "Art. 404. A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años." (TITULO XIX. Delitos contra la Administración Pública; Capítulo I: *De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos*).

(118) De La Cuesta Arzamendi, ob. cit., p. 884.

(119) Véase al respecto el punto II.2.b2 de nuestro desarrollo.

Tampoco compartimos la consideración de que el bien jurídico protegido en este capítulo sea la legalidad de la actividad urbanística, como se ha sostenido desde una perspectiva administrativista (120) ; a tal postura eminentemente formal, que identifica bien jurídico con legalidad, cabe aplicarle las críticas que oportunamente desarrollamos respecto del concepto de bien jurídico manejado por el funcionalismo sistémico, que a nuestro entender lo vacía por completo de contenido. En esa forma se estarían concibiendo tales tipos delictivos como de mera desobediencia, lo que colide con los principios que rigen en un Estado social y democrático de Derecho.

Además, afirmar que lo que pretende proteger una ley es la legalidad (más allá de la tautología que conlleva el planteo, en un plano formal) no nos brinda tampoco ningún elemento que permita arribar a una noción sustancial acerca del bien jurídico amparado por el precepto, sustrato material que ineludiblemente debe proveer a las funciones que anteriormente referimos. A nuestro entender, la legalidad de la actividad urbanística se garantiza por diversos mecanismos de contralor de que disponen los particulares y la Administración; únicamente desde una perspectiva del Derecho Penal concebido como accesorio, secundario o meramente sancionatorio de los preceptos de otros sectores del ordenamiento jurídico – postura que no ha tenido fortuna en la dogmática penal moderna (121)– es que podría sostenerse una posición como la aquí expuesta, y a nuestro juicio, tampoco con resultados satisfactorios.

Entre los escasos autores que defienden una concepción puramente sancionatoria del Derecho Penal encontramos a Grispigni, quien señalaba que la función específica de éste “consiste en reforzar con su sanción propia, los preceptos y las sanciones de las otras ramas del derecho”, haciendo coincidir el objeto del Derecho Penal con “la ‘tutela del orden jurídico’ constituido por las otras ramas del derecho” (122). Esta posición –que podríamos calificar de extrema– no va a recibir muchas adhesiones. Otro autor que participa de una concepción del Derecho Penal como de naturaleza secundaria es Maurach, quien va a considerar que “el derecho penal está en todo momento en condiciones de atraer hacia sí todo ilícito que aparezca en cualquier sector del ordenamiento jurídico: *el derecho penal* sirve a la sanción, no a la valoración. El derecho penal no emite prohibiciones, solamente determina, para su propio campo de acción, las consecuencias jurídicas de la contravención a las prohibiciones” (123); sin embargo, va a sostener que la tarea del Derecho Penal consiste en la protección de bienes jurídicos –concebidos éstos como intereses reconocidos por la totalidad o una relevante mayoría del conglomerado social– advirtiendo los peligros que conlleva la formalización del concepto (124). La mayoría de la doctrina, no obstante, se aparta de esta concepción me-

(120) López Ramón, Fernando, “Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos” en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, No. 151, enero-febrero 1997, p. 54.

(121) Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal español - Introducción*, p. 59.

(122) Grispigni, Filippo - *Derecho Penal Italiano*, volumen I - 2 (traducción de la 2ª edición italiana por Isidoro De Benedetti), Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 174 y sgtes..

(123) Maurach, Reinhardt y Zipf, Heinz, *Derecho Penal, Parte General, I*, (traducción de la 7a. edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson), Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 39.

(124) Así, señala que “el concepto de bien jurídico no puede transformarse en una abstracción; en especial, no puede concebirse prescindiendo de la consideración de su titular; una generalización seme-

ramente sancionatoria para el Derecho Penal, asignándole también funciones valorativas (125).

Parece claro, entonces, que modernamente ni aún desde esta perspectiva cabría desconocer la función del bien jurídico como sustrato empírico o material de los preceptos penales, visión que parece surgir de la conceptualización que se comenta.

No es admisible considerar que el bien jurídico protegido en estos delitos sea la “autorización” (126), por cuanto ésta no es más que uno de los elementos de los tipos que delimita la esfera de lo punible; más allá de la confusión padecida en tal opinión, ni aún considerada en su materialidad como actuación administrativa podría aceptarse como bien jurídico tutelado, dado que reconduciría en último caso a una conceptualización puramente formal, y por ende, inaceptable.

