

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

¿POLÍTICA CRIMINAL "MODERNA"? CONSIDERACIONES A PARTIR DEL EJEMPLO DE LOS DELITOS URBANÍSTICOS EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

JESUS-MARIA SILVA SANCHEZ

SUMARIO: 1. Introducción - 2. La cuestión del bien jurídico protegido - 3. La cuestión del riesgo jurídico-penalmente relevante y los denominados *Kumulationsdelikte*. Sobre la diversidad de perspectivas del Derecho penal y el Derecho administrativo en la protección de bienes jurídicos: 3.1 Breve alusión al estado de la discusión sobre el riesgo penalmente relevante en el delito urbanístico; 3.2 Derecho administrativo sancionador y Derecho penal en la protección de bienes jurídicos; 3.3 Crítica a la teoría de los *Kumulationsdelikte* (o delitos de acumulación); 3.4 Balance - 4. La concreción del principio de proporcionalidad. La exigencia de garantías cualificadas en caso de conminación con penas privativas de libertad - 5. Conclusión.

1. Introducción

¿Qué juicio merece desde perspectivas político-criminales un precepto (art. 319.1 CP español) que sanciona con *penas privativas de libertad* a ciertos sujetos por llevar 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"? ¿Y qué decir del que realiza otro tanto con ciertos sujetos que "lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable" (art. 319.2 CP español)?

A mi entender, dicho juicio ha de ser abiertamente negativo, tanto desde el punto de vista de las *garantías materiales* como desde el propio de las *garantías formales* del Derecho penal. Con ello,

no pretendo manifestarme todavía abiertamente en el sentido de que dichos preceptos resulten inconstitucionales. En efecto, como han tenido ocasión de subrayar tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, la Política criminal es, esencialmente, una cuestión que compete al legislador ordinario. Ello significa que el marco que la Constitución dispone para la actividad legiferante en materia de Derecho penal es significativamente amplio. De conformidad con lo anterior, sólo excepcionalmente pueden hallarse supuestos de inconstitucionalidad de un precepto promulgado por el legislador. Dicha inconstitucionalidad puede serlo *por exceso*, esto es, por la injerencia del Derecho penal en ámbitos en los que no cabe apreciar un bien jurídico-penal o bien por no haber respetado el principio de protección proporcionada, al individualizar los riesgos penalmente relevan-

tes para dicho bien. Más infrecuente y discutible es la *inconstitucionalidad por defecto*, ocasionada por la abstención del legislador penal, que no protegería — o no de modo suficiente — un bien merecedor y necesitado de tal protección. Con todo, lo más común — como se ha indicado — es que no nos hallemos ni ante uno ni ante otro extremo, de modo que la regulación legal de que se trate pueda ser estimada conforme a la Constitución. Ahora bien, aun esto no implica que no haya lugar a la crítica, en el sentido de afirmar que el régimen por el que se haya optado no es el más conveniente, esto es, que tiene más inconvenientes que ventajas en ese cálculo de coste/beneficio (libertad/necesidades de protección) inherente a toda decisión de tipificar una conducta determinada.

A pesar de la reserva manifestada, lo cierto es que los textos aludidos al inicio, si no incurrían en inconstitucionalidad, se hallan al borde de la misma. Los principios constitucionales que se ven, a mi entender, comprometidos por una regulación como ésta son el principio de proporcionalidad y el principio de legalidad. Por su parte, los problemas suscitados por tal regulación y que, en consecuencia, deben ser analizados son los relativos al *merecimiento de protección penal del bien jurídico*; al contenido de *lesividad de la conducta descrita*; y, en fin, al modo en que se caracteriza dicha conducta mediante una *acumulación de remisiones normativas* de diversa naturaleza.

Así, por un lado se hallan dificultades en la *determinación del bien jurídico protegido* y en su calificación como bien jurídico-penal. Estas alcanzan, por tanto, al referente material que deba, no ya sólo justificar la intervención del Derecho penal en este ámbito, sino adicionalmente presidir la interpretación que de

los tipos legales haya de realizarse. En segundo lugar, y en parte como consecuencia de lo anterior, el texto legal no ofrece bases suficientes para concretar el *nivel de riesgo jurídico-penalmente* relevante en relación con el bien jurídico de que se trate. Esto es, para una adecuada integración del principio de fragmentariedad. Ambos problemas no han sido, en lo que alcanzo a ver, afrontados en toda su dimensión por la doctrina que se ha ocupado del tema. Así, el bien jurídico se asocia de modo ciertamente mecánico con la *ratio legis*; y, por su parte, parece estimarse la concurrencia de un riesgo jurídico-penalmente relevante tan pronto como se constata la *realización gramatical* de los elementos del tipo. El conjunto representado por la regulación legal y las propuestas interpretativas efectuadas evoca más bien la imagen de un ilícito de mera desobediencia, sancionatorio, orientado a la protección secundaria de un determinado modelo de gestión sectorial administrativo, que la de un injusto criminal.¹

Con todo, la alusión a los dos aspectos referidos no pone fin a las dificultades que la regulación plantea. En efecto, como se indicaba *supra*, tampoco la técnica legislativa por la que se ha optado resulta indiscutible. Así, por un lado, si el Derecho administrativo urbanístico carece — según se dice — de la capacidad de soportar por sí solo el peso de la ordenación racional del territorio, resulta llamativo que el Derecho de los delitos urbanísticos recurra a un *modelo de accesoriadad* respecto al Derecho administrativo, que al menos en un caso

(1) Crítico sobre esquemas de incriminación como el que, a mi juicio, se da en el art. 319, De la Mata Barranco, *Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa*. Barcelona 1996, p. 73.

resulta ser incluso de accesoriedad de acto.² Por otro lado, y en un plano formal, la *combinación en la descripción típica de remisiones normativas y elementos jurídico-normativos* no describe, desde luego, el mejor panorama en cuanto al respeto a las garantías del principio de legalidad. A continuación, trataremos de aludir con mayor detalle a las dos primeras cuestiones (bien jurídico y riesgo penalmente relevante), dejando para otra ocasión lo relativo a la legalidad penal.

