
CARLOS GUILLERMO CASTRO CUENCA
DOCTORANDO EN LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

**LINEAMIENTOS SOBRE LA
ANTI JURIDICIDAD EN LOS
DELITOS CONTRA LA
COLECTIVIDAD E
IMPUTACIÓN OBJETIVA**

**GUIDELINES ON ANTI-JURIDICITY IN
CRIMES AGAINST COLLECTIVENESS AND
OBJECTIVE ACCUSATION**



RECIBIDO MAYO 4. EVALUADO JULIO 11. APROBADO SEPTIEMBRE 20.

RESUMEN

En este artículo, realizado como parte del programa de derecho penal en la Universidad de Salamanca, se analizan el origen, la evolución y la problemática actual de los bienes jurídicos colectivos, para lo cual se exponen y cuestionan las principales críticas que han sufrido estos intereses tutelados, tales como ser clasificados como meros frutos de la expansión indebida del derecho penal no susceptibles de lesión, ni de concreción. Al respecto se señala en defensa de los bienes jurídicos colectivos que éstos han existido desde el nacimiento mismo del concepto de bien jurídico, y posteriormente su legitimidad ha sido reconocida en toda la evolución dogmática, situación a la cual cabe agregar que las críticas sobre la supuesta inmaterialidad y la dificultad en la prueba de la lesividad de los bienes jurídicos colectivos también son aplicables a bienes jurídicos individuales como el honor o la salud. Por lo anterior, lejos de negarse la legitimidad de los bienes jurídicos, se analizan algunos aspectos del injusto de estas conductas punibles, para lo cual, desde el punto de vista positivo, se propone realizar una valoración normativa sobre la conducta a través de la imputación objetiva, y desde el punto de vista negativo se analiza la aplicación de las causales de justificación para la exclusión del injusto de estos delitos.

PALABRAS CLAVE

Antijuridicidad, delitos contra el Estado, delitos de peligro, delitos de mera actividad, causas de justificación, legítima defensa, Estado de necesidad.

ABSTRACT

In this article, elaborated as part of the program of criminal law at the University of Salamanca, the origin, evolution and current problematic of collective juridical goods are analyzed. To achieve it, there are presented and questioned the main critics against protected interests such as being classified as simple fruits of improper expansion of criminal law that are not subject of harm, or concretion. Regarding the defense of collective juridical goods it must be said that they have existed since the very beginning of the juridical good concept and later its legitimacy has been acknowledged in its whole dogmatic evolution. Moreover the critics on the alleged immateriality and the difficulty in proving detriment of the juridical collective goods can also be applicable to individual juridical goods as honor or health.

Hence, far from denying the legitimacy of juridical goods, some aspects of unfairness of these punitive behaviors are analyzed; to accomplish the task, from the positive view it is suggested to pursue a normative assessment on the behavior by means of the objective accusation and, from the negative view it is analyzed the implementation of justification causatives for excluding unfairness of these crimes.

KEY WORDS

Anti-juricity, offence against the state, result crimes, conduct crimes, justification causatives, self-defense, state of necessity.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUALES EN LA DOCTRINA PENAL. 2. LA IDENTIFICACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUALES. 3. LA LESIVIDAD EN LOS BIENES JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUALES. 4. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA COMO CRITERIO PARA LA DETERMINACIÓN DEL INJUSTO DE LOS BIENES JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUALES. 5. LA APLICACIÓN DE LAS CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN EN LOS DELITOS QUE TUTELAN UN BIEN JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL. 5.1 LA LEGÍTIMA DEFENSA EN LOS DELITOS QUE AFECTAN BIENES JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUALES. 5.2 EL ESTADO DE NECESIDAD EN LOS DELITOS QUE AFECTAN BIENES JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUALES. 5.3 EL CONSENTIMIENTO EN LOS DELITOS QUE AFECTAN BIENES JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUALES. 5.4 EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER U ORDEN ANTIJURÍDICO EN LOS DELITOS QUE AFECTAN BIENES JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUALES. 6. LA SALVAGUARDA DE LOS BIENES JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUALES A TRAVÉS DE LAS CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN. 7. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Pese a su proliferación en los códigos penales,¹ las conductas punibles a través de las cuales se tutelan los bienes jurídicos supraindividuales han sido frecuentemente relegadas del análisis de la teoría del delito, cuyos postulados y ejemplos han dejado de lado el análisis dogmático de temas tan importantes como el estudio de la antijuricidad en los delitos contra los bienes jurídicos supraindividuales.

Este abandono se ha incrementado por las constantes críticas de las cuales vienen siendo objeto los bienes jurídicos supraindividuales, los cuales han sido cuestionados por su supuesta vaguedad,² por la utilización de los delitos de peligro para la determinación de su injusto,³ y por el cambio de modelo que implicaría la salvaguarda de nuevos intereses propios de la expansión del derecho penal.⁴

Sin embargo, la indeterminación de bienes jurídicos individuales como el honor⁵ o la intimidad, la dificultad para la determinación del injusto en delitos como la

¹ Para citar sólo tres ejemplos: 14 de los 24 títulos del Código Penal español, 7 de los 10 títulos del Código Penal chileno vigente, y 8 de los 16 títulos del anteproyecto del Código Penal chileno, tipifican delitos que tutelan bienes jurídicos colectivos.

² Como resalta W. Hassemer, "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", *DP*, núms. 45 a 48, 1989, pp. 280 y ss.

³ En este sentido, C. Méndez Rodríguez, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, Ministerio de Justicia-Universidad Complutense de Madrid, 1993, pp. 33 y 44.

⁴ J. Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal (Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales)*, 2 edición, Madrid, Civitas, 2001, pp. 121 y ss.

⁵ Cfr. R. Mata Martín, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, Comares, 1997, p. 38.

injuria y las lesiones personales,⁶ y la inclusión de nuevos intereses individuales en los códigos penales como aquellos tutelados por delitos como la manipulación genética o la clonación, permiten concluir que los citados defectos imputados a los bienes jurídicos supraindividuales también pueden extenderse a aquellos de naturaleza individual.

Por ello, la solución a los problemas dogmáticos que presentan los delitos que tutelan bienes jurídicos supraindividuales no es la creación de modelos especiales para su interpretación –que entre otros efectos nocivos podrían producir una violación del principio de igualdad–, ni su interpretación a través de una tesis personalista estricta del bien jurídico –imposible de llevar a cabo en la mayoría de estos delitos–, sino la concreción de sus contenidos⁷ y la exclusión de aquellos bienes jurídicos que no merecen protección penal⁸ –lista en la cual también podrían incluirse algunos bienes jurídicos individuales.⁹

El objetivo del presente estudio es exponer algunas ideas sobre la delimitación del injusto en los delitos contra los bienes jurídicos supraindividuales, tales como su evolución, las fórmulas empleadas para determinar su antijuridicidad material, y la aplicación de las causales de justificación para su exclusión, temas que no serán abordados con una finalidad netamente descriptiva, sino también con el propósito de demostrar que no es necesario crear un sistema penal especial para su tutela, sino concretar su lesividad a través del análisis de su injusto.

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUALES EN LA DOCTRINA PENAL

Los bienes jurídicos supraindividuales no son nuevos en la teoría del delito, pues están ligados al nacimiento mismo del concepto de bien jurídico y su reconocimiento ha sido permanente dentro de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina penal.¹⁰

⁶ La complejidad del injusto en el delito de injuria ha motivado la creación de teorías objetivas, subjetivas y funcionalistas para la explicación del bien jurídico del honor. Similar situación ha surgido en el delito de lesiones personales cuya amplitud ha motivado múltiples debates sobre el bien jurídico de la salud.

⁷ J. L. Díez Ripollés, "El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista", *Jueces para la Democracia*, núm. 30, 1997, pp. 17 y ss; S. Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Comares, 2003, p. 251.

⁸ G. Portilla Contreras, "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos", CPC, núm. 39, 1989, pp. 726 y ss. E. Octavio de Toledo y Ubieta, "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en *ADPCP*, 1990, pp. 8 y ss.

⁹ No puede negarse la indefinición de bienes jurídicos supraindividuales como la salud pública, la seguridad social o los derechos de los extranjeros, pero tampoco de algunos individuales como aquellos afectados a través del exhibicionismo, la manipulación genética, los matrimonios ilegales o la suposición de parto, por ello la necesidad y oportunidad de tutelar un bien jurídico no se deriva de su naturaleza individual o supraindividual sino de su importancia para la sociedad y de la compatibilidad de su tutela penal con la Constitución de cada país.

¹⁰ Para poner un ejemplo sencillo, el cohecho, la malversación y la prevaricación se encontraban ya contemplados en el derecho romano y modernamente en el Código Penal bávaro de Feuerbach, y en el Código Penal español de 1822, cuyas bases se utilizaron para la redacción de los delitos cometidos por los funcionarios en los códigos penales del siglo XIX en toda Latinoamérica.