Muñoz Conde se refiere al bien jurídico protegido en estos delitos como “el interés que ya de por sí representa el cumplimiento de la ordenación territorial legal o reglamentariamente establecida, esto es, la ordenación del territorio frente a las conductas que transgreden la defensa del urbanismo”; aquí se está articulando un concepto de bien jurídico estrictamente formal. A lo anterior va a unir el interés en la conservación del valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural de determinados lugares, concluyendo en que a través de estos delitos se tutela en última instancia “el derecho de todo ciudadano a la conservación y disfrute de la riqueza natural y el patrimonio cultural” (127). El contenido asignado al bien jurídico tutelado en los delitos sobre la ordenación del territorio no nos parece satisfactorio, por reconducir a un concepto formalista despojado de sustrato material, habilitando la interpretación de los tipos como de mera desobediencia a los mandatos administrativos. También es cuestionable el concepto amplio que propone a continuación; en él se pretende reunir –si bien con una válida intención sistematizante– los distintos capítulos del Título en cuestión, que a nuestro juicio no son homogeneizables, por cuanto entendemos que tutelan objetivas diversas (128). De esta manera el autor obtiene una fórmula un tanto vaga, a nuestro juicio muy amplia, que no parece ser de mayor utilidad de cara a la labor dogmática o interpretativa.

Boix Reig y Juanatey Dorado consideran en sentido similar que el bien jurídico protegido en este capítulo es “la normativa reguladora de la ordenación del territorio”; tal definición, por su naturaleza formal, la hace a nuestro juicio pasible de críticas similares a las expresadas precedentemente. Reconociendo estos autores el carácter formal de la concepción anterior a que hacíamos referencia, cuestionan que tal noción satisfaga las exigencias de un concepto

jante equivaldría a un completo vaciamiento del concepto de bien jurídico. En tal caso, el lugar del interés en la protección del bien debería ser ocupado por el difuso interés en la subsistencia del orden establecido por la colectividad; el concepto de *bien jurídico* se diluiría en el concepto genérico del *ordenamiento jurídico*, pero al mismo tiempo perdería su trascendental rol en la interpretación de la norma y el tipo, así como en el juicio de antijuridicidad en casos de colisión y renuncia”; en Maurach - Zipf, ob. cit., p. 337.

(125) Por todos, Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal español - Introducción*, p. 59 y sgtes..

(126) Betran Abadía y otros, “Los nuevos delitos sobre ordenación del territorio y la disciplina urbanística” en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, No. 151, enero-febrero 1997, p. 24.

(127) Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal, Parte especial*, 11ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 486.

(128) Véase Rivacoba y Rivacoba, Manuel, ob. cit., p. 873.

sustancial de bien jurídico (129), a lo que adherimos. Lo mismo puede predicarse de la noción manejada por Narvaez, al considerar como bien jurídico tutelado el “cumplimiento de las normas administrativas sobre la utilización racional del suelo” aunque debe relativizarse la crítica en la medida en que este autor relaciona tal concepto con el respeto “a la calidad de vida y al hábitat en el que se desenvuelven los seres humanos” (130).

Acale Sánchez va a sostener que el bien jurídico tutelado en estos delitos dependerá del lugar donde se efectúen las construcciones o edificaciones, por lo que entiende que se está tutelando alternativamente la ordenación del territorio, el medio ambiente o el patrimonio histórico (131). No compartimos esta opinión, por cuanto a nuestro juicio corresponde distinguir entre el bien jurídico protegido en la disposición y la finalidad última de la norma; así, la tutela que se concreta en este precepto podrá tender a amparar otros bienes, pero sólo como objetivo o propósito amplio, no como efectiva salvaguarda jurídica. Si se entendiera que se protegen varios bienes jurídicos en estos tipos —opinión que no es la nuestra— deberíamos hablar de un bien jurídico prevalente y otros bienes jurídicos subordinados; preferimos considerar que en estos preceptos se ampara un bien jurídico determinado, para cuya tutela se entra tangencialmente en relación con otros, mas esto no eleva a los demás a la categoría de bienes jurídicos alternativamente tutelados ni tampoco subordinados a otro prevaleciente; por último, si bien los objetos materiales sobre los que recae la tutela podrán coincidir, ésta se realizará con un diverso enfoque, lo que establecerá la distinción entre los diferentes bienes jurídicos.

Para poder arribar a un concepto de bien jurídico satisfactorio, tendremos que atender a los requisitos sustanciales que debe reunir, los que le permitirán ser el sustrato material de estas figuras delictivas (132). Eso sólo será posible si lo ponemos en relación con las condiciones de vida de las personas relativas al espacio físico al que pertenecen, en el que se desenvuelven.

En un sentido similar se manifestaba Rodríguez Ramos, al considerar que el Urbanismo en sí mismo “es una parte de la ordenación del territorio consistente en la determinación de los usos del suelo en relación a la creación, mantenimiento y mejora de los núcleos de población”, y si el objeto de éste es hacer posible y más funcional la vida de los hombres en una sociedad urbana, “el bien jurídico “urbanismo” equivale a calidad de vida y, más concretamente, a calidad del marco físico de esa vida, a calidad del hábitat” (133).

(129) Boix Reig, Javier, *Derecho Penal, Parte especial*, 2a. edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 570. López Garrido y García Aran sostienen una posición similar, manifestando que lo que se afecta en estos delitos son las limitaciones al uso del territorio establecidas legal o administrativamente; en ob. cit., p. 158.

(130) Narvaez Rodríguez, Antonio, “Los delitos sobre la ordenación del territorio: la responsabilidad penal de la Administración urbanística” en *Actualidad penal*, No. 16, abril 1997, Madrid, p. 357.