2. La cuestión del bien jurídico protegido

Si tuviéramos que atenernos a la intitulación del Capítulo primero del Título XVI del Libro II CP español (Delitos sobre la ordenación del territorio), parecería razonable sostener que el bien jurídico protegido en los delitos de los arts. 319 y 320 CP es, precisamente, el sistema administrativo de asignación de diversas finalidades al suelo.³ Ello revelaría un modelo

estrictamente secundario y sancionatorio del Derecho penal, que no entraría en la determinación del objeto concreto de protección, limitándose a reforzar, en sus aspectos más relevantes, el modelo de protección preexistente en el Derecho administrativo. Sobre la posibilidad de que el planteamiento de la cuestión en estos términos respondiera a las finalidades del Derecho penal habría que abrigar, a mi entender, muy serias dudas.

Parcialmente diferente parece ser, con todo, la opinión de quienes entienden que "de la lectura del texto constitucional no cabe inferir obstáculo alguno para el desarrollo de una legislación penal relativa a la ordenación del

es susceptible de inclusión en el concepto sustancial de bien jurídico, así como sobre el respeto del principio de *ultima ratio*.

Sobre las observaciones de estos dos autores, deseo efectuar dos precisiones. En primer lugar, que la cuestión podría no referirse al principio de intervención mínima o *ultima ratio*, cuando precisamente se alega como fundamento de la intervención penal el fracaso protector de los medios extrapenales (podría haber, pues, necesidad de pena). Sin embargo, aun fracasados los medios extrapenales para la prevención de determinados ilícitos, éste no puede intervenir si ello se muestra, a la vista del ilícito en cuestión, abiertamente desproporcionado (ausencia de merecimiento de pena). Por lo demás, conviene poner de relieve que, mientras que, según jurisprudencia bastante asentada, el principio de intervención mínima carece de rango constitucional, no ocurre lo mismo con el principio de proporcionalidad de la intervención penal. A mi juicio, es precisamente éste el probablemente vulnerado por la concreta regulación de los delitos sobre la ordenación del territorio. Lo cual no quiere decir que cualquier forma de tipificación en esta materia fuera igualmente vulneratoria. Sí, ciertamente, que la elegida probablemente lo es.

(2) Esto es, el ilícito penal se hace depender del incumplimiento de un acto administrativo (por mucho que aquí los problemas que surgen no sean todos los que podrían ser, al pertenecer la licencia urbanística al ámbito de los actos reglados).

(3) Más expresamente, y por citar sólo dos ejemplos significativos, para Muñoz Conde, Derecho penal. Parte Especial, 11 ed. Valencia, 1996, p. 486, el bien jurídico es el "cumplimiento de la ordenación territorial legal o reglamentariamente establecida", si bien manifiesta "dudas" en cuanto a la conformidad de ello con el principio de intervención mínima. Por su parte, Boix, en Vives/Boix/Orts/Carbonell/González Cussac, Derecho penal. Parte Especial, 2. ed. Valencia, 1996, p. 570, el bien jurídico es la "normativa reguladora de la ordenación del territorio", manifestando asimismo dudas sobre si tal objeto

territorio"; algo que, además, habría sido acometido respetando el principio de subsidiariedad, puesto que "sólo han sido objeto de incriminación aspectos muy puntuales de edificación o construcción que atañen principalmente al suelo no urbanizable y a las áreas de especial protección", a lo que habría que añadir "el fracaso del Derecho administrativo como técnica de tutela para contener la especulación".⁴

Sea como fuere, lo cierto es que un sector de la doctrina ha tratado de alejarse de tal visión de las cosas, aunque, como se verá, las conclusiones que alcanza no difieren de modo relevante de las que alcanzaría quien mantuviera *tout court* que nos hallamos ante el puro refuerzo punitivo de los aspectos nucleares de un determinado modelo administrativo de gestión del territorio. La vía seguida parece haber sido la de tomar como referencia las *propiedades del suelo*, como elemento integrante del medio ambiente humano.⁵

Pues bien, desde luego no parece existir duda acerca de que el suelo, como recurso natural de gran relevancia en el medio ambiente humano, debe ser jurídicamente protegido (incluso jurídicamente protegido), a fin de que pueda ser objeto de un uso racional, capaz de articular las necesidades de

desarrollo socio-económico y la conservación de ciertas propiedades del mismo, en particular las que inciden sobre la calidad de vida de las personas. De hecho, ello ya tiene lugar en nuestro Derecho — a través de los delitos contra el medio ambiente — desde 1983. Sí se suscitan dudas, en cambio, en cuanto al modo de afrontar la protección jurídico-penal de un objeto tan difuso como son, precisamente, las "propiedades del suelo", sin incurrir en fórmulas que resulten vulneratorias de principios básicos de la intervención jurídico-penal, como los más arriba mencionados. Se trata, obviamente, de un bien jurídico supraindividual, que muestra las características propias de esta clase de bienes, en particular la indefinición de sus márgenes y la consiguiente dificultad en determinar cuándo puede estimarse efectivamente lesionado (ésta es, al menos, una de las acepciones de la expresión italiana que alude a estos "nuevos" bienes colectivos como "intereses difusos").

La línea aludida, es, si la entiendo bien, la acogida por la monografista Acale Sánchez. Esta, en efecto, si bien manifiesta que nos hallamos ante un bien jurídico de nuevo cuño, precisamente denominado *ope legis* "ordenación del territorio",⁶ procede a una reinterpretación del mismo. Así, no se inclina por la estimación inmediata de la ordenación del territorio como bien jurídico penal, sino que sostiene que el bien jurídico protegido es, también aquí, el medio ambiente (al que eventualmente se sumaría el patrimonio artístico), de modo que *el tipo se singularizaría por proteger tal bien plural — ya tutelado en otros preceptos del Código —*

(4) Morales Prats/Tamarit Sumalla, en Quintero (Dir.), Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal, Pamplona, 1996, p. 843, 844 y 845.

(5) Especial mención merece la referencia de Conde-Pumpido Tourón, en Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), Código penal. Doctrina y Jurisprudencia, II, Madrid, 1997, p. 3.196, a que el bien jurídico no es la normativa, sino el *valor material* de la ordenación del territorio: utilización racional del suelo orientada a los intereses generales.