El antecedente más importante de la formulación del concepto de bien jurídico se encuentra en la obra de Feuerbach,¹¹ para quien el objeto de protección del derecho penal estaba constituido por los derechos de los súbditos y los derechos del Estado.¹²

Dentro de los delitos contra los derechos del Estado, Feuerbach incluyó algunas infracciones contra la colectividad, como los crímenes contra la personalidad moral del Estado y los crímenes contra el Estado en particular,¹³ sin embargo, desde su teoría era imposible explicar algunos delitos cometidos en contra de instituciones sociales de gran relevancia en la época como la religión o la moral,¹⁴ circunstancia que motivó a Birbaum en 1834 a formular por primera vez el concepto de “gut”¹⁵ como el objeto protegido por la norma penal,¹⁶ y a utilizar la denominación de “delitos en contra del ser colectivo”¹⁷ en vez de la expresión “delitos contra el Estado”. En consecuencia, como señala Mir Puig, el concepto de bien jurídico no nace en torno a la protección de los bienes jurídicos individuales, pues para ello existía la noción de derechos subjetivos, sino para la tutela de los intereses de la colectividad.¹⁸

A partir de la tesis de Birbaum, la existencia de bienes jurídicos supraindividuales ha sido reconocida mayoritariamente dentro de la doctrina penal.

- a) Para el positivismo jurídico de Binding, únicamente la colectividad puede ser titular de un bien jurídico,¹⁹ asumiendo una tesis monista colectivista que postula la prevalencia de los bienes jurídicos supraindividuales.²⁰

Dentro de esta postura se concibe el bien jurídico como “todo aquello en cuyo mantenimiento inalterado e incólume el derecho positivo –desde su propia perspectiva valorativa–, tiene un interés”,²¹ por lo cual “el bien jurídico no es algo natural que vaya más allá del derecho, simplemente es una creación del legislador”.²² En consecuencia, la defensa de los bienes jurídicos supraindividuales dependerá de su inclusión como objeto de tutela dentro de la ley penal.

¹¹ Sobre este aspecto véanse M. Polaino Navarrete, *El bien jurídico en el derecho penal*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974, p. 96; G. Fernández, *Bien jurídico y sistema del delito*, Buenos Aires, B de f, 2004, p. 11; H. Hormazábal Malarée, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, PPU, 1991, p. 13.

¹² Cfr. P. J. A. Feuerbach, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, traducción al castellano de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, p. 65.

¹³ *Ibid.*, p. 38.

¹⁴ Cfr. H. Hormazábal Malarée, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, ob. cit., p. 26.

¹⁵ Bien.

¹⁶ Cfr. G. Fernández, *Bien jurídico y sistema del delito*, ob. cit., p. 15; D. Luzón Peña, *Enciclopedia de derecho penal*, Pamplona, Comares, 2002, p. 186; F. Mantovani, *Diritto Penale*, Padova, Cedam, 1988, p. 207; I. Berdugo Gómez de la Torre, L. Arroyo Zapatero, J. Ferré Olivé, N. García Ramos, J. Serrano Piedecabras, J. Terradillos Basoco, *Curso de derecho penal*, Parte General, Barcelona, Ediciones Experiencias, 2004, p. 7.

¹⁷ Hormazábal Malarée, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, ob. cit., p. 26.

¹⁸ S. Mir Puig, *Introducción a las bases del derecho penal*, 2 edición, Buenos Aires, B de f, 2003.

¹⁹ Cfr. R. Maurach, *Tratado de derecho penal*, traducido por Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ariel, 1962, p. 25.

²⁰ Cfr. D. Santana Vega, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2000.

²¹ Polaino Navarrete, *El bien jurídico en el derecho penal*, ob. cit., p. 108.

²² H. Hormazábal Malarée, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, ob. cit., p. 42.

- b) En el positivismo naturalista de Liszt se identifica al bien jurídico con “el interés jurídicamente protegido”²³ que, a su vez, corresponde a intereses vitales del individuo o de la comunidad,²⁴ por lo cual se reconocen la existencia e importancia de los bienes jurídicos individuales y de los colectivos como condiciones de existencia social.²⁵
- c) Dentro de la doctrina neokantiana se destaca la posición de Mezger, según la cual “es fundamental para el bien jurídico de los tipos jurídico-penales, el que no sea solamente un bien del individuo, sino de la sociedad, un bien del derecho”,²⁶ por lo cual defiende una postura con una clara tendencia monista colectivista del bien jurídico, tal como se puede ver en su tratado de derecho penal especial.²⁷

Mezger señala que el bien jurídico es “la síntesis realizada en ideas de lo que el tipo abarca en conjunto con su sentido”,²⁸ tesis de la cual se destaca su conclusión de acuerdo con la cual “la suma de todos los bienes jurídicos significa, a la vez, el ordenamiento del derecho en conjunto”.²⁹

- d) En el finalismo, la tutela de los bienes jurídicos se encuentra mediatizada por la tutela de los valores fundamentales de conciencia de carácter ético social,³⁰ pues “la protección de los bienes jurídicos la cumple en cuanto prohíbe y castiga las acciones dirigidas a la lesión de los valores ético-sociales”.³¹

En ese orden de ideas, Welzel distingue entre el bien jurídico entendido como “todo Estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones”,³² y el valor ético-social, aunque reconoce que a través de la protección de estos últimos se cumple igualmente con la función de tutela de los bienes jurídicos individuales y supraindividuales.

La consecuencia necesaria de esta concepción reside en la absorción del desvalor de resultado por el desvalor de acto pues “se impide el desvalor material o de resultado mediante la punición del desvalor de acto. Así asegura la vigencia de los valores ético-sociales de carácter positivo, como el respeto a la vida ajena, a la salud, a la libertad, a la propiedad, etc.”³³

²³ F. Liszt, *Tratado de derecho penal*. Traducido de la 20 edición por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el derecho penal español por Quintiliano Saldaña, tomo II, Madrid, 1916, p. 2.

²⁴ *Ibid.*, p. 2.

²⁵ Hormazábal Malarée, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, ob. cit., p. 51.

²⁶ E. Mezger, *Derecho penal, parte general*, traducido de la 6 edición por Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Bibliográfica argentina, 1958, p. 155.

²⁷ *Ibid.*, p. 321: “Como ya hemos dicho –subrayado el concepto– en otro lugar, los hechos punibles contra la persona y contra el patrimonio no carecen de una relación con la “comunidad”. Ninguna acción es punible si la comunidad no tiene interés en que se evite”.

²⁸ *Ibid.*, p. 155.

²⁹ *Ibid.*, p. 155 y ss.

³⁰ Cfr. Hormazábal Malarée, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, ob. cit., p. 83.

³¹ H. Welzel, *Derecho penal alemán*, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 12.

³² *Ibid.*, p. 15.

³³ *Ibid.*, p. 12.

e) En la dogmática penal más reciente, el bien jurídico ha readquirido una vital importancia como instrumento para evitar los abusos de poder del legislador, a través de diversas posturas sobre su naturaleza, que también reconocen la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos:

- **La concepción del bien jurídico como un valor social anterior a la norma,**³⁴ es decir, “un valor abstracto del orden social protegido jurídicamente, en cuya defensa está interesada la comunidad y cuya titularidad puede corresponder a un individuo o a la colectividad”.³⁵

En consecuencia, dentro de esta postura se reconoce la existencia de bienes jurídicos individuales y universales o de la colectividad,³⁶ a los cuales se dota de igual importancia.

- **La interpretación del bien jurídico como un concepto previo a la legislación pero no a la Constitución,**³⁷ a la cual debe estar vinculada políticamente.³⁸ Tesis expuesta en Alemania por Roxin, para quien los bienes jurídicos son “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción para los fines o para el funcionamiento del propio sistema”,³⁹ concepto que en principio es aplicable a los bienes jurídicos individuales y a los supraindividuales.
- **El concepto dialéctico del bien jurídico,**⁴⁰ para el cual “los bienes jurídicos considerados materialmente son relaciones sociales concretas que surgen como síntesis normativa de procesos interactivos de discusión y confrontación que tienen lugar dentro de una sociedad democrática. Son dinámicos pues están en permanente discusión y revisión”.⁴¹ En consecuencia, los

³⁴ Cfr. H. Jescheck, T. Weigend, *Tratado de derecho penal, parte general*, 5 edición, traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Comares, 2002, p. 275: “El bien jurídico es reconocido como la base de la estructura y de la interpretación de los tipos. Su concepto, sin embargo, no debe ser equiparado con la *ratio legis* sino que debe poseer en sí mismo un decidido contenido real preexistente a la norma penal, ya que de lo contrario no podría cumplir con su función sistemática como criterio para el contenido, significado y delimitación de la disposición penal”.

³⁵ *Ibid.*, p. 275.

³⁶ *Ibid.*, p. 277.

³⁷ Cfr. C. Roxin, *Derecho penal. Parte general*, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción y notas de la 2 edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, p. 56.

³⁸ *Ibid.*, p. 55. “El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante político-criminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley fundamental, de nuestro Estado de derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado”.

³⁹ *Ibid.*, p. 56.

⁴⁰ Cfr. Hormazábal Malarée, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, ob. cit., p. 152: “Los bienes jurídicos tienen un carácter dialéctico. Surgen de la base de la relación social y constituyen una superación, en la síntesis de la confrontación social”.