(131) Acale Sánchez, María, “Delitos sobre la ordenación del territorio” en *Derecho penal del medio ambiente*, (J. Terradillos Basoco ed.), Editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 24.

(132) Boldova Pasamar se referirá en este sentido al “uso social del suelo” como el bien jurídico protegido en estos delitos.

(133) Rodríguez Ramos, “La protección penal del urbanismo”, p. 39.

En virtud de lo expuesto hasta aquí, a nuestro juicio el bien jurídico protegido en estos delitos puede circunscribirse a aquellas condiciones de vida de los individuos, que se relacionan con la utilización y aprovechamiento del suelo que forma parte de su hábitat.

La relevancia asignada a la construcción de un concepto material de bien jurídico para los delitos sobre el ordenamiento del territorio, queda en entredicho si tenemos en cuenta que nos hallamos frente a figuras de peligro abstracto; la opinión dominante considera que en tales supuestos la determinación de la situación peligrosa ha quedado establecida *ex-ante* por el legislador (134), inhibiéndonos de toda evaluación fáctica acerca del peligro corrido por el bien jurídico tutelado en el caso concreto (135). Distinta sería la conclusión si se adoptase una postura que exige para el perfeccionamiento del injusto la constatación en el hecho del efectivo peligro corrido por el bien jurídico, por aplicación del requisito de la antijuricidad material, plasmado en el principio de "*nullum crime sine iniuria*" (136). Esta posición considera que prescindir de verificar la presencia del peligro implica la presunción del injusto, "construyendo un delito a partir de un concepto vacío, de una mera idealidad" (137), lo que conduciría a la incriminación de la sola desobediencia; en sentido similar, Barbero va a destacar la posible incongruencia entre los delitos de peligro abstracto y el Principio de legalidad, si se niega la necesidad de comprobar la idoneidad de la acción para producir el peligro que la ley pretende evitar o la subsistencia del mismo, contradicción únicamente aceptable desde una concepción meramente formal del delito (138).

En cuanto a los bienes jurídicos colectivos, esta constatación no estaría exenta de dificultades, ya que el autor recién citado encuentra en la admisibilidad de la prueba del peligro para estas hipótesis uno de los puntos más arduos a resolver por la doctrina; así, pone como ejemplo lo afirmado por Schroeder, quien sostiene que "debe admitirse siempre la prueba de la falta de peligro si la figura tiene un determinado objeto concreto de protección que permita determinar con seguridad si fue realmente puesto en peligro ... por el contrario, habrá que doblegarse ante la caracterización legal del peligro si el delito se dirige contra la colectividad o contra un objeto inexistente o no comprobable en el momento del hecho" (139).

Por otra parte, la única ventaja de sustentar una concepción meramente formal para estos delitos vendría dada desde una estrategia de política criminal que, basada en el carácter contrario de tal construcción con los presupuestos de un Derecho Penal liberal respetuoso de

(134) Por todos, Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho Penal Español, Parte general, Teoría jurídica del delito/1*, 2a. edición, Tecnos, Madrid, 1981, p. 399.

(135) Admitiendo la exclusión de la tipicidad en el caso extremo de que se hubiere excluido de antemano, previamente, todo peligro, se manifiesta Mir Puig en *Derecho Penal*, p. 209.

(136) Bustos Ramírez, *Manual*, p. 164.

(137) Bustos Ramírez, Juan y Politoff, Sergio, "Los delitos de peligro" en *Revista de Ciencias Penales, Tomo XXVII, No. 1*, Santiago de Chile, 1969 (trabajo recogido en *Control social y sistema penal*, del primer autor, en particular p. 328 y sgtes.).

(138) Barbero Santos, Marino - "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXVI, Madrid, 1973, p. 493.

(139) Barbero Santos, ob. cit., p. 495. Hassemer señalará que la creación de delitos "de víctimas difusas" conformados mediante tipos de peligro abstracto significa un empobrecimiento de los presupuestos de la punibilidad y desde el punto de vista del bien jurídico, la disolución del concepto; en "Lineamientos...", p. 279.

los derechos individuales (140), abogara por la completa abrogación de estas figuras o cuanto menos, su pasaje al ámbito del Derecho Administrativo sancionador (141).

Lo que queda fuera de toda discusión es que la utilidad práctica de sustentar una noción material de bien jurídico pasa por servir a una interpretación restrictiva de los tipos penales (142); la aplicación del Principio de lesividad excluye por atípicas aquellas conductas de poca significación, cuyo menoscabo al bien jurídico tutelado –sustrato material del injusto– sea muy menor (exclusión de las conductas “de bagatela”) (143).

IV. CONSIDERACIONES POLITICO-CRIMINALES

1) Antecedentes

En este punto se pretende evaluar la actuación legislativa en cuanto a la introducción en la normativa penal de la tutela para este bien jurídico; para ello, consideraremos en forma sucinta los diversos antecedentes con que contaron estos nuevos delitos y los juicios que sobre ellos se vertieron.