(6) Acale Sánchez. *Delitos urbanísticos*. Barcelona, 1997, p. 51.

*precisamente frente a las agresiones urbanísticas.*⁷

Lo "urbanístico" aludiría, pues, al medio comisivo y no al bien jurídico.⁸

La "conversión" de los delitos urbanísticos en delitos contra el medio ambiente humano o el patrimonio histórico podría justificar el *merecimiento de pena* de las conductas en las que los mismos se plasmaran.⁹ Por lo demás, la adecuación del Derecho penal para proteger un objeto de esa naturaleza no tendría que ponerse en cuestión (no, desde luego, en mayor medida que en los demás delitos contra el medio ambiente o el patrimonio histórico). En fin, con la adopción de esta perspectiva cabría salvar, todavía, la dimensión interpretativa (función político-criminal *de lege lata*) del concepto de bien jurídico. Pues las "propiedades del suelo", pese a su vaguedad, permiten partir de un punto de vista material que es imprescindible a la hora de interpretar un tipo penal. Atendido el carácter difuso del bien, el peso decisivo de la cuestión se desplazaría hacia el modo de determinación del riesgo jurídico-penalmente relevante, cuestión a la que nos dedicamos en adelante.

Peró, para concluir, sí conviene poner de relieve la posibilidad de conformar modelos legislativos alternativos, que

expresaran en mucha mayor medida la incidencia de la conducta sobre las condiciones de vida de las personas. Quince años después, estimo que siguen mereciendo consideración las propuestas que en su día efectuara *Rodríguez Ramos*.¹⁰ Este autor, en efecto, a partir de la premisa de que el bien jurídico *urbanismo* equivale a calidad de vida y, más concretamente, a calidad del marco físico de esa vida, a calidad del *hábitat*, concluye – a mi juicio acertadamente – que la estructura de los tipos penales tendría que ser compuesta, en el sentido de configurarse como la resultante de una infracción reglamentaria – elemento formal – sumada a la lesión o puesta en peligro de alguno de los aspectos de fondo que latan en el urbanismo (la calidad de vida o alguno de sus factores) – elemento material –. Algo que, sin duda, mejoraría sustancialmente las cosas con respecto a la situación del Código español de 1995.

3. La cuestión del riesgo jurídico-penalmente relevante y los denominados *Kumulationsdelikte*. Sobre la diversidad de perspectivas del Derecho penal y el Derecho administrativo en la protección de bienes jurídicos

3.1 Breve alusión al estado de la discusión sobre el riesgo penalmente relevante en el delito urbanístico

Como se ha indicado más arriba, el bien jurídico protegido aparece caracterizado por la protección de las propiedades del suelo como marco físico de la vida humana frente a agresiones urba-

⁽⁷⁾ *Ibidem*, p. 52. De ahí que utilice la expresión "delitos urbanísticos contra la ordenación del territorio, el medio ambiente y el patrimonio artístico".

⁽⁸⁾ Acale Sánchez. *Delitos urbanísticos*, p. 204.

⁽⁹⁾ De nuevo conviene reiterar que no se alude a la necesidad de pena – esto es, al principio de subsidiariedad – en la medida en que el fracaso de las instancias extrapenales parece haber sido, según todos los indicios, el móvil fundamental de la incriminación de tales hechos.

⁽¹⁰⁾ Rodríguez Ramos. La protección penal del urbanismo (pautas para criminalizar algunas conductas), en *Revista de Derecho Urbanístico* 81, 1983, p. 31 *et seq.*, 39, 40.

nísticas. Admitida, en principio, la legitimidad de dicho bien como “bien jurídico-penal”, la cuestión decisiva en términos político-criminales es la configuración de tales agresiones urbanísticas. Pues de cómo se configuren las mismas o, en otros términos, de cuál sea el ámbito de los riesgos estimados jurídico-penalmente relevantes dependerá el efectivo respeto de los principios de fragmentariedad y lesividad (y, por tanto, en definitiva, de proporcionalidad).

Lamentablemente, y como ya se ha apuntado, la configuración legal del riesgo típicamente relevante adquiere tal connotación formal que la adecuación a los referidos principios resulta más que discutible. Así, la referencia a una “construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público, etc...” o a una edificación “no autorizable en suelos no autorizable” no proporciona dato material alguno sobre la entidad del riesgo, penalmente desaprobado. Y, lo que quizá resulta todavía peor, *no se advierten en la doctrina intentos de proceder a una restricción de base teleológico-material del alcance del tipo*. Por el contrario, la interpretación más difundida asocia el contenido de lesividad del delito a la mera “violación de la normativa reguladora de la ordenación del territorio, en la medida en que dicha normativa tiende a proteger y mejorar la calidad de vida de todos los habitantes del mismo”.¹¹

Y, aunque algún sector¹² parece querer distanciarse de tales perspectivas afir-

mando que el delito del art. 319 no es ni una infracción formal ni un delito de peligro abstracto, sino un delito de lesión, lo cierto es que su planteamiento no propicia ninguna restricción material del tenor del precepto.¹³ Pues, en efecto, en todo caso se acaba identificando la lesión del supuesto bien jurídico con la pura realización gramatical del tenor literal del precepto.¹⁴

Como puede observarse, ello supone una auténtica presunción: de la redacción legal y, por tanto, de la realización gramatical del tipo, se deriva la “lesión” de un bien jurídico. Pero eso es precisamente lo que hay que demostrar: que un *acto concreto* de construcción no autorizada en una zona verde, por ejemplo, compromete las propiedades medio-ambientales, por ejemplo, del suelo como hábitat humano en términos de lesividad penalmente relevantes. Pues, de entrada, más bien parece que habría que partir de lo contrario: que resulta dudoso que un bien jurídico colectivo pueda verse afectado por un acto individual,¹⁵ por el mero hecho de

(13) Si excluimos su opinión relativa a la exclusión de pena de los casos de posterior legalización de la obra que, en realidad, tampoco se basa en argumentos materiales, sino de coherencia interna del sistema jurídico-administrativo. Acale Sánchez. *Delitos urbanísticos*, p. 247.

(14) Acale Sánchez. *Delitos urbanísticos*, p. 303.