⁴¹ J. Bustos Ramírez, Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, Vol. I, Madrid, Trotta, 1997, p. 59.

bienes jurídicos se sustentan en la relación social basada en la satisfacción de necesidades y son la base del funcionamiento del sistema.⁴²

Dentro de esta tesis se reconoce la existencia de bienes jurídicos individuales y supraindividuales, aunque estos últimos se consagran para la protección complementaria de los bienes individuales.⁴³

- **El concepto constitucional del bien jurídico** señala que “el objeto del reato debe ser siempre un bien constitucional”,⁴⁴ por cuanto “siendo el bien jurídico lesionado por la sanción de un bien de rango primario, por el principio de proporcionalidad también el bien ofendido por el crimen debe ser igualmente un bien constitucionalmente primario”.⁴⁵ Esta teoría argumenta que “en los hechos punibles con pena de detención el bien lesionado por la sanción es el bien de la libertad personal”,⁴⁶ derecho “protegido por la Constitución en vía primaria, dentro de aquellos declarados solemnemente inviolables, cuya inviolabilidad puede ser suspendida por un acto proferido por una autoridad judicial”.⁴⁷ Por otro lado, en aquellos delitos que no son sancionados con pena privativa de la libertad sino con pena pecuniaria el hecho debe ofender al menos un bien constitucionalmente secundario.⁴⁸

De acuerdo con esta concepción se consideran bienes jurídicos primarios además de la libertad “todos los otros bienes sin los cuales el hombre no puede realizarse en la forma mínima existencial”.⁴⁹ Concretamente, dentro de los bienes jurídicos supraindividuales se consideran primarios aquellos sin los cuales se derrumbarían los principios fundamentales del Estado social de derecho, o se impedirían o desnaturalizarían las funciones institucionales de los órganos contemplados en la constitución,⁵⁰ por lo cual bienes jurídicos como la administración pública y la administración de justicia merecerían plena tutela penal, pues son el soporte de los órganos ejecutivos y judiciales.

De esta manera, puede concluirse que el concepto de bien jurídico supraindividual ha sido aceptado por varios siglos dentro de las principales posturas de la dogmática penal, por lo cual no puede considerarse que su tutela sea un síntoma de la expansión del derecho penal que implique la elaboración de nuevas estructuras penales.

⁴² Cfr. J. Bustos Ramirez, *Control social y sistema penal*, Barcelona, Promociones publicaciones universitarias, 1987, p. 197.

⁴³ *Ibid.*, p. 197.

⁴⁴ F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concreto bene giuridico*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1983, p. 175.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 168.

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ *Ibid.*, p. 203.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 204.

2. LA IDENTIFICACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUALES

Una vez determinados el origen y la evolución del reconocimiento de los bienes jurídicos supraindividuales, es necesario delimitar el concepto moderno de bien jurídico supraindividual, para lo cual la doctrina ha señalado una serie de características que permiten su identificación:

- a) En primer lugar, se señala que los bienes jurídicos colectivos tienen una titularidad supraindividual,⁵¹ la cual puede ser entendida de manera positiva como “una titularidad compartida por el conjunto de la sociedad”⁵² o de forma negativa por su característica de “no ser detentados individualmente”.⁵³

Sin embargo, no ha existido unanimidad en torno a esta característica, pues además de la polémica surgida entre quienes defienden las tesis monista y los que abogan por la doctrina dualista frente a la titularidad de los bienes jurídicos,⁵⁴ en la actualidad se ha creado una gran controversia frente a la ubicación sistemática de aquellos bienes jurídicos que son de titularidad de un colectivo determinado de personas⁵⁵ y que se han denominado intereses difusos o bienes jurídicos intermedios.

Las tesis surgidas al respecto pueden reunirse en tres grupos: las que señalan que los bienes jurídicos preservados frente a colectivos determinados (tales como la seguridad colectiva, la salud pública y la seguridad del tráfico) son en realidad individuales, pues siempre afectan a bienes jurídicos como la salud individual, la vida, la integridad personal o el patrimonio;⁵⁶ quienes consideran que estos bienes jurídicos conservan su naturaleza colectiva pues además de que sus titulares comparten iguales aspiraciones de protección en relación con los ataques a sus bienes jurídicos, también aquellos pueden ser sustituidos sin que se afecte la subsistencia del bien jurídico;⁵⁷ y los que

⁵¹ Sobre este aspecto, véase S. Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Comares, 2003, p. 194; Santana Vega, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, ob. cit., p. 194; R. Mata Martín, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, Comares, 1997, p. 11.

⁵² Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos...*, ob. cit., p. 194.

⁵³ Santana Vega, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, ob. cit., p. 194.

⁵⁴ Cfr. R. Maurach, *Tratado de derecho penal*, traducido por Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ariel, 1962, p. 251. “El que tan sólo generales representaciones valorativas puedan conducir al reconocimiento de los intereses como bienes jurídicos, no afecta a la cuestión de si únicamente la colectividad puede ser titular de un bien jurídico o de si existen así mismo bienes jurídico individuales. La cuestión fue en un principio objeto de viva discusión. Mientras que Binding, adhiriéndose a Ihering, defiende el primer criterio, la teoría dominante se muestra inclinada a distinguir entre bienes del particular (bienes jurídicos individuales) y de la sociedad (bienes jurídicos universales). Prácticamente no ha adquirido esta disputa una mayor significación, pues también los partidarios de atribuir todos los bienes a la sociedad debieron admitir la existencia de determinados bienes en los que el ordenamiento jurídico otorga a sus titulares la facultad de disposición. Tanto por motivos de sistemática de Parte especial, como en consideración a la posibilidad de determinar con exactitud los presupuestos y límites de una eficaz renuncia al bien jurídico, merece ser preferida la teoría dominante con su bipartición de los bienes jurídicos”.

⁵⁵ Cfr. Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos...*, ob. cit., p. 194.

⁵⁶ Cfr. *ibid.*, pp. 200 y ss.

⁵⁷ Cfr. *ibid.*, p. 98.

señalan que estos bienes jurídicos son una categoría independiente denominada bienes jurídicos intermedios.⁵⁸

Frente a las anteriores tesis creo más acertado considerar que estos bienes jurídicos siguen siendo supraindividuales, pues la doctrina reconoce la existencia de múltiples tipos penales pluriofensivos, dentro de los cuales es perfectamente posible la afectación simultánea de un bien jurídico individual y uno colectivo sin tener que reconocer que la conjunción de éstos pueda considerarse como otro bien jurídico intermedio.

- b) En segundo lugar, los bienes jurídicos supraindividuales se caracterizan por su indisponibilidad,⁵⁹ lo cual genera “la ineficacia jurídico-penal del consentimiento en la lesión o puesta en peligro de alguno de estos bienes”.⁶⁰
- c) En tercer lugar, se le atribuye a estos bienes jurídicos su indivisibilidad, por cuanto no son susceptibles de ser divididos ni adjudicados a sus titulares.⁶¹
- d) Por último, Soto Navarro señala que la mayoría de bienes jurídicos supraindividuales tienen una naturaleza conflictual: “los nuevos bienes jurídicos se caracterizan por el hecho de que las fuentes de peligro para los mismos provienen de actividades lícitas y socialmente necesarias, que en modo alguno pueden ser suprimidas, sino tan sólo sometidas a control. Tales sectores de actividad son generados fundamentalmente por intereses de contenido económico y provocan, a su vez, intereses de muy diversa índole, legítimos todos ellos en su respectivo ámbito, pero en clara colisión”.⁶²

Otro mecanismo para la individualización de los bienes jurídicos supraindividuales es su clasificación detallada, labor asumida por Bustos Ramírez, quien distingue tres tipos de bienes jurídicos no individuales: los institucionales “referidos a determinadas instituciones básicas para el funcionamiento del sistema”,⁶³ los colectivos en sentido estricto que se refieren “a la satisfacción de necesidades de carácter social y económico, están en relación con la participación de todos en el proceso económico-social”.⁶⁴ y “los bienes jurídicos de control son aquellos referidos a la organización del aparato estatal, para que éste pueda cumplir sus funciones”.⁶⁵

⁵⁸ Cfr. Mata y Martín, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, ob. cit.

⁵⁹ Cfr. Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos...*, ob. cit., p. 195.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 195.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 198 y ss.

⁶² *Ibid.*, pp. 213 y ss.

⁶³ Bustos Ramírez, ob. cit., p. 200.

⁶⁴ *Idem.*

⁶⁵ *Idem.*

3. LA LESIVIDAD EN LOS BIENES JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUALES

En la doctrina se ha extendido la opinión según la cual los bienes jurídicos colectivos son entes inmateriales y no son susceptibles de lesión,⁶⁶ limitando su protección solamente a los tipos de peligro o reemplazándolos por nuevas creaciones dogmáticas como los bienes jurídicos intermedios o los delitos acumulativos, posiciones inviables constitucional y legalmente por las siguientes razones:

- a) En primer lugar, el argumento según el cual la naturaleza inmaterial de los bienes jurídicos colectivos hace imposible su lesión, también podría extenderse a los bienes jurídicos individuales,⁶⁷ por cuanto un amplio sector de la doctrina encabezado por Liszt,⁶⁸ Jescheck⁶⁹ y Schmidhauser⁷⁰ defienden la naturaleza ideal de todos los bienes jurídicos.
- b) En segundo lugar, la dificultad en la percepción material del menoscabo a los bienes jurídicos colectivos también se puede extender a bienes jurídicos individuales como el honor⁷¹ o la intimidad.