En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980 se señalaba que el delito urbanístico –como innovación que respondía al cambio social– tenía una evidente significación para la sociedad, ya que su creación era reclamada por la colectividad. Como fundamentación evidentemente que era muy vaga e imprecisa.

Tampoco parecen convincentes los argumentos vertidos por Gimbernat justificando la creación de estos delitos en tal oportunidad, basándose en la búsqueda de “una alternativa al fracaso del Derecho Administrativo para contener la especulación que ha destrozado las ciudades y el paisaje españoles” (144). Si aquí cabe hablar de fracaso, éste debe atribuirse a los aplicadores del Derecho y no a una rama del mismo; y en este fracaso sin duda parte de responsabilidad le cabe a la comunidad, al no ejercitar los mecanismos de contralor pertinentes.

Quintero también estimó acertada la introducción de estos delitos en el mencionado proyecto; si bien lo afirmado por este autor tiene sentido (al lamentarse –en 1980– de que “en los

(140) Barbero Santos, ob. cit., p. 494; Bustos - Politoff, ob. cit., p. 329.

(141) Lo que parece haber sucedido en Italia con las infracciones de carácter formal previstas por la Ley No. 10 de 28 de enero de 1977, relativa a las normas para la edificabilidad del suelo, tras la aprobación de la Ley No. 47 de 28 de febrero de 1985, que estableció las “normas en materia de control de la actividad urbanístico-edilicia, sanciones, recuperación y sanatoria de las obras abusivas”. En Acale Sánchez, María - “La protección penal del ambiente frente a las agresiones urbanísticas en la legislación italiana” en *Cuadernos de política criminal*, No. 60, 1996, p. 694.

(142) Muñoz Conde, Francisco y García Aran, Mercedes - *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 277.

(143) Sobre su aplicación respecto a los delitos contra el medio ambiente, véase Tiedemann, Klaus - “Protección penal del medio ambiente en España y Alemania” en *Poder económico y delito*, Ariel, Barcelona, 1985, p. 144.

(144) Gimbernat Ordeig, Enrique, “La parte especial en el Proyecto de Código Penal” en *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, p. 54.

últimos años la ausencia de control democrático en los Ayuntamientos y, en general en la ordenación del suelo, el caos urbanístico se había enseñoreado del país y a su socaire se formaron cuantiosas fortunas”) no parece razonable sustentar ese parecer ante una diferente situación institucional, que va a habilitar otras instancias de control y participación ciudadanas, susceptibles en todo caso de mayor eficacia que la que pueda proporcionar la “fuga hacia el Derecho Penal”; en todo caso –como ya hemos señalado– la eficacia de las normas que regulan la ordenación del territorio va a depender primordialmente de la existencia de voluntad política para su aplicación, como destaca Rodríguez Ramos (145). De todos modos, más adelante Quintero parece advertir esta circunstancia, matizando su posición al reconocer que “debe ser el control social y democrático del urbanismo el que evite la posibilidad de que esta infracción pueda cometerse; y si ese control no se produjera “efectivamente” tampoco podría esperarse que la solución la ofreciera directamente el Código Penal, que es sólo la *última ratio* (146).

En ocasión de comentar la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983, De La Cuesta va a justificar la necesidad de adoptar “una protección jurídica estricta” para la ordenación del territorio, para lo que pone como ejemplo la situación de “cualquiera de los núcleos urbanos españoles, en especial los que han sufrido mayor desarrollo demográfico hacia los años 50-60”. Sin embargo, este autor se muestra cauto a la hora de promover la tutela punitiva para la ordenación del territorio, por cuanto no hay una exigencia constitucional expresa de la misma y además por “la escasa o ínfima eficacia” a esperar de las normas penales a este respecto (147).

De los argumentos ofrecidos por De La Cuesta, más que la necesidad de la tutela penal de la ordenación del territorio, surge a nuestro juicio como imperativa la aplicación de la normativa urbanística. No parece convincente el recurso a una situación de décadas pasadas, en que se vivía un distinto régimen político –a la que seguramente se refiere Quintero en la mención precedente para promover la incorporación de legislación penal (y no estamos afirmando que haya sido ésta la intención del autor); ofrece reparos también que para dar cabida a un bien jurídico en el ámbito penal se diga que su inclusión “no ofrece muchas dificultades”, por cuanto el criterio debería ser estricto a este respecto –a saber, sólo cuando sea imprescindible, por aplicación del principio de intervención mínima–; tampoco parece procedente –en el mismo sentido auspiciar la creación de figuras delictivas con la convicción de que su eficacia va a ser casi nula.

En la exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992 se hace un especial hincapié en este carácter, esto es, un Derecho Penal regido por el principio de intervención mínima.

(145) Rodríguez Ramos, “La protección penal del urbanismo”, p. 44.

(146) Quintero Olivares, Gonzalo, “Observaciones sobre la parte especial del Anteproyecto de Código Penal. Delitos contra la vida y libertad y contra el patrimonio y el orden económico” en *La reforma del Derecho Penal*, Universidad Autónoma de Barcelona (S. Mir ed.), Bellaterra, 1980, p. 263.