(15) Y, además, de un modo tal que justifique la imposición de una pena privativa de libertad, Cfr., similar, Estevez Goytre. *Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador: especial referencia a los delitos sobre la ordenación del territorio en relación con las infracciones administrativas*, *Actualidad Administrativa* 30, 1996, p. 633 et seq., 639: “Esto producirá, sin duda, si no se remedia por vía jurisprudencial, unas claras situaciones de injusticia ante lo

(11) Así las opiniones de Vercher Noguera, García Arán/López Garrido, Boix Reig/Juanatey Dorado y Barrientos Pacho, citadas por Acale Sánchez. *Delitos urbanísticos*. Barcelona, 1997, p. 203, nota 501.

(12) Acale Sánchez. *Delitos urbanísticos*, p. 221-222.

que éste carezca de autorización administrativa o, incluso, ni siquiera pueda ser objeto de la misma. Más aún, con mayor razón que en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente, parece posible afirmar que el legislador criminaliza ilícitos que, en muchos casos, pueden ser de bagatela,¹⁶ mientras que, paradójicamente, ha dejado al margen de los referidos tipos supuestos que podrían constituir las más graves agresiones al suelo como hábitat humano, agresiones éstas que frecuentemente se suscitarán en el propio marco del planeamiento.¹⁷

desproporcionado de la imposición de una pena privativa de libertad, multa e inhabilitación a todas las personas que infrinjan el ordenamiento urbanístico en los supuestos contemplados en los artículos 319 y 320 del nuevo Código penal que, en la mayor parte de los casos, no producirán lesiones que no puedan ser reparadas con la demolición de las obras no legalizables”.

(16) Acale Sánchez. *Delitos urbanísticos*, p. 304, parece abonar esta conclusión, si bien de un modo tangencial, como si no afectara al núcleo de la legitimación político-criminal del delito ni debiera provocar una restricción radical de su interpretación, cuando afirma: “Ahora, bien la imposición de una pena a un sujeto por construir o por edificar sin autorización en un suelo destinado a vía o zona verde, ¿responde al principio de necesidad de pena? La respuesta ha de encontrarse no ya sólo en el bien jurídico protegido sino en la selección de los ataques que lo lesionan. Como afirma Terradillos Basoco, ‘quizá pueda entenderse que entra en contradicción con lo que exige el principio de intervención mínima: dado que lo que se construye ilegalmente, puede ser destruido sin grave quebranto para el bien jurídico tutelado, hubieran debido bastar los mecanismos sancionadores administrativos’”.

(17) Sobre los déficits del planeamiento son muy interesantes las consideraciones de Conde-Pumpido Tourón, en *Código Penal*. II, p. 3.193-3.194.

En realidad, lo que deja traslucir la regulación legal del denominado “delito urbanístico” es la diversidad de perspectivas con las que el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal abordan el problema de la protección de los bienes jurídicos, que a ambos compete. Por ello, corresponde efectuar algunas consideraciones al respecto.

3.2 *Derecho administrativo sancionador y Derecho penal en la protección de bienes jurídicos*

Como es sabido, las tesis clásicas (o del *aliud*) distinguían entre ilícito penal e ilícito administrativo, atribuyendo, al primero el carácter de lesión éticamente reprochable de un bien jurídico, mientras que el segundo sería un acto de desobediencia ético-valorativamente neutro.¹⁸ Posteriormente, sin embargo, fue consolidándose como doctrina ampliamente dominante las tesis de la diferencia-ción meramente cuantitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo, según las cuales lo característico de este último es un menor contenido de injusto.

Como resumen de este punto de vista puede citarse a *Welzel*,¹⁹ cuando señala:

(18) Así, Goldschmidt. *Das Verwaltungsstrafrecht*. Berlin, 1902, p. 539 *et seq.* 548, 576, para quien al Derecho penal le compete la protección de bienes individuales, mientras que a la Administración le corresponde asegurar bienes colectivos, el bienestar colectivo; Erik Wolf, *Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem*, Festschrift für R. v. Frank zum 70. Geburtstag, tomo II, Tübingen, 1930, p. 516 *et seq.*, 525, 565; también Eberhard Schmidt. *Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, Tübingen, 1950, p. 20 *et seq.*

(19) *Welzel. Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, *Juristenzeitung*, 1956, p. 238 *et*

"A partir del ámbito nuclear de lo criminal discurre una línea continua de injusto material que ciertamente va disminuyendo, pero que nunca llega a desaparecer por completo, y que alcanza hasta los más lejanos ilícitos de bagatela, e incluso las infracciones administrativas *Ordnungswidrigkeiten* están (...) vinculadas con ella".

A mi juicio, la perspectiva que se centra en el injusto y su conformación para distinguir el ámbito de lo penal y lo administrativo es errónea. Por eso era errónea la teoría clásica de base ética. Pero también resulta incompleta la moderna teoría de la diferenciación (meramente) cuantitativa. En efecto, lo decisivo de la referida diferenciación no es (sólo) la configuración del injusto, sino los criterios desde los que se contempla, los criterios de imputación de ese injusto y las garantías de diverso signo (formales y materiales) que rodean la imposición de sanciones al mismo. A este respecto, es evidente que el sometimiento a un juez es una diferencia cualitativa, como lo es la imposibilidad de que la Administración imponga sanciones privativas de libertad. Tales garantías especiales que rodean lo penal y que tienen que ver con la repercusión comunicativo-simbólica de la afirmación de que concurre una "infracción penal",

más bien abonan la idea de que procede introducir una perspectiva de diferenciación cualitativa que ha de tener reflejo, ante todo, en la forma de entender la lesividad de una y otra clase de infracciones y en los criterios utilizados para su imputación.

Como se verá, lo decisivo aquí vuelve a ser el criterio teleológico: la finalidad que persiguen, respectivamente, el Derecho penal y el administrativo sancionador. El primero persigue proteger bienes concretos en casos concretos y sigue criterios de lesividad concreta y de imputación individual de un injusto propio. El segundo persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad (reforzar, mediante sanciones, un determinado modelo de gestión sectorial). Por eso no tiene por qué seguir criterios de lesividad concreta, sino, más bien, de afectación general, estadística; asimismo, no tiene por qué ser tan estricto en la imputación, ni siquiera en la persecución (regida por criterios de oportunidad y no de legalidad).