Incluso en un bien jurídico aparentemente tan material como la propiedad, existen múltiples dificultades para delimitar el desvalor de resultado frente a pequeñas lesiones como el hurto de cosas insignificantes⁷² o las transacciones arriesgadas,⁷³ para cuya justificación de su impunidad se han tenido que utilizar teorías como los delitos bagatela,⁷⁴ la adecuación social⁷⁵ o el riesgo permitido.⁷⁶

- c) En tercer lugar, frente a la supuesta imposibilidad de destruir o afectar sustancialmente bienes jurídicos de grandes dimensiones como el medioambiente, la seguridad o la administración pública, cabe destacar en este sentido que también resulta muy difícil señalar que una lesión productora de una incapacidad de pocos días afecte “esencialmente” la salud de un individuo o que una injuria realizada ante pocas personas afecte integralmente el honor de un individuo.

⁶⁶ Cfr. Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos...*, ob. cit., p. 277.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 306.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 284.

⁶⁹ Cfr. Jescheck, y Weigend, *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit., p. 278: “el bien jurídico como valor ideal que está sustraído a la intervención del autor puede, ciertamente ser despreciado y también atacado en su materialización a través del objeto de la acción, pero en realidad, nunca puede ser lesionado”.

⁷⁰ Cfr. Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos...*, ob. cit., p. 284.

⁷¹ Cfr. Mata y Martín, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, ob. cit., p. 38.

⁷² Cfr. Roxin, *Derecho Penal. Parte General, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, ob. cit., p. 297.

⁷³ *Ibid.*, p. 296.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 297.

⁷⁵ Cfr. Welzel, *Derecho penal alemán*, ob. cit.

⁷⁶ Cfr. Paredes Castañón, J. M., *Riesgo permitido en derecho penal (régimen jurídico de las actividades peligrosas)*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, 1995.

Mientras la doctrina realiza debates filosóficos y epistemológicos abstractos sobre la lesión del honor o de la salud individual en los delitos de injuria y lesiones personales, un perito puede determinar fácilmente la afectación del medioambiente por medio de una prueba química sobre el agua, el aire o el suelo. Por ello cabe preguntarse si la determinación de la lesividad de una conducta punible medioambiental a través de una prueba química es más peligrosa para la seguridad jurídica que la elaboración de complejos conceptos *ius* filosóficos ajenos al común de las personas.

Tal vez muchos se inclinen por pensar que si la determinación de la antijuridicidad material de una conducta punible se deja a una prueba técnica basada en tipos penales en blanco que remiten a normas administrativas mejor sería cambiar los jueces por científicos y por ello sea mejor acudir a las empujadas alturas de la filosofía del derecho para la explicación del injusto. Sin embargo, en mi opinión, es mucho más garantista determinar la antijuridicidad material de un delito contra el medioambiente a través de una prueba sobre la incidencia de la conducta del sujeto activo en el recurso natural concreto presuntamente afectado, que analizar la lesividad de un delito a través de estructuras filosóficas abstractas por las siguientes razones:

En primer lugar, la verificación de la antijuridicidad material de una conducta punible no significa que es suficiente para la atribución de responsabilidad penal a una persona, pues para ello es necesario también analizar otros aspectos tales como el cumplimiento de los elementos de la conducta típica, la imputación subjetiva (a título de dolo o culpa), la culpabilidad y la ausencia de causales de justificación. Por ello no puede decirse que la determinación de la lesividad de una conducta a través de una pericia técnica equivalga a una sentencia en contra del imputado.

En segundo lugar, los críticos más radicales de los tipos penales en blanco⁷⁷ se olvidan que los destinatarios de la norma no son ellos mismos sino personas que no tienen la menor idea de la filosofía de Kant, Hegel o Habermas, ni de la dogmática de Jakobs o Hassemer, y que si conocen las normas que manejan a diario en su actividad profesional. Por ello para un empresario es más fácil conocer las normas técnicas sobre el manejo de residuos y los volúmenes de emisiones de su compañía que el contenido de figuras tan complicadas como la culpabilidad, la responsabilidad, la injerencia, la prohibición de regreso y la autoría mediata.

Infortunadamente, tal como sucedió hace casi un siglo, el derecho penal actual prefiere acudir a la filosofía y a la sociología que a otras ramas del derecho, cuya comprensión sería fundamental para interpretar precisamente los

⁷⁷ Es decir, aquellos que niegan la legitimidad de todos los tipos penales en blanco por el simple hecho de hacer una remisión a leyes administrativas y no por razones más justificadas como cuando se hace remisión a normas de jerarquía menor o a meros reglamentos.

delitos contra los bienes jurídicos supraindividuales, y para entender que si las relaciones sociales se rigen por normas jurídicas (contratos, hechos jurídicos, actos administrativos, vías de hecho...), son las normas que rigen estas actividades –y que son conocidas y asumidas por los destinatarios de la norma– las que deben servir de base para la determinación del injusto y no conceptos abstractos que una persona no está obligada a conocer.

- d) La tesis de los bienes jurídicos intermedios o de referente individual llega a conclusiones muy cuestionables como partir de las dificultades para precisar la lesión de los bienes jurídicos colectivos⁷⁸ a fin de crear una estructura cuya propuesta es la existencia de delitos de lesión-peligro,⁷⁹ en los cuales se exija la lesión del bien jurídico colectivo y la puesta en peligro del bien jurídico individual,⁸⁰ lo cual resulta claramente contradictorio.

Por otro lado, también resulta contradictorio que la teoría de los bienes jurídicos intermedios parta de la idea de unificar los bienes jurídicos en aquellos delitos en los cuales se ataca un bien jurídico individual y uno colectivo, y luego los vuelve a separar para determinar el desvalor de resultado frente a cada uno de ellos. En suma, los llamados delitos de bien jurídico intermedio no son más que delitos pluriofensivos, pues poseen dos bienes jurídicos distintos aunque se hallen vinculados por un nexo de antijuridicidad.

- e) La tesis de los delitos de acumulación, según la cual “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), si se cuenta con una posibilidad cierta de que dicha conducta –per se no lesiva– se realice también por otros sujetos y el conjunto de comportamientos sí vaya a acabar lesionando el correspondiente bien jurídico”,⁸¹ tesis absolutamente cuestionada dentro de la doctrina por vulnerar los principios de culpabilidad por desconocimiento de que la responsabilidad personal es individual y de proporcionalidad.⁸²

De esta manera, puede concluirse que ni las críticas expuestas por la doctrina a la lesividad de los bienes jurídicos supraindividuales son tan ciertas como aparentan, ni las propuestas que se plantean para la solución de este problema son tan acertadas como parecen; por ello la determinación de la antijuridicidad material en estos delitos dependerá de la delimitación del concepto de cada bien jurídico supraindividual y de la aplicación de criterios coherentes para el análisis de su lesión o puesta en peligro, tales como la imputación objetiva, cuya aplicación a esta forma de delitos será analizada a continuación.

⁷⁸ Cfr. Mata y Martín, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, ob. cit., p. 35.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 76.

⁸⁰ *Idem.*

⁸¹ Silva Sánchez, ob. cit., p. 131.

⁸² *Idem.*

4. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA COMO CRITERIO PARA LA DETERMINACIÓN DEL INJUSTO DE LOS BIENES JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUALES

La imputación objetiva fue expuesta en principio como un conjunto de criterios para elaborar una teoría general de la imputación completamente desligada del dogma causal en los delitos de resultado,⁸³ siendo posteriormente reconocida como un criterio correctivo de la causalidad aplicable a este tipo de delitos,⁸⁴ por esta razón, teniendo en cuenta que muchos de los delitos que tutelan bienes jurídicos colectivos son de mera conducta y de peligro abstracto, podría haberse planteado la inaplicación de esta teoría para la determinación de su injusto típico.

Sin embargo, en la actualidad, un sector cada vez más amplio de la doctrina considera aplicables los criterios de esta teoría a todos los delitos,⁸⁵ bien sea como un grupo de conceptos para la determinación de las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable,⁸⁶ como complementos normativos que permitan entender objetivamente una conducta,⁸⁷ como consecuencia de una concepción normativa de acción,⁸⁸ como una exigencia general interna al sistema⁸⁹ o como teoría para determinar el injusto de todos los delitos.⁹⁰

En este sentido, algunos autores defienden expresamente la aplicación de la teoría de la imputación objetiva a los delitos de mera actividad⁹¹ y a los de peligro abstracto,⁹² señalando que el juicio de imputación no solamente está compuesto

⁸³ C. Roxin, "Reflexión sobre la problemática de la imputación en derecho penal", en C. Roxin, *Problemas básicos del derecho penal*, traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid, Reus S.A., 1976, p. 131. Sobre la separación de los juicios de causalidad de imputación llevada a cabo en derecho penal por Honig Vid, véase M. Cancio Meliá, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Mendoza, Cuyo, 2004, p. 35.