(147) De esta forma, y no despojado de cierta ambigüedad, termina diciendo: “De todos modos, y puesto que, con sus imperfecciones, el Derecho urbanístico cuenta ya, a nivel legal, de medios suficientes, preventivos y represivos, para hacer frente a las infracciones de sus normas, tampoco parece improcedente, dada la entidad de los atentados urbanísticos y el desprecio generalizado de la regulación administrativa, postular la intervención del Derecho penal en los casos más graves, aunque sin perder de vista las limitaciones propias de este instrumento”; en De La Cuesta Arzamendi, ob. cit., p. 884 y sgtes..

Así, se afirmará que “el Código Penal no protege a los bienes jurídicos frente a cualquier ataque imaginable, sino únicamente frente a los que se considere más graves o peligrosos, sea por razones objetivas o subjetivas. Esto, que se conoce como protección fragmentaria, se combina y complementa con el principio de intervención mínima. En virtud de éste se excluyen del Código Penal todos aquellos problemas que pueden resolverse razonablemente mediante las vías del derecho privado o del derecho administrativo” (148).

Sin embargo, fundándose en “el cambio de condiciones sociales y culturales” se propone la creación de delitos sobre la ordenación del territorio, remitiéndose a la relación entre urbanismo y medio ambiente (149); como ya se ha indicado, si bien existe una vinculación entre ambos conceptos, no son identificables ni subsumible uno en el otro; tampoco invocar esta relación sin ningún otro fundamento parece argumento suficiente para criminalización alguna.

La exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, de septiembre de 1994 (proyecto que dará lugar a la posterior aprobación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) pareciera haber percibido con más claridad que sus antecedentes la contradicción subyacente en la proclamación del principio de intervención mínima y la simultánea amplia tipificación de nuevos delitos, por lo que articula un discurso más sincero, reconociendo que “se ha afrontado la antinomia entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia” entre las que se destaca “la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y de los recursos naturales” (150). Como ya hemos manifestado reiteradamente, si bien puede concordarse en la necesaria tutela de nuevos bienes jurídicos (en el sentido que le hemos asignado al concepto; véase nota 2), no por ello se justifica recurrir sin más al Derecho Penal —ni tampoco articular un planteo defensivo como el precedente—, ocurrencia que en este caso estimamos innecesaria ante la existencia de otros mecanismos de protección; en este punto ciertamente que cobra importancia recordar que la búsqueda de un sustrato material para los delitos surge como límite a la intervención punitiva del Estado.

Rodríguez Ramos considera —fundándose en las experiencias francesa e italiana, que establecen delitos urbanísticos (a diferencia de la legislación alemana, que regula el tema en el plano del Derecho Administrativo sancionador) (151)— que el sistema de represión penal en materia de Urbanismo es insuficiente en sí mismo desde muy diversos puntos de vista (152). Y es que si no hay una aplicación efectiva de la regulación administrativa, resulta absurdo recurrir al Derecho Penal para pretender solucionar los problemas de una Administración ineficiente; en todo caso, corresponderá que se tomen medidas que eviten la pasividad de los

(148) Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992, citado, p. 4.

(149) *Idem*, p. 17.

(150) Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994, en *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, V legislatura, 26 de septiembre de 1994, serie A núm. 77- 1, p. 2.

(151) Rodríguez Ramos, “La protección penal del urbanismo”, p. 44; Morales Prats - Tamarit Sumalla, *ob. cit.*, p. 1489.

(152) Rodríguez Ramos, “La protección penal del urbanismo”, p. 44.

aplicadores del Derecho o su posible connivencia con los particulares infractores y no incurrir en el fácil expediente de tipificar conductas, instrumentalizando al Derecho Penal en función de las conveniencias políticas del momento (153).

En cuanto a las infracciones contenidas en el Código del Urbanismo francés, Delmas-Marty las clasifica en tres categorías que obedecen todas a un común esquema de legislación penal de reenvío a disposiciones administrativas (normas penales en blanco) en las que pueden encontrarse, asimismo, definiciones muy vagas; en estas categorías se distinguen preceptos: a) relativos a la organización del suelo para construir, b) relativos al parcelamiento y c) relativos a los permisos de construcción y procedimientos similares (154). Si tenemos en cuenta que los textos administrativos a que remiten las normas penales en blanco son frecuentemente reglamentos o simples disposiciones administrativas (155), el Principio de legalidad se ve seriamente vulnerado.