Por este motivo, quizá proceda, en suma, introducir algún género de diferenciación cualitativa entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador.⁽²⁰⁾ Como se ha indicado, el Derecho administrativo sancionador es el refuerzo de la ordinaria gestión de la Administración. Así, cabría afirmar que es el Derecho sancionador de conductas

seq. 240. Cfr. en nuestra jurisprudencia reciente la STS, 3.ª secc., 5.ª, de 09.04.1996 (La Ley 6.926): "La teoría general del ilícito, como supraconcepto comprensivo tanto del penal como del administrativo, establece que la potestad sancionadora de la Administración ha de ejercitarse ajustándose a los principios esenciales inspiradores del orden penal, ya que dicha potestad tiene como soporte teórico la negación de cualquier diferencia ontológica entre sanción administrativa y pena".

(20) En una línea próxima se ha manifestado Torío López, Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones), en: Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría. Tomo III. Madrid, 1991, p. 2.529 *et seq.*, 2.536: las diferencias entre injusto penal y administrativo no son ónticas, ni tampoco meramente cuantitativas: son histórico-culturales, esto es, valorativas.

perturbadoras de modelos sectoriales de gestión. Su interés reside en la globalidad del modelo, en el sector en su integridad, y por eso tipifica infracciones y sanciona desde perspectivas generales. No se trata aquí del riesgo concreto como riesgo en sí mismo relevante e imputable personalmente a un sujeto determinado, sino que lo determinante es la visión macroeconómica o macrosocial (las "grandes cifras"; el "problema estructural" o "sistémico").

Precisamente por ser ésta su perspectiva propia, el Derecho administrativo sancionador no precisa, para sancionar, que la conducta específica, en sí misma concebida, sea relevantemente perturbadora de un bien jurídico, y por ello *tampouco es necesario un análisis de lesividad* en el caso concreto. Del mismo modo, tampoco parece haber reparos para aceptar que el Derecho administrativo sancionador no se rija por criterios de legalidad en la persecución de los ilícitos, sino por *puros criterios de oportunidad*. Lo que es necesario, más bien, es que el género de conductas represente, en términos estadísticos, un peligro para el modelo sectorial de gestión o, si se quiere, en términos menos tecnocráticos, para el buen orden del sector de actividad determinado.

En esta medida el Derecho administrativo sancionador es el Derecho del *daño acumulativo*, que exige de una valoración del hecho específico, requiriendo sólo una valoración acerca de cuál sería la trascendencia global de un género de conductas, si es que éste se estimara lícito. En otras palabras, la pregunta clave es "¿qué pasaría si todos los intervinientes en este sector de actividad realizaran la conducta X cuando existe, además, una seria probabilidad de que muchos de ellos lo hagan, de ser estimada lícita?"

Naturalmente, tal pregunta (puramente genérica, estadística) adquiere todo su sentido desde perspectivas de gestión de un determinado sector, sea éste el del tráfico rodado o el de la evacuación de los residuos. Pero es inadmisibles como criterio para la imputación penal de responsabilidad a un determinado sujeto por el concreto significado de la conducta aislada que ha realizado; pues una sanción así fundamentada no deja de ser, desde la perspectiva del Derecho penal, una sanción *ex iniuria tertii*. No hay en ella ninguna posibilidad de introducir elementos de lesividad concreta: ni lesión, ni peligro concreto, ni peligro abstracto entendido como peligro realmente existente, constatable en la conducta en virtud de un juicio *ex ante*.²¹ Simplemente, peligro presunto, peligro estadístico o – todavía mejor – peligro global.²²

Esta diferencia es sustancial, y explica, en primer lugar, que la tipificación de infracciones administrativas, aunque pretenda ciertamente cumplir funciones de protección social – y de hecho las cumpla desde esa perspectiva global, macroeconómica o macrosocial – muchas veces sólo adquiera dicho tono material si las infracciones se contemplan en

(21) Por eso, Torío López, Homenaje al Prof. García de Enterría, p. 2.539, considera que es necesario proceder a una valoración sobre el merecimiento de pena e sólo de sanción administrativa de un determinado hecho. Para ello (p. 2.541) propone recurrir al criterio (dinámico e histórico-cultural) del significado del bien jurídico, así como – lo que estimo mucho más discutible – al de la significación ético-social de la infracción.

(22) De ahí que tenga, razón, Torío López, Homenaje al Prof. García de Enterría, III, p. 2.542, cuando propone la descriminalización de los delitos de peligro abstracto, en los que se hace abstracción del peligro, siendo éste un dato meramente estadístico.

conjunto. En cambio, contempladas una a una resultan, ciertamente, formales, esto es, muchas veces ni siquiera de peligro abstracto, sino de mero peligro global, estadístico, presunto, etc.

Lo anterior puede ilustrarse con múltiples ejemplos:

a) El límite de la infracción administrativa en materia de tráfico rodado - 0,8 mg. de alcohol por litro de sangre, en el caso español -. Obviamente, dicho límite, o incluso uno inferior, pueden tener todo su sentido desde perspectivas globales de ordenación del sector, desde perspectivas estadísticas. Desde luego, una mayoría de personas representan un peligro para la circulación si su sangre muestra dicho contenido de alcohol. Ahora bien, tal criterio por sí solo nos es operativo en el ámbito jurídico-penal. Pues ahí no interesa el aspecto estadístico, sino si la persona cuya conducta estamos enjuiciando, puso realmente en peligro bienes jurídicos o no. Y aquí la apreciación estadística puede sólo constituir una presunción *contra reo*, en la que, en principio, no se da base suficiente para la imputación.

b) Un segundo ejemplo lo podemos hallar en el ámbito tributario. Una sola defraudación tributaria, aunque sea de más de 15 millones de pesetas (caso español) - que es lo que se juzga en el ámbito penal - no pone en peligro el bien jurídico representado por el proceso de redistribución de la renta, etc. Lo peligroso sería aquí el efecto sumativo. Luego entonces no es la conducta individual la lesiva, sino su acumulación y globalización. Desde perspectivas de lesividad concreta, no hay base para la intervención penal, aunque el significado global, sectorial del "género" de conductas puede justificar claramente la intervención del Derecho administrativo