⁸⁴ Roxin, *Derecho Penal. Parte general...*, ob. cit., p. 362; A. Prunotto Laborde, *Causalidad e imputación objetiva*, Rosario, Juris, 2004, pp. 404 y ss. En sentido similar, I. Puppe, *La imputación objetiva, presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, traducción de Percy García Caveró, Granada, Comares, 2001, p. 12, al señalar: "Los requisitos de la imputación objetiva, especialmente la realización del riesgo prohibido y la vinculación con el fin de protección, no pueden ser otra cosa que peculiaridades, precisamente del nexo causal".

⁸⁵ Y. Reyes Alvarado, *La imputación objetiva*, 3 edición, Bogotá, Temis, 2005, pp. 81 a 85; Cancio Meliá, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, ob. cit., p. 66; G. Jakobs, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 222 a 226; W. Frisch, R. Robles Planas, *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en derecho penal*, Madrid, Atelier, 2005; A. Torio López, *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, ADPCP, tomo 39, 1986, p. 43; Hormazábal Malarée, "Imputación objetiva y principio de lesividad", ob. cit., pp. 421 y 422.

⁸⁶ G. Jakobs, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 224.

⁸⁷ Cancio Meliá, ob. cit., p. 66.

⁸⁸ Frisch y Robles Planas, *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en derecho penal*, ob. cit.

⁸⁹ Torio López, *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, ob. cit., p. 43. En similar sentido también Hormazábal Malarée, "Imputación objetiva y principio de lesividad", ob. cit., p. 421.

⁹⁰ Reyes Alvarado, *La imputación objetiva*, ob. cit., p. 84.

⁹¹ Torio López, A. *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, ob. cit., p. 35; S. Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Reppertor, 2002, p. 237; J. Silva Sánchez, *Derecho de la circulación*, núm. 4, Madrid, 1988, p. 157; Octavio de Toledo, O., Huerta Tocildo, S., *Parte General*, ob. cit., p. 91; Mendoza Buergo, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, Comares, 2001, pp. 437 y ss.

⁹² Sobre este punto véase Torio López, *Los delitos de peligro hipotético*, ob. cit., 1981, p. 846, reconoce la posibilidad de aplicar los criterios de la imputación objetiva a los delitos de peligro hipotético, y Mendoza Buergo, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, ob. cit., p. 452, plantea la extensión de esta interpretación a todos los delitos de peligro abstracto.

por la imputación objetiva del resultado sino también por la imputación objetiva de la conducta, y que esta última podría verificarse dentro de los delitos de mera conducta,⁹³ posición que consideramos congruente con los principios fundamentales del derecho penal.

Desde el punto de vista del principio de legalidad, la ley no circunscribe la aplicación de los criterios de la imputación objetiva a los delitos de resultado, pues –salvo en algunas legislaciones penales como la colombiana– la imputación objetiva ni siquiera se menciona dentro de los códigos penales,⁹⁴ por lo cual se trata de una mera elaboración dogmática cuyos alcances deben ser definidos en el seno de la propia doctrina.

Desde el punto de vista del principio de lesividad, la imputación objetiva permite la consideración efectiva de la puesta en peligro de los bienes jurídicos dentro de la dogmática moderna,⁹⁵ exigencia que había sido analizada tradicionalmente en la antijuridicidad material, categoría que en la actualidad se encuentra abandonada ante la reducción de la antijuridicidad a ser un mero elemento negativo en el cual solamente hay que verificar que no se haya presentado ninguna causal de justificación.

Desde el punto de vista del principio de igualdad, podría violarse este derecho si los criterios formulados dentro de la teoría de la imputación objetiva para la exclusión de la creación de un riesgo no permitido –tales como la disminución del riesgo, la falta de la creación del peligro y los casos de riesgo permitido– no se aplicaran a los delitos de mera conducta.

Desde el punto de vista del principio de culpabilidad, el derecho penal no se dirige solamente a la imputación de resultados, sino también a la imputación de conductas; por ello, si la imputación objetiva es una teoría que permite concretar el alcance del tipo, debe ser aplicada a todos los delitos.

De esta manera, la aplicación de la teoría de la imputación objetiva –y especialmente de los criterios de exclusión de la creación de riesgo permitido– resulta especialmente útil en la solución de problemas concretos que se presentan en determinados delitos, los cuales se derivan especialmente de la naturaleza de delitos de peligro abstracto que presentan la mayoría de estas conductas punibles.

En primer lugar, se excluye la creación de un riesgo no permitido en caso de disminución del riesgo,⁹⁶ es decir “si el autor modifica un curso causal tal manera que aminora o disminuye el peligro ya existente para la víctima, y por tanto mejora la situación del objeto de la acción”.⁹⁷ Esta causal podría implicar por ejemplo la

⁹³ Torio López, *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, ob. cit., pp. 42 y 43; Mendoza Buergo, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, ob. cit., p. 453. En sentido similar Reyes Alvarado, *La imputación objetiva*, ob. cit., p. 81.

⁹⁴ E. Gimbernat, *¿Qué es la imputación objetiva? Estudios de derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 212.

⁹⁵ Al respecto véase Hormazábal Malarée, “*Imputación objetiva y principio de lesividad*”, ob. cit., p. 421.

⁹⁶ Roxin, “Reflexión sobre la problemática de la imputación en derecho penal”, ob. cit., p. 131.

⁹⁷ Roxin, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 365.

exclusión del injusto en delitos como la prevaricación o la malversación cuando la resolución injusta o la apropiación patrimonial se realicen con el fin de garantizar la prestación de un servicio público, pero sin el cumplimiento de los requisitos presupuestales o administrativos que exige la ley para el perfeccionamiento de una actuación administrativa.⁹⁸

En segundo lugar, se excluye la creación de un riesgo no permitido en aquellos eventos en los cuales falta la creación del peligro,⁹⁹ es decir, cuando “el autor ciertamente no ha disminuido el riesgo de lesión de un bien jurídico, pero tampoco lo ha aumentado de modo jurídicamente considerable”,¹⁰⁰ tal como sucedería en el conocido ejemplo de Welzel sobre el regalo de navidad al cartero, pero también con casos más contemporáneos como las resoluciones que violen aspectos meramente formales de la ley.

En tercer lugar, se excluye la creación de un riesgo en los casos de riesgo permitido,¹⁰¹ el cual dogmáticamente podría ser determinado a través de criterios extranormativos como la comparación entre las ventajas y los peligros que socialmente representa determinada actividad, o la figura del hombre prudente; o de criterios normativos como las reglamentaciones jurídicas o gremiales y el principio de confianza.¹⁰²

Esta causal es especialmente aplicable a los delitos que tutelan bienes jurídicos colectivos, pues están directamente relacionados con la infracción de normas administrativas cuyo cumplimiento excluye la configuración de su injusto típico, tal como sucede con los delitos contra la salud pública o contra el medioambiente.

5. LA APLICACIÓN DE LAS CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN EN LOS DELITOS QUE TUTELAN UN BIEN JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL

Dentro de los primeros códigos penales, las causales de justificación estaban incluidas directamente en las normas que consagraban delitos a los cuales serían aplicables, que tenían como característica común que atentaban contra intereses individuales, especialmente contra la vida. Sin embargo, a finales del siglo XIX se comenzaron a realizar estudios generales de las causales de justificación por autores como Globig y Huster en 1783, Erhard en 1789, Tittman en 1789 y Feuerbach.¹⁰³

⁹⁸ Piénsese por ejemplo en aquellos eventos en los cuales un funcionario público profiere una resolución a través de la cual dispone de caudales públicos en un rubro distinto al cual estaban destinados para solucionar una emergencia sanitaria o ambiental del municipio.

⁹⁹ Roxin, “Reflexión sobre la problemática de la imputación en derecho penal”, ob. cit., p. 131.

¹⁰⁰ Roxin, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 366.

¹⁰¹ Roxin, “Reflexión sobre la problemática de la imputación en derecho penal”, ob. cit., p. 133; *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 371.

¹⁰² Reyes Alvarado, *La imputación objetiva*, ob. cit., p. 113 y ss.

¹⁰³ Cfr. Liszt, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 343.

Posteriormente, la sistematización del derecho penal condujo a la inclusión de las causales de justificación en la parte general de los delitos privados,¹⁰⁴ situación que concluyó cuando se dejaron de distinguir sistemáticamente de los delitos públicos y se concibió una sola parte general para todas las conductas punibles, lo cual condujo a que desde el punto de vista legal, las causales de justificación sean aplicables también en los delitos que atenten contra bienes jurídicos supraindividuales.

De esta manera, el análisis sobre la posibilidad de aplicar las causales de justificación a aquellas conductas punibles que afecten a bienes jurídicos supraindividuales ha sido un tema dejado a la doctrina.

5.1 La legítima defensa en los delitos que afectan bienes jurídicos supraindividuales

A pesar de que la ley no excluya expresamente la admisión de la legítima defensa en aquellos delitos que atenten contra bienes jurídicos supraindividuales, existen múltiples razones dogmáticas que fundamentan su rechazo:

- a) El principal problema que existe para el reconocimiento de la legítima defensa en delitos de bien jurídico supraindividuales es la agresión, pues teniendo en cuenta que quien la realiza debe ser el mismo titular del bien jurídico sacrificado,¹⁰⁵ en estos eventos el ataque necesariamente debe provenir de la colectividad o del Estado.