El legislador italiano ha optado por una tutela penal mediante la creación de *contravenciones*. Si bien un sector doctrinal ha criticado la protección penal de la ordenación del territorio por entender que el Derecho Administrativo es el sector del ordenamiento jurídico apropiado para tal regulación (156), se ha valorado positivamente la exclusión de la legislación penal de las infracciones meramente formales (por la Ley 47 de 1995) —que habrían pasado al ámbito administrativo— así como que para algunos supuestos las contravenciones puedan extinguirse mediante el pago voluntario de una suma de dinero (institutos de “condonación urbanística” y “autorización en sanatoria”) (157). De todos modos, para estos autores quedarían subsistentes los cuestionamientos criminológicos emergentes del reconocimiento de que a través de estas conductas ilícitas se pueden buscar fines ajustados a Derecho (disponer de una casa, por ejemplo), y que a través de esta regulación se corre el riesgo de estar utilizando al Derecho Penal “como medio para perseguir objetivos de carácter social” (158).

Haciendo referencia a estos sistemas jurídicos, Morales y Tamarit van a considerar que la legislación francesa es una muestra de administrativización del Derecho Penal (normas penales en blanco, elementos típicos indeterminados, como ya hemos visto), defectos que también

(153) Analizando las causas de la creación de nuevas normas penales, Roxin encuentra una de ellas en el afán de los partidos políticos de tranquilizar al electorado: “Con la aparición de alteraciones sociales, una gran parte de la población espera que ocurra algo para hacerlas desaparecer y los políticos singularmente antes de las elecciones- son demasiado proclives a dar la impresión de una actuación decidida con el recurso al Derecho penal allí donde la norma penal nada tiene que hacer. Todo ello representa un abuso al que una política criminal racional debería contraatacar”; en “El desarrollo de la política criminal...”, p. 88.

(154) Delmas-Marty, ob. cit., p. 225 y sgtes..

(155) Delmas-Marty, ob. cit., p. 233.

(156) Acale cita a tal respecto la opinión de Bertoni en “La repressione penale degli abusi edilizi” en *Rivista Giuridica dell’edilizia*, 1971 (II), p. 213; en Acale Sánchez, “La protección penal del ambiente...”, p. 693.

(157) *In extenso* en Acale Sánchez, “La protección penal del ambiente...”, pp. 680 y sgtes. y 700 y sgtes..

(158) De tal opinión Bertoni, ob. cit., y Fiandaca-Tessitore en “Diritto penale e tutela del territorio”, en *Materiale per una riforma del sistema penale*, vv.aa., Milán, 1984, p. 67 y sgtes.; citados por Acale Sánchez en “La protección penal del ambiente...”, p. 679.

recogería la legislación italiana, pasando a suplir la magistratura penal de ese país el mal funcionamiento de la Administración urbanística (159).

La experiencia de otras legislaciones parece indicar —como antes señalaba Rodríguez Ramos— que es muy poco lo que puede hacer la normativa penal si previamente no se han tomado las medidas políticas y administrativas de carácter preventivo oportunas (160). Más aún, personalmente creemos que sólo tras la *efectiva* aplicación de una política racional de ordenación del territorio, prolongada en el tiempo, disponiendo la Administración de recursos humanos, materiales y jurídicos para su puesta en práctica, es que podrá llegarse a analizar —en su caso, solamente ante la constatación de una evidente insuficiencia de los mecanismos administrativos y frente a atentados muy graves— la posibilidad de recurrir a la normativa penal en esta materia; de lo contrario —muestra de lo cual parece ser la situación actual— la tipificación penal sobre la ordenación del territorio vulnera el Principio de intervención mínima, apartando al Derecho Penal de su carácter de última *ratio*, connatural a su esencia.

Del debate parlamentario en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, no surgen muchos elementos de interés, desde una perspectiva del bien jurídico protegido en este capítulo. A lo sumo, que el ponente del Grupo Socialista considere que el Título del proyecto en cuestión se refiere al “delito ecológico” en general, que según su parecer, se asienta sobre tres pilares: la tutela de la ordenación del territorio, la defensa de los recursos naturales y del medio ambiente propiamente dicho, y la protección de la flora y la vida silvestre (161). Semejante conclusión no surgía de la exposición de motivos del proyecto —que ya mencionamos— ni surge tampoco del propio debate, ni de la lectura del texto proyectado ni del texto definitivamente aprobado; que la ordenación del territorio y la tutela del medio ambiente son materias conexas es evidente, pero no creemos que quepa arribar a la conclusión precedente, entre otros, por los argumentos ya expuestos al analizar la relación entre estos dos conceptos (162). A la hora de interpretar los textos positivos frente a esta opinión aislada cabrá remitirse, en todo caso, a los criterios de interpretación sentados por el artículo 3.1 del Título Preliminar del Código Civil (163).

Tal vez pueda echarse en falta en estos debates una consideración más amplia de los fundamentos de la tipificación que se comenta, a efectos de calibrar con profundidad desde una perspectiva del bien jurídico tutelado, la “génesis, significación y legitimidad” de la opción político-criminal asumida, a que se refiere Terradillos (164).

(159) Morales Prats - Tamarit Sumalla, ob. cit., p. 1489.

(160) Rodríguez Ramos, “La protección penal del urbanismo”, p. 45.

(161) Ponencia del Sr. Diputado Barrero López en *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia e Interior*, V legislatura, año 1995 núm. 512, Sesión núm. 66 (6 de junio de 1995), p. 15603.