(y eso, a partir de una defraudación de poca entidad, que, multiplicada por el número de los contribuyentes, podría ya empezar a tener un enorme significado: así, un fraude por contribuyente de diez mil pesetas, multiplicado por unos 25 millones de contribuyentes daría la enorme cifra global de 250.000.000.000. Lo que implica que, obviamente, el fraude de sólo 10.000 pesetas deba ser estimado ilícito administrativo y sancionado.²³

c) Un tercer ejemplo se puede advertir en el terreno medio-ambiental. Los vertidos de una empresa - de una sola - por mucho que superen los grados de concentración de metales pesados establecidos en la normativa administrativa no tienen por qué poner en peligro - por ellos solos - el medio ambiente. Si sólo se tratara de ellos, no existiría problema medio-ambiental. El problema se deriva de la generalización de vertidos con ciertos grados de concentración de metales. En esa medida, es lógico que desde la perspectiva global del Derecho administrativo sancionador se estime pertinente la intervención y la sanción. Pues la sumación de vertidos tendría - tiene - un inadmisibles efecto lesivo.

d) Un cuarto ejemplo, en materia de estupefacientes, podría venir dado por los casos en que la cantidad con la que se trafica no tiene, por sí misma, entidad para poner en peligro la salud pública (¡Por eso tiene sentido distinguir entre el pequeño traficante y el gran traficante!). Aquí también lo decisivo para la sanción sería la protección de un determinado

(23) Obviamente, resulta ocioso indicar que en materia tributaria, el hecho de que una lesividad relevante se derive sólo de la acumulación de acciones individuales no ha sido obstáculo para la incriminación de las defraudaciones de más de 15 millones de pesetas.

modelo de gestión de la salud pública y no el desvalor de la acción aisladamente considerada.

3.3 Crítica a la teoría de los Kumulationsdelikte (o delitos de acumulación)

Lógicamente, lo anterior conduce a una crítica de la categoría de los delitos de acumulación, estos es, a la puesta en duda de la corrección político-criminal de la tesis que entiende que es posible sancionar *penalmente* una conducta individual aun cuando ésta no sea por sí misma lesiva del bien jurídico (ni lo ponga en peligro relevante), cuando se cuenta con la posibilidad cierta de que dicha conducta – *per se* no lesiva – se realice también por otros sujetos y, en su conjunto, sí vaya a acabar lesionando el correspondiente bien jurídico.²⁴

Esta concepción, que ha sido desarrollada básicamente por *Lothar Kuhlen*, merece cierta consideración. En efecto, este autor parte, en su análisis del § 324

StGB (*Gewässerverunreinigung*), de que la posibilidad de que determinados actos concretos subsumibles en el tipo, pongan en peligro siquiera abstracto el bien jurídico protegido debe excluirse de antemano.²⁵ Sin embargo, la acumulación de tales actos concretos sí tiene capacidad de producir consecuencias lesivas.

Es importante, para la exacta comprensión de su punto de vista, poner de relieve que, en la concepción de *Kuhlen* – tal como manifiesta en su réplica a las críticas habidas – la acumulación no aparece como un elemento hipotético de los *Kumulationsdelikte*, sino que es un elemento real (esto es, se cuenta de antemano con la realización por una múltiple pluralidad de sujetos de tales hechos).²⁶

Las objeciones fundamentales dirigidas contra tal planteamiento son conocidas: por un lado, que se vulnera el

⁽²⁴⁾ Kuhlen, Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW 105 (1993), p. 697 *et seq.*, 716: por ello es preciso considerar la contaminación de aguas como *Kumulationstatbestand*, “... der auch für sich genommen ungefährliche Einzelhandlungen deshalb erfüllt, weil ohne ein sanktionsbewehrtes Verbot derartiger Handlungen damit zu rechnen wäre, daß sie in großer Zahl vorgenommen würden und dann eine Störung geschützter Gewässerfunktionen zur Folge hätten”. Es preciso distinguir los delitos de acumulación (*Kumulationsdelikte*) de los casos de “causalidad cumulativa”: en efecto, en los primeros no se requiere la constatación de la efectiva acumulación de cursos causales como contribuciones al mismo daño concreto, sino que se trata de una contemplación – como se ha subrayado antes – absolutamente “global”.

⁽²⁵⁾ Kuhlen, ZStW 105 (1993), p. 715: “Daß etwa die Einleitung von Haushaltwässern in einen fluß dessen Funktion als Lebensgrundlage für Menschen, Tiere oder Pflanzen beeinträchtigen könnte, ist praktisch ausgeschlossen; die Handlung ist also nicht einmal generell oder abstrakt geeignet, eine Störung von Gewässerfunktionen herbeizuführen”.

⁽²⁶⁾ Kuhlen, ZStW 105 (1993), p. 716, nota 91. Cfr., ya Kuhlen, Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB), GA 1986, p. 389 *et seq.*, 399: “Ein Kumulationstatbestand fordert nicht, daß eine einzelne Handlung zu einer Verletzung oder Gefährdung führt, sondern nur, daß die Einzelhandlung zu einer Art von Handlungen gehört, die, wenn, sie in großer Zahl vorgenommen würden, eine Verletzung oder Gefährdung herbeiführen würden”; “Erst wenn derartige Einzelhandlungen in großer Zahl vorgenommen werden, entsteht eine ökologische Gefährdung”.

principio de *culpabilidad*, al fundamentarse la sanción *ex iniuria tertii*; por otro lado, que se trata en estos casos de “grandes riesgos”, los cuales no pueden contemplarse como problemas de un actuar individual, sino sólo como problemas sistémicos, que no cabe reconducir equitativamente a acciones de personas. En definitiva, que no hay una lesión (o peligro) para el bien jurídico atribuible personalmente a la conducta del sujeto concreto (proporcionalidad).²⁷ En fin, que de nuevo parece advertirse una fijación del Derecho penal con los ilícitos de menor entidad, mientras que los ilícitos concretos de naturaleza auténticamente criminal escapan a su acción.