Sin embargo, la doctrina exige para admitir la legítima defensa que el ataque sea realizado por un ser viviente¹⁰⁶ y, más concretamente, por una persona humana,¹⁰⁷ rechazándose la posibilidad de admitir agresiones de personas jurídicas¹⁰⁸ y de la colectividad, por lo cual sería posible admitir una defensa que lesione bienes jurídicos supraindividuales.

Al respecto, se admite solamente la defensa frente a los órganos humanos de la persona jurídica que actúen antijurídicamente,¹⁰⁹ pero en este caso ya no podrían afectarse bienes jurídicos supraindividuales, por cuanto solamente podrían agredirse los bienes jurídicos de estos órganos y no de quienes los representan.

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ Debe dirigirse contra el agresor mismo y no contra un tercero.

¹⁰⁶ Cfr. Mezger, *Derecho penal, parte general*, ob. cit., p. 168; Maurach, *Tratado de Derecho penal*, ob. cit., p. 378.

¹⁰⁷ Cfr. Welzel, *Derecho penal alemán*, ob. cit., p. 123; Jescheck, y Weigend, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 364; Roxin, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 611.

¹⁰⁸ Cfr. Roxin, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 611: "Tampoco puede considerarse agresoras a las personas jurídicas (contra una opinión muy extendida en derecho civil), porque las mismas no pueden actuar en el sentido del derecho penal (cfr. 8, núm. 55 ss.) y no son asequibles a la eficacia preventiva general y del prevalecimiento del derecho. Por tanto, no se puede actuar en legítima defensa frente a una asociación, una sociedad anónima o el Estado".

¹⁰⁹ Idem.

- b) Otro obstáculo importante, aunque menos difícil de solucionar que el anterior, sería el carácter antijurídico que se exige a la agresión en la legítima defensa, pues ni las personas jurídicas ni la colectividad tienen capacidad de incurrir en conductas típicas, problema que si bien para las primeras podría solventarse en razón del carácter netamente antijurídico extrapenal y no necesariamente típico de la agresión propuesto por Jescheck, sería absolutamente imposible de responder en el caso de la colectividad, la cual no puede incurrir en conductas antijurídicas.
- c) Algunos autores como Gorriz señalan la imposibilidad de aplicar la legítima defensa por la irracionalidad de defenderse de una agresión inminente mediante un delito de estas características, argumento interesante aunque no posee la contundencia de los anteriores.

5.2 El estado de necesidad en los delitos que afectan bienes jurídicos supraindividuales

En principio, la doctrina ha admitido la posibilidad de aplicar el estado de necesidad en aquellos delitos que afecten bienes jurídicos supraindividuales,¹¹⁰ sin embargo, en algunos eventos su aplicación puede ser problemática.

El primer problema planteado frente a la aplicación del estado de necesidad en delitos que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos supraindividuales es la aparente prevalencia de dichos bienes sobre los individuales en una ponderación de intereses, situación señalada por Welzel,¹¹¹ quien considera que este axioma solamente se aplica en eventos de lesiones y no de peligros potenciales,¹¹² por lo cual “está pues justificada la infracción de simples ordenanzas dictadas para precaver situaciones de peligro, en tanto tal infracción sea necesaria para salvaguardar intereses individuales concretamente amenazados: transgresión del límite de velocidad máxima por el médico llamado al lugar del accidente”.¹¹³

Sin embargo, acudiendo a los criterios de ponderación señalados por Roxin, difícilmente podrá presentarse una prevalencia de un bien jurídico supraindividual sobre uno individual, por cuanto la comparación de los marcos penales permite concluir que, salvo muy contados casos,¹¹⁴ la lesión de bienes jurídicos individuales está sancionada con una mayor pena que la de los bienes jurídicos supraindividuales¹¹⁵ y, además, según la diferencia de valor de los bienes jurídicos

¹¹⁰ Ejemplos sobre aplicación restringida del estado de necesidad en delitos de bienes jurídicos colectivos pueden encontrarse en: Liszt, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 355; Welzel, *Derecho penal alemán*, ob. cit., p. 395; Roxin, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 684; G. Jakobs, *Derecho penal. Parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 518; Mir Puig., ob. cit., p. 455; F. Muñoz Conde y M. García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 5 edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 337.

¹¹¹ Cfr. Welzel, *Derecho penal alemán*, ob. cit., p. 395.

¹¹² Idem.

¹¹³ Idem.

¹¹⁴ El terrorismo o el tráfico de drogas.

¹¹⁵ En este sentido, los delitos contra vida y la salud individual, contra la libertad y contra la integridad sexual, tienen penas mucho mayores a casi cualquier delito de bien jurídico colectivo.

cos “los valores de la personalidad tienen preferencia frente a los bienes patrimoniales; y la protección de la vida y la integridad fundamentan un interés superior incluso frente a la preservación de otros valores de la personalidad o de bienes jurídicos supraindividuales”.¹¹⁶

Por otro lado, el obstáculo más grave se da frente a los delitos en los cuales el sujeto tiene algún deber especial ante el bien jurídico, y en las profesiones que impliquen un deber de sacrificio, exigencias y cualidades personales que precisamente fundamentan el desvalor de acción en determinados punibles como los delitos contra la administración pública o la administración de justicia.

Según Liszt:

la facultad de invocar el estado de necesidad, en un cierto número de casos, sólo se permite en una esfera muy restringida, a aquellas personas que están obligadas, por su profesión, a afrontar peligros referentes al cuerpo y la vida; así ocurre con el soldado (49, párrafo 1 del Código penal militar, en concordancia con los 87 a 88), el marinero (Ordenanza de hombres de mar de 1902, 41), el minero, el bombero, el médico, el enfermero, etcétera.¹¹⁷

Roxin amplía la posición de Liszt al incluir no solamente a los bomberos sino también a los médicos y a los jueces¹¹⁸ y, en general, a quienes por su posición tengan el deber de soportar el peligro,¹¹⁹ por lo cual excluye por ejemplo que un juez pueda invocar un estado de necesidad basado en una amenaza contra su vida para justificar un prevaricato.¹²⁰

En similar sentido, Muñoz Conde establece una regla general basada en el rol social, exigiendo que “el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”,¹²¹ por lo cual “el depositario de caudales públicos no puede disponer de éstos para reparar su vivienda o mejorar su situación económica, por más que ésta sea extremadamente difícil”.¹²² Sin embargo, este autor señala que no puede negarse radicalmente a ciertas profesiones la posibilidad de actuar en estado de necesidad, pues “los límites de la exigencia de sacrificio deben coincidir con los límites legales o sociales del ejercicio de la profesión”.¹²³

¹¹⁶ Roxin, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 684.

¹¹⁷ Liszt, F. *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 335.

¹¹⁸ Roxin, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 701.

¹¹⁹ Idem.

¹²⁰ Cfr. Roxin, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 702: “Entre quienes están en posiciones de deberes especiales cabe citar, aparte de los ya indicados, sobre todo a policías, marinos o encargados de la ventilación en las minas, pero también v. gr. a médicos y jueces respecto de los peligros específicos de sus profesionales. Así p. ej., si un juez se deja inducir a una prevaricación porque unos gansters le han amenazado con matarle si adopta una resolución justa, ello no se puede justificar por el 34: pues aunque la vida sea en sí misma un bien jurídico de más valor que la administración de Justicia, como al juez le está específicamente confiada la administración de Justicia, también tiene que soportar peligros por la misma. Ciertamente si que no se le podrá exigir que por el derecho vaya a una muerte segura, pero sí que ponga en conocimiento de las autoridades la amenaza de asesinato, reclame protección policial y asuma el riesgo pese a todo subsistente”.

¹²¹ Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 339.

¹²² Idem.

¹²³ Idem.

Al respecto parece mucho más adecuada la última tesis de Muñoz Conde, pues negar radicalmente el derecho a acudir al estado de necesidad en eventos en los cuales la profesión no tenga relación con el deber de sacrificio violaría el derecho a la igualdad.

En consecuencia, es perfectamente posible invocar el estado de necesidad frente a las conductas típicas que atenten contra bienes jurídicos supraindividuales.

5.3 El consentimiento en los delitos que afectan bienes jurídicos supraindividuales

A pesar de que el consentimiento no es considerado unánimemente como una causal de justificación,¹²⁴ su aplicación en los delitos de bien jurídico supraindividuales será analizado en el presente acápite, por cuanto gran parte de la doctrina defiende una teoría diferenciadora que reconoce su carácter justificante en aquellos eventos en los cuales su ausencia no constituye un elemento del tipo,¹²⁵ tal como hipotéticamente podría suceder en los delitos contra la administración pública.