(162) Véase punto III. 1 .

(163) Valorando estas discusiones como mero indicio de una cierta voluntad legislativa; así, Castan Tobeñas, José, *Derecho Civil Español, común y foral*, Tomo I v. 1, reimpresión de la 12a. edición (revisada y puesta al día por José L. De Los Mozos), Reus, Madrid, 1986, p. 556.

(164) Terradillos Basoco, ob. cit., p. 125.

Por último, y como curiosidad, cabe señalar que uno de los miembros de la Comisión por el Grupo Popular propuso para toda edificación sin licencia o excediendo la misma, dejar de lado el principio de intervención mínima en aras de una mayor eficacia, a fin de evitar esta "grave plaga de nuestro urbanismo" (165); las consideraciones que hemos efectuado a lo largo de este trabajo nos eximen de todo comentario.

2) El derecho vigente

Abordando ahora una consideración general del Código Penal vigente, veremos que entre las críticas que se le han dirigido desde la doctrina, figura precisamente la vulneración del Principio de intervención mínima.

Como ha destacado enfáticamente Rodríguez Ramos, no deja de parecer incongruente la invocación de este principio en la exposición de motivos, cuando "la realidad tanto cuantitativa (número de artículos del nuevo Código) cuanto cualitativa es que se ha expandido elefantíasicamente el ámbito de lo penal" (166).

Muñoz Conde advierte este problema reflejado en la tendencia a la funcionalización que advierte en la reciente legislación penal. En efecto, este autor señala que la política criminal se ha transformado en un instrumento de dirección y configuración social "que pretende resolver los problemas más acuciantes y característicos de las sociedades de nuestro tiempo con la ayuda, *prima facie* y no puramente secundaria o accesorio, del Derecho Penal", orientándose en función de criterios de rentabilidad política o electoral; como contrapartida, se le asignan al Derecho Penal tareas que no podrá cumplir "ofreciendo engañosamente a la opinión pública unas perspectivas de solución a los problemas que luego no se verifican en la realidad" (167). En sentido similar se expresa Saez Valcarcel, cuando afirma que en el nuevo código el Derecho Penal se ha utilizado simbólicamente como medio de dirección social para "sensibilizar a la gente", esto es, apostando a imponer valores éticos desde el Estado a través de la criminalización, instrumentalizando al Derecho Penal como motor del cambio social en lugar de apoyar el funcionamiento correcto de los controles del poder, externos e internos (168). Tal vez Von Liszt se preguntase en esta situación, qué queda del Derecho Penal como barrera infranqueable de la política criminal.

La amplia utilización de leyes penales en blanco en el nuevo Código también ha sido objeto de críticas (169); en efecto, su empleo puede plantear problemas en cuanto lesión del

(165) Intervención del Sr. Diputado Pillado Montero en *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia e Interior* citado, p. 15600.

(166) Rodríguez Ramos, Luis, "Un buen Código para reformar" en Revista jurídica española *La Ley*, Tomo III, 1996, p. 1342 (diario 4043 de 24 de mayo de 1996).

(167) Muñoz Conde, Francisco, "El "moderno" Derecho Penal en el nuevo Código Penal. Principios y tendencias", en Revista jurídica española *La Ley*, Tomo 3, 1996, p. 1339 (diario 4043 de 24 de mayo de 1996).

(168) Saez Valcarcel, Ramón - "El nuevo código: maximalismo penal" en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, No. 26, julio 1996, p. 4 y sgtes.

(169) Cobo Del Rosal, Manuel - "Consideración general sobre el nuevo Código Penal" en Revista jurídica española *La Ley*, Tomo 3, 1996, p. 1332 (diario 4043 de 24 de mayo de 1996); Muñoz Conde, "El "moderno" Derecho Penal en el nuevo Código Penal...", p. 1340; Rodríguez Ramos, "Un buen código para reformar", p. 1342; Rivacoba y Rivacoba, ob. cit., p. 862.

Principio de legalidad (170). La remisión a la normativa administrativa es particularmente compleja en los delitos sobre la ordenación del territorio (171), por cuanto la legislación penal es competencia exclusiva del Estado mientras que en la regulación de esta materia (de acuerdo con la previsión del art. 148.1 num. 3º. de la Constitución) tienen competencia las Comunidades Autónomas (172), lo que puede resultar conflictivo desde la perspectiva del Principio de igualdad ante la ley penal (173).