La réplica de *Kuhlen* a tales objeciones es evasiva, aunque contundente: se trata de “einen Beitrag zur Lösung großer Probleme dadurch zu erbringen, daß man Handlungen unter Sanktionsdrohung verbietet, die eher kleine Beiträge zur Konstitution dieser Probleme leisten”.²⁸

(27) Crítico, desde la perspectiva del concepto personal de bien jurídico, Hassemer, en Neumann/Schild (Gesamtred.), Nomos Kommentar zum StGB, Baden-Baden, 1995, n. marg. 280 previo al § 1: “Nur eine personale Rechtsgutskonzeption kann schlüssig begründen, warum sog. ‘Kumulationsdelikte’, deren Schädlichkeit erst dann entsteht, ‘wenn das alle machen’ (würden), in einem StGB nichts zu suchen haben”. Detalladamente, Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, Heidelberg 1991, p. 141 *et seq.* Cfr. también Prittwitz, Strafrecht und Risiko, Frankfurt, 1993, p. 249, 366-371.

(28) *Kuhlen ZStW* 105 (1993), p. 720: esto es, “se trata de realizar una contribución a la solución de grandes problemas mediante la prohibición con la conminación de una sanción de acciones, que más bien prestan pequeñas contribuciones a la constitución de estos problemas”.

Como puede advertirse, la frase resulta ciertamente afortunada. Sólo que de ello en absoluto puede desprenderse que la *contribución* le deba corresponder como regla al Derecho penal, salvo en aquellos casos en que la conducta aisladamente contemplada constituya ya, de por sí, un riesgo jurídicamente relevante para el bien jurídico de que se trate. Expresado de otro modo, los problemas de las “grandes cifras” raramente pueden ser estimados problemas para los que la protección penal sea adecuada. Este extremo es visto de otro modo por *Kuhlen*, para quien los problemas medioambientales se mostrarán en el futuro precisamente ante todo como problemas de grandes cifras derivados de la industrialización y el crecimiento de la población. De ahí que estime que el Derecho penal, introduciendo costes que superen los beneficios de la acción individual, puede ser un instrumento *adecuado y necesario*.²⁹ En cuanto a la *proporcionalidad* del recurso a tal mecanismo, el problema no le merece especial discusión, a la vista de la trascendencia extraordinaria que le corresponde al mantenimiento de nuestras condiciones naturales de vida.³⁰ Sin embargo – de nuevo – esa no es la cuestión: los términos de comparación en el juicio de proporcionalidad son la pena que se impone y el contenido de riesgo propio de la conducta (obvio es decirlo: aisladamente considerada) de

(29) *Kuhlen*, GA, 1986, p. 402-403.

(30) *Kuhlen*, GA, 1986, p. 404, nota 71: sentada la necesidad y la adecuación, “das dritte Element des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, die Proportionalität oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn, wirft angesichts der überragenden Bedeutung, die man dem Schutz unserer natürlichen Lebensgrundlagen zusprechen muß (...) keine Schwierigkeiten auf”.

quien recibe esa pena. Pues la pena no se “disbribuye” entre el conjunto de aportaciones individuales, sino que se asigna precisamente a cada sujeto por separado.

Por todo ello, ninguna de las manifestaciones efectuadas desvirtúa, a mi entender, las objeciones que a tal planteamiento (que, por lo demás, tiene cierta vocación de generalización) se le han dirigido – al menos a la vista del modelo clásico de imputación jurídico-penal –. Es más, no resulta irrelevante que el creador (o principal difusor) de la categoría de los *Kumulationsdelikte* acabe reconociendo significativo que *de lege ferenda* sería conveniente que determinadas modalidades de contaminación de aguas del § 324 StGB – el tipo fundamentalmente estudiado por él como manifestación del principio acumulativo – se contemplaran como infracciones administrativas (así, la *Einleitung der Haushaltabwässer*).³¹

3.4 Balance

El riesgo típicamente relevante propio de los delitos urbanísticos, si se pretende obtener de modo directo del tenor literal de los tipos, no puede ser sino el propio de los delitos de acumulación. Expresado de otro modo, en tales preceptos no es manifiesta la exigencia de que la conducta lesione o ponga en peligro bien jurídico alguno. Más bien, se parte de la presunción de que la infracción formal de las normas sobre autorizaciones o del

acto de autorización habrá de desprenderse un contenido materialmente lesivo. Pero ello no puede predicarse sin más de modo particular para la actuación de un sujeto concreto. Más bien se trata de un problema de “grandes cifras”, sistémico: de ahí que se hable de “la especulación urbanística” como problema general, con elevadas repercusiones sociales. Salvo que se proceda a una interpretación restrictiva que reduzca la tipicidad a los casos en que un hecho individualmente considerado cree un riesgo significativo para las propiedades y configuración del suelo como elemento del medio ambiente humano, las conductas contempladas en los referidos tipos no muestran el contenido mínimo de desvalor para justificar la intervención del Derecho penal.

4. La concreción del principio de proporcionalidad. La exigencia de garantías cualificadas en caso de conminación con penas privativas de libertad

Las consideraciones efectuadas hasta ahora se hallan muy directamente condicionadas por el hecho de que los delitos urbanísticos tengan asignadas penas privativas de libertad y, en consecuencia, se les haya atribuido una naturaleza específicamente criminal. En efecto, las diferencias establecidas *supra* entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal vienen determinadas de modo no irrelevante por la imposición de penas privativas de libertad, de modo que en cuanto el Derecho penal impone otro tipo de penas, en particular pecuniarias, podría llegarse a sentar una mayor proximidad entre ambos.