Los bienes jurídicos colectivos tienen una titularidad supraindividual,¹²⁶ que puede ser entendida de manera positiva como “una titularidad compartida por el conjunto de la sociedad”¹²⁷ o de forma negativa por su característica de “no ser detentados individualmente”,¹²⁸ por lo cual son indisponibles,¹²⁹ hecho que genera “la ineficacia jurídico-penal del consentimiento en la lesión o puesta en peligro de alguno de estos bienes”.¹³⁰

Al respecto, como señala Welzel, “sólo puede consentir aquel que sea titular único de interés jurídicamente protegido”¹³¹ por lo cual, en los eventos en los que se protege el interés público, es ineficaz el consentimiento del afectado,¹³² posición que comparten Maurach,¹³³ Jescheck¹³⁴ y Roxin,¹³⁵ entre otros. Incluso, según

¹²⁴ Sobre la consideración del consentimiento como una causal de justificación véanse Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 360; Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 403; Mezger, *Derecho penal, parte general*, ob. cit., p. 163; Liszt, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 353. En sentido contrario, J. Bustos Ramírez y H. Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, Vol. I, Madrid, Trotta, 1997, p. 94; Roxin, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit.

¹²⁵ Welzel, *Derecho Penal Alemán*, ob. cit., p. 137; Rodríguez Devesa, *Derecho penal español*, Madrid, 1979, p. 485; Mir Puig, ob. cit., p. 516; R. Díaz Roca, *Derecho penal general*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 149; Maurach, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 404.

¹²⁶ Sobre este aspecto véase Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos...*, ob. cit., p. 194; Santana Vega, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, ob. cit., p. 194; Mata Martín, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, ob. cit., p. 11.

¹²⁷ Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos...*, ob. cit., p. 194.

¹²⁸ Santana Vega, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, ob. cit., p. 194.

¹²⁹ Cfr. Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos...*, ob. cit., p. 195.

¹³⁰ Idem.

¹³¹ Welzel, *Derecho penal alemán*, ob. cit., p. 139.

¹³² Idem.

¹³³ Cfr. Maurach, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 404.

¹³⁴ Cfr. Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 408.

¹³⁵ Cfr. Roxin, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 526.

Jescheck, “en los delitos contra la colectividad que por sus consecuencias también afectan concretamente a los individuos, la jurisprudencia ha negado por regla general la eficacia del consentimiento”.¹³⁶

Cabe destacar que la configuración típica de algunos delitos como la revelación de secretos privados y las exacciones ilegales ha llevado a autores como Vasquez-Portomeñe a aceptar la eficacia del consentimiento como causal de ausencia de la tipicidad,¹³⁷ posición que no puede compartirse, pues dada la naturaleza invisible de un bien jurídico colectivo, nadie puede disponer de éste, y por tanto ninguna persona puede dar su consentimiento para su lesión.

Caso distinto es la existencia de una autorización oficial, que no puede confundirse con un consentimiento, pues en este caso es la ley y no el funcionario público quien permite la realización de una determinada conducta.

5.4 El cumplimiento de un deber u orden antijurídico en los delitos que afectan bienes jurídicos supraindividuales

El cumplimiento de un deber legal, es decir, “el acto ordenado por un precepto jurídico”,¹³⁸ ha sido concebido desde sus orígenes para la conducta de funcionarios como guardias, funcionarios de correos o aduanas, y empleados de los establecimientos penitenciarios,¹³⁹ autorizando la lesión de bienes jurídicos individuales y supraindividuales, aceptándose unánimemente ambas hipótesis.

A estos eventos han sido agregados además otros supuestos de conductas que atacan contra bienes jurídicos supraindividuales como los deberes impuestos a individuos como la obligación de denunciar y de ser testigo.¹⁴⁰

La orden antijurídica obligatoria, considerada en sus orígenes como el cumplimiento de un deber,¹⁴¹ puede presentarse indistintamente frente a la posible vulneración de bienes jurídicos individuales o supraindividuales, pues no es esencial su contenido material sino el cumplimiento de los requisitos formales¹⁴² y el hecho de que no sea manifiestamente antijurídica.¹⁴³

¹³⁶ Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 408.

¹³⁷ Cfr. Vázquez-Portomeñe Seijas, “El consentimiento del ofendido en los delitos contra la administración pública (sobre el bien jurídico protegido en los delitos “del cargo”)”, *Revista Electrónica de ciencia penal y criminología*. RECPC 03-02, 2001.

¹³⁸ Liszt, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 359.

¹³⁹ Idem.

¹⁴⁰ Idem.

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² Cfr. Maurach, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 416; Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 422; Roxin, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 618; Mir Puig, ob. cit., p. 489; Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 349.

¹⁴³ Cfr. Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 422; Mir Puig, ob. cit., p. 489; Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 349.

6. LA SALVAGUARDA DE LOS BIENES JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUALES A TRAVÉS DE LAS CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN

La defensa de los bienes jurídicos colectivos mediante las causales de justificación ha sido un tema ampliamente debatido,¹⁴⁴ reconociéndose dos grandes posturas, una encabezada por Liszt,¹⁴⁵ Mezger,¹⁴⁶ Maurach¹⁴⁷ y Welzel,¹⁴⁸ quienes señalan que el Estado y la colectividad pueden considerarse como terceros y por ello ser susceptibles de ser salvaguardados a través de la legítima defensa y del estado de necesidad, y otra defendida por Jescheck¹⁴⁹ y Roxin,¹⁵⁰ los cuales advierten sobre los peligros que podría producir dejar en manos de los particulares la defensa del Estado.

El principal argumento de quienes aceptan la defensa de bienes jurídicos colectivos es la redacción de la norma que la consagra, en la cual no se hace alusión a bienes jurídicos individuales sino simplemente a otro,¹⁵¹ circunstancia a la que agregan que la ley tampoco distingue entre los bienes jurídicos protegidos.

En este sentido, Welzel considera que dentro del concepto de tercero pueden incluirse también corporaciones como personas jurídicas, el fisco e incluso el Estado que podría ser defendido por ejemplo si “un ciudadano impide por la fuerza que un espía cruce la frontera llevando secretos del Estado”,¹⁵² aunque siempre con dos límites muy claros: los principios de proporcionalidad y de subsidiariedad, es decir, que solamente es aplicable “cuando los órganos estatales no pueden llegar a tiempo”.¹⁵³

Igualmente, también es frecuente que se cite como argumento a favor del reconocimiento de la defensa de bienes jurídicos supraindividuales el artículo 20 de la Constitución alemana,¹⁵⁴ norma que permite la defensa del orden jurídico constitucional.¹⁵⁵

¹⁴⁴ Cfr. Maurach, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 379.

¹⁴⁵ Liszt, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 353.

¹⁴⁶ Mezger, *Derecho penal, parte general*, ob. cit., p. 169.

¹⁴⁷ Cfr. Maurach, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 379.

¹⁴⁸ Welzel, *Derecho penal alemán*, ob. cit., p. 128.

¹⁴⁹ Cf. Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 361.

¹⁵⁰ Cfr. Roxin, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 608.

¹⁵¹ Cfr. Maurach, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 379.

¹⁵² Welzel, *Derecho penal alemán*, ob. cit., p. 128.

¹⁵³ Idem.

¹⁵⁴ GG Artículo 20: todos los alemanes tienen el derecho de resistencia, cuando no sea posible la ayuda de otras instancias, frente a cualquiera que intente eliminar el orden fundamental liberal y democrático.

¹⁵⁵ Welzel, *Derecho penal alemán*, ob. cit., p. 130: “Por la de 24-6-68 se introdujo un inciso 4º al artículo 20 de la Ley fundamental, el que señala que todo alemán tiene el derecho de defensa en contra de cualquiera que intente destruir el orden conforme a la Constitución (tal como lo describe el artículo 20, incisos 1 a 3). Ahora bien, este derecho político de defensa transformado en derecho positivo, pariente de la legítima defensa, sólo lo tienen los alemanes, los extranjeros pueden invocar únicamente principios supralegales; el artículo 20, inc. 4, justifica para los alemanes las acciones típicas requeridas para la mantención del orden conforme a la Constitución, inclusive el homicidio del adversario activo de la Constitución, por cierto sólo como el último medio subsistente”.

Jescheck, por su parte, niega la posibilidad de admitir una legítima defensa de bienes jurídicos colectivos, excluyendo especialmente el orden público y el ordenamiento jurídico mismo.¹⁵⁶ Sin embargo, este autor reconoce la posibilidad de defender los bienes jurídicos individuales del Estado o de otras personas jurídicas públicas, como sucede con la propiedad pública.¹⁵⁷

Para todos aquellos eventos relacionados con la defensa del Estado, Jescheck plantea recurrir al estado de necesidad justificante, por cuanto “puede ser adaptado mucho mejor a la situación que la legítima defensa”.¹⁵⁸ De esta manera, utilizando el modelo del estado de necesidad, “una acción particular defensiva, sólo estaría autorizada cuando el Estado no puede defenderse a tiempo por medio de sus propios órganos, cuando el peligro es actual o inmediato, y cuando no existe ninguna otra salida para eludir un grave e irreparable daño para el bien común (por ejemplo, un particular evita con violencia que cruce la frontera un traidor que huye llevándose consigo secretos del Estado)”.¹⁵⁹

En este sentido, cabe destacar la SRGSt 63, 215, según la cual,

También se puede actuar en legítima defensa a favor de personas jurídicas de derecho privado o de derecho público, si se alzan agresiones antijurídicas contra sus bienes jurídicamente protegidos. No se ve ninguna razón por la que p. ej. la defensa frente a una agresión de hurto al patrimonio de una sociedad anónima o de un municipio pudiera tratarse desde el punto de la legítima defensa de modo distinto que frente a la agresión a la propiedad de un particular. De ello se desprende que también hay un derecho de legítima defensa del ciudadano individual frente a agresiones antijurídicas a los intereses vitales del Estado... No se puede admitir que el legislador quisiera concederle a la existencia del Estado una protección menor que a la preservación de otros bienes jurídicos.¹⁶⁰

De otro lado, Roxin, al contrario de Liszt y Mezger, considera que la redacción del artículo 32 del StGB no permite la aplicación de la legítima defensa a los bienes jurídicos colectivos, por cuanto la comunidad no es otro.¹⁶¹ Adicionalmente, refuerza su posición señalando que la legítima defensa es para el “particular un derecho protector duro y enraizado en la convicción jurídica del pueblo”.¹⁶²

Sin embargo, a pesar de excluir radicalmente la defensa de bienes jurídicos supraindividuales, sí admite la legítima defensa del Estado, el fisco y otras personas jurídicas, como el caso de agresión a una cabina telefónica, aunque rechaza esta posibilidad frente al Estado como titular de la soberanía, pues “el Estado como tal no es un bien jurídico individual, por mucho que sea posible la cons-

¹⁵⁶ Cfr. Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 361.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 364.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 365.