También en los delitos sobre la ordenación del territorio, se ha visto una posible colisión con el Principio de intervención mínima (174). Si bien podría sostenerse que el ámbito de lo punible está acotado (que por cierto la delimitación de los supuestos típicos ha sido criticada desde tiendas diversas, valoración para la cual nos remitimos a la bibliografía citada sobre el tema) y los guarismos de las penas no son excesivamente elevados en relación a otros bienes jurídicos tutelados, creemos que de todos modos es criticable la intervención penal en esta materia, pues —como ya se ha manifestado— se tiende a hacer cumplir a la normativa penal las tareas propias de otra rama del Derecho, desnaturalizándole. A ello se une el riesgo de que esta rama del Derecho se transforme —en gráfica expresión de Muñoz Conde— en una *soft law*, expandiendo el ámbito de lo punible mediante el cumplimiento de funciones propias del Derecho Administrativo —pretendiendo suplir el funcionamiento ineficaz de la Administración— y diluyendo su carácter de última *ratio* (175). Sin duda que el recurso punitivo es más económico y simbólicamente más efectivo —por tanto, políticamente más rentable— que la construcción de una Administración eficiente, pero no creemos que vaya a ser eficaz como mecanismo de tutela y sí tenemos la certeza de que la inflación punitiva (en la que se enmarca la creación de estos delitos) comienza a transitar por carriles de incremento represivo —que implican riesgos para las garantías individuales— de difícil retroceso, máxime cuando se afirma una

(170) Blanco Lozano, ob. cit., p. 710 y sgtes.; referido específicamente a la ordenación del territorio, Acale Sánchez, "Delitos sobre la ordenación del territorio", p. 18.

(171) CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA:

"Artículo 139 - Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado..."

"Artículo 148 - 1. Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: (...)

3a. Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda..."

" Artículo 149 - El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...)

6a. Legislación mercantil, penal y penitenciaria;..."

(172) Véase al respecto, Muñoz Conde - García Aran, ob. cit., p. 103 y sgtes; tal problemática ha cobrado actualidad tras la sentencia del Tribunal Constitucional No. 61/97 de 20 de marzo, declarando inconstitucionales gran parte de los artículos del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 1992. Una interesante perspectiva de la problemática competencial en la legislación belga en materia penal ambiental puede verse en Hennau-Hublet, Christiane - "Cuestiones actuales del Derecho Penal del medio ambiente en el Derecho Penal belga", en *Cuadernos de Política Criminal*, No. 60, Edersa, Madrid, 1996, p. 733.

(173) Boix Reig - Juanatey Dorado, ob. cit., p. 570.

(174) Muñoz Conde, *Derecho Penal*, p. 486; Boix Reig - Juanatey Dorado, ob. cit., p. 570; Saez Valcarcel, ob. cit., p. 7.

(175) Muñoz Conde, "El "moderno" Derecho Penal en el nuevo Código Penal..." p. 1340.

concepción penal promocional y etizante (176), que abona el camino para el castigo de la mera desobediencia, y por ende –en último término– de la disidencia (177).

La criminalización simbólica es un instrumento de legitimación del Estado; en este sentido ha manifestado con acierto Aniyar De Castro que “cuando se incrimina una conducta se está demostrando que “se está haciendo algo” en relación a ella”, haciendo creer que se ha solucionado un problema (178).

En momentos en que lo penal aparece cada vez más vinculado a funciones simbólicas e ideológicas (179) resulta oportuno recordar que en un Estado social y democrático de Derecho, el Derecho Penal “debe aparecer siempre como última *ratio legis*, encontrarse siempre en último lugar y entrar en juego tan sólo cuando resulta indispensable para el mantenimiento del orden jurídico y la paz ciudadana” (180).

(176) Véanse sino las palabras del Ministro de Justicia e Interior pronunciadas ante el Congreso de los Diputados en ocasión de la votación final del proyecto: “el papel promocional que el Estado se autoasigna, obliga a tipificar conductas que hasta ahora nunca fueron delito, jugando el Derecho Penal un papel promocional, transformador o conformador de la realidad social”; citado por Saez Valcarcel en ob. cit., p. 6.

(177) Y en este riesgo caen, según Terradillos, quienes “pretendiendo superar el carácter “negativo” de un Derecho Penal limitado a la protección de bienes jurídicos, hipervaloran las posibilidades de aquél, le atribuyen una función ético-social positiva y preconizan una política criminal basada sólo en la idea de valor”; Terradillos Basoco, ob. cit., p. 126.

(178) Aniyar De Castro, Lola, “Sistema penal y sistema social: la criminalización y la decriminalización como funciones de un mismo proceso” en *Cuadernos de política criminal*, No. 14, Edersa, Madrid, 1981, p. 347. En este sentido nos refiere la autora que “Este es el caso de la *hemorragia legislativa* que se ha producido en Venezuela en relación al delito ecológico. La nueva conciencia sobre la preservación de la naturaleza parece haberse calmado con la formulación de nuevos tipos penales. Pero las sanciones no afectan a los grandes culpables. Se revierten, como se dijo, al consumidor. El problema no se ha resuelto” (el destacado es nuestro).

(179) Grezzi, Ofelia, Prólogo a la obra de Massimo Pavarini, *Los confines de la cárcel*, Carlos Alvarez editor, Montevideo, 1995, p. XVI.

(180) Rodríguez Mourullo, Gonzalo, “Directrices político-criminales del Anteproyecto de Código Penal” en *La reforma del Derecho Penal*, Universidad Autónoma de Barcelona (S. Mir ed.), Bellaterra, 1980, p. 168.