Esta idea, a su vez, se debe vincular con la, a mi juicio, *estrecha relación existente entre la gravedad de las consecuencias jurídicas de un sistema de*

(31) Kühlen, GA, 1986, p. 408: “Die *de lege ferenda* praktisch vordringlichste Frage, lautet, ob es nicht dem Unrechtsgehalt bloßer, Kumulationsbeiträge zur Gewässerverschmutzung angemessener wäre, derartige Beiträge zu Ordnungswidrigkeiten herabzustufen”.

ilícitos y el grado de intensidad de las garantías exigibles en el seno de dicho sistema. En efecto, si la exigencia de especiales garantías, y las sustanciales diferencias en cuanto a las reglas de imputación, se conectan a la imposición de una pena privativa de libertad, tampoco es posible poner en tela de juicio que la opción por la pena privativa de libertad no constituye un *prius*, sino que, en teoría, ha de conectarse a un juicio sobre la gravedad cualificada del injusto: lesión de un bien jurídico-penal, afectación individual. Por eso, cabe que en un Derecho penal más alejado del núcleo de lo criminal y en el que se impongan penas más próximas a las sanciones administrativas (privativas de derechos, multas, sanciones que recaen sobre personas jurídicas) se flexibilicen los criterios de imputación. Y, también por ello, cabría incluso estimar razonable la creación de un sector intermedio, judicializado, que se ocupara de injustos (y sanciones) para los que es mejor la garantía de imparcialidad del juez (entre otras) y quen sin embargo, no tuvieran el estigma de lo criminal. En esa línea cabe situar probablemente el *Interventionsrecht* propugnado por Hassemer³² y otros autores.³³

(32) Cfr. *infra*.

(33) De todos modos, hay que precisar exactamente cuál habría de ser el contenido y cuál la configuración de tal *Interventionsrecht*. Para Lüderssen, Zurück zum guten alten, liberalen, anständigen kernstrafrecht?, en Böllinger/Lautmann (Hrsg.), Vom Guten, das noch stets das Böse schafft. Kriminalwissenschaftliche Essays zu Ehren von Herbert Jäger, Frankfurt, 1993, p. 268 *et seq.*, p. 274, se trataría de un Derecho no punitivo orientado a la reparación y, de ser necesario, a la resocialización (incluida la evitación de la desocialización). Pero

En la línea de todo lo dicho, estimo posible plantear — a título de hipótesis — la idea de que *la configuración de los diversos sistemas jurídicos de imputación del hecho al sujeto tiene una clara dependencia de las consecuencias jurídicas de cada sistema, su configuración y su teleología*.³⁴ Así, la finura y detalle — con su lógico correlato de garantías — propios de la dogmática del delito en Derecho penal se hallarían en relación con el hecho de que su consecuencia jurídica fueron las penas de muerte y corporales, y aun hoy una pena tan íntimamente vinculada al ser — y no al estar o al tener — de la persona como es la privativa de libertad.³⁵ La disminución

sigue dejando abierta la cuestión de si no sería mejor ceder espacios, con las correspondientes modificaciones procesales, al Derecho privado y al Derecho administrativo y, viceversa, si ello no representaría un incremento global del “control social”.

(34) De modo general, a propósito del Derecho penal, Moccia, *Il Diritto penale tra essere e valore*. Napoli, 1992, p. 19: “En efecto, es precisamente porque con la pena se puede incidir en derechos fundamentales del individuo por lo que se dedica un cuidado particular a la definición de los presupuestos de su aplicación, sea en fase general y abstracta — la previsión legislativa —, sea en fase individual y concreta — el juicio individual”.

(35) A propósito de los alegatos en pro de la vuelta al “buen y viejo” Derecho penal liberal, lo indica con precisión Lüderssen, en *Kriminalwissenschaftliche Essays zu Ehren von Herbert Jäger*, p. 271-272. En concreto, señala este autor que la pretensión de tal retorno constituye una utopía; pues el Derecho penal que se pretende habría de tener las propiedades positivas del Derecho penal de tiempos pretéritos (determinación, imputación individual), pero ninguna de sus características negativas (en particular, la extrema dureza de las sanciones). Concluyendo

de garantías – de “detallismo” dogmático – podría explicarse en el Derecho penal socio-económico en la medida en que en éste se generalicen sanciones pecuniarias o privativas de derechos y no privativas de libertad. Ello explicaría que la dogmática en el *Ordnungswidrigkeitenrecht* sea menos fina o que, en todo caso, en el Derecho administrativo sancionador no tengan por qué darse necesariamente los elementos que reivindicamos para el Derecho penal criminal.

Como se ha indicado, esto se pone de manifiesto en la propuesta, efectuada por Hassemer, de un *Interventions-recht*, ubicado entre el Derecho penal nuclear y el *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, entre el Derecho civil y el público, para problemas de drogas, económicos, ecológicos, etc. Dicho Derecho sería menos pretencioso en cuanto a las garantías materiales y procesales, pero, a la vez, dispondría de sanciones menos intensas.³⁶ Quizá convendría no descartar un planteamiento de esta naturaleza para los “delitos urbanísticos”.

5. Conclusión

La intervención jurídico-penal en el ámbito de la ordenación del territorio del modo en que se ha producido a través del art. 319 CP plantea graves problemas de legitimidad en cuanto a la concreción del bien jurídico-penal y del riesgo jurídico-penalmente relevante: ello conduce a pensar en la vulneración del principio de proporcionalidad. Cierta-mente, es posible proceder por vía interpretativa, tratando de adecuar el tipo al menos a las exigencias materiales que la Constitución exige a la intervención del Derecho penal. En particular, puede ser operativa en este sentido una *reducción teleológica* consistente en exigir para las conductas materialmente típicas la concurrencia de una puesta en peligro grave de las propiedades del suelo como elemento integrante del hábitat humano.³⁷ En definitiva, se trataría de configurar interpretativamente el delito urbanístico como un delito de explotación irracional sujetán-dolo a criterios, como mínimo, correspondientes a los que el legislador propone para los delitos contra el medio ambiente.

que el Derecho penal que por algunos se propone hoy no es siquiera concebible, pues la “autolimitación” del Derecho penal clásico era el contrapunto lógico de la dureza y autoritarismo de aquél.

⁽³⁶⁾ Hassemer, *kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1992, 378 *et seq.*, 383 (versión española: Crisis y características del moderno Derecho penal – trad. Muñoz Conde –, *Actualidad penal* 43, 1993, p. 635 *et seq.*).

⁽³⁷⁾ Cfr., próximo, De la Mata Barranco. *Protección penal*, p. 59, aludiendo a la necesidad de efectuar un esfuerzo interpretativo que “supere las deficiencias de la redacción legal tratando de dotar a los preceptos de contenido de lesividad material, actuando la función rectora y teleológica del bien jurídico realmente en juego como criterio limitador de la intervención penal”.