¹⁵⁹ *Idem.*

¹⁶⁰ SRGSt 63, 215.

¹⁶¹ Cfr. Roxin, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 608.

¹⁶² *Idem.*

trucción del mismo como persona jurídica”,¹⁶³ señalando que además “se producirían situaciones insostenibles si ante los delitos contra la protección del Estado el ciudadano pudiera presentarse como luchador individual contra los enemigos del Estado”.¹⁶⁴ Así mismo, cabe señalar que al igual que Jescheck, Roxin señala que “son susceptibles de estado de necesidad los bienes jurídicos de la comunidad”.¹⁶⁵

Jakobs, por su parte, manifiesta que los bienes, defendibles en legítima defensa pueden corresponder a personas jurídicas de derecho público y al Estado, sin embargo, “la defensa frente a los ataques contra el orden estatal que sólo consisten en la infracción de una norma que prohíbe la puesta en peligro abstracta está excluida del auxilio necesario del Estado, ya que falta un ataque a ciudadanos particulares y el ataque al orden no es más grave que la confusión de competencias que ocasionaría el defensor”.¹⁶⁶

En España es mayoritaria la tesis que solamente admite la defensa de los bienes jurídicos individuales,¹⁶⁷ aunque también, como lo hacen Jescheck y Roxin, se admite la defensa de los bienes individuales del Estado como persona jurídica.¹⁶⁸

Especial trascendencia tiene el pormenorizado estudio realizado por el profesor Luzón Peña en su obra *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, dentro de la cual señala puntualmente los argumentos que excluyen la posibilidad de admitir la legítima defensa de bienes jurídicos colectivos:

- a) En primer lugar, los códigos penales únicamente admiten la defensa de los bienes jurídicos personales de sujetos concretos.¹⁶⁹
- b) En segundo lugar, “La defendibilidad de los bienes jurídicos de la comunidad está reservada al Estado a través de la policía y los órganos administrativos y los tribunales de justicia”.¹⁷⁰
- c) En tercer lugar, según Luzón Peña, “Sería muy peligroso que el particular pudiera actuar en defensa de los bienes comunitarios, pues traería un peligro de guerra de todos contra todos”,¹⁷¹ en este sentido, “Una defensa no organizada del Estado podría traer más peligro a los bienes jurídicos de la comunidad”.¹⁷²

De esta manera, la doctrina actual es casi unánime en negar la posibilidad de la legítima defensa frente a los bienes jurídicos de la colectividad, admitir el estado

¹⁶³ Cfr. *Ibid.*, p. 627.

¹⁶⁴ *Idem.*

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 675.

¹⁶⁶ Jakobs, *ob. cit.*, p. 461.

¹⁶⁷ D. Luzón Peña, *Curso de derecho penal. Parte general*, Universitas, 2000, p. 594; Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, *ob. cit.*, p. 422; Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, *ob. cit.*, p. 328.

¹⁶⁸ Luzón Peña, *Curso de derecho penal. Parte general*, *ob. cit.*, p. 422.

¹⁶⁹ Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, Bosch, 1978, p. 533.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 539.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 540.

¹⁷² *Ibid.*, p. 541.

de necesidad y permitir la defensa de los bienes jurídicos “individuales” del Estado. Sin embargo, parece que en este aspecto la dogmática se ha dejado llevar más por el miedo que por razones realmente jurídicas:

- a) En primer lugar, considero que no es exacto que los códigos penales excluyan a la colectividad de la posibilidad de defensa de sus bienes jurídicos al referirse a “otro”, pues “otro” también puede abarcar una colectividad de personas, de lo contrario no podría hablarse de legítima defensa cuando se salvaguarda la vida de tres niños de un sujeto que los amenaza con un arma. Cuando el legislador se refiere a otro, lo hace para admitir que no sólo existe la legítima defensa de bienes jurídicos propios sino también ajenos.
- b) En segundo lugar, la defensa de los bienes jurídicos de la comunidad no puede estar solamente reservada al Estado, pues todos los individuos tienen una participación y un interés dentro de dichos intereses jurídicos.
- c) Por último, el miedo a los abusos no puede ser un argumento para excluir la posibilidad de suprimir esta causal de justificación, pues si así lo fuera tendría que negarse en general la legítima defensa y no sólo la de bienes jurídicos colectivos.

En consecuencia, considero que la problemática de la defensa de los bienes jurídicos colectivos no debe negarse definitivamente, sino que debe estudiarse de acuerdo con los límites de la legítima defensa:

- a) La agresión debe ser antijurídica,¹⁷³ por lo cual no cualquier perturbación del orden público justificará la respuesta, sino solamente aquella que resulte típica y antijurídica.¹⁷⁴
- b) La agresión debe ser actual,¹⁷⁵ es decir, debe responder a un ataque inminente, por lo cual se excluye la venganza y la posibilidad de que el conflicto se extienda para desencadenar en una guerra.
- c) La defensa debe ser necesaria,¹⁷⁶ es decir, toda defensa idónea, que sea la más benigna de varias clases de defensa elegibles y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño.¹⁷⁷

¹⁷³ Cfr. Liszt, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 344; Mezger, *Derecho penal, parte general*, ob. cit., p. 169; Maurach, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 379; Welzel, *Derecho penal alemán*, ob. cit., p. 122; Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 366; Roxin, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 615.

¹⁷⁴ Cfr. Liszt, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 344.; Mezger, *Derecho penal, parte general*, ob. cit., p. 169.

¹⁷⁵ Cfr. Liszt, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 345; Mezger, *Derecho penal, parte general*, ob. cit., p. 170; Maurach, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 381; Welzel, H., *Derecho penal alemán*, ob. cit., p. 123; Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 366; Roxin, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 618.

¹⁷⁶ Cfr. Liszt, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 346; Mezger, *Derecho penal, parte general*, ob. cit., p. 171; Maurach, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 384; Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 368; Roxin, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 628.

¹⁷⁷ Cfr. Roxin, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 628.

A pesar de las anteriores precisiones, no puede negarse que el rechazo casi mayoritario de la legítima defensa de los bienes jurídicos colectivos ha llevado a la doctrina a sustentar la aplicación de otras causales de justificación frente a esta clase de intereses jurídicos, tal como sucede con el estado de necesidad.¹⁷⁸

En este sentido, la primera precisión realizada por un amplio sector de la doctrina es que al contrario de lo que sucede frente a la legítima defensa, cualquier bien puede ser salvaguardado mediante el estado de necesidad.¹⁷⁹ Respecto de los demás requisitos del estado de necesidad, cabe destacar que si bien algunos resultan de difícil aplicación, su existencia no impide su aplicación frente a bienes jurídicos colectivos:

- a) En primer lugar, se requiere que “de la ponderación en su conjunto de los intereses enfrentados debe derivarse que el interés protegido prevalece esencialmente sobre aquel que fue menoscabado con la acción necesaria”.¹⁸⁰ Al respecto cabe señalar que los criterios de ponderación elaborados por Roxin¹⁸¹ permiten concluir que: no cabe sacrificar la vida pues fundamenta un interés superior, los valores patrimoniales deben ceder ante la protección de intereses generales dado que los preceptos sobre el orden general prevalecen sobre daños concretos,¹⁸² se justifican las lesiones menores pues el marco penal que las tipifica es mucho menor que el que tutela a los bienes jurídicos colectivos.

En este aspecto cabe señalar que para Maurach “El principio de prelación de los bienes jurídicos de la colectividad frente a los del particular, sólo rige cuando se da, no un peligro potencial, sino una lesión actual”,¹⁸³ por lo cual, si la amenaza para el bien jurídico colectivo es de lesión, se intensifica su valor en una ponderación, aunque no llegue hasta el extremo de prevalecer sobre la vida o las lesiones graves.

- b) En segundo lugar, se requiere que “el peligro para el bien jurídico amenazado no pueda ser evitable de otro modo”,¹⁸⁴ circunstancia que limita considerablemente la posibilidad de proteger un bien jurídico colectivo a través del estado de necesidad, pues debe buscarse siempre en primer lugar la ayuda de la autoridad pública.

¹⁷⁸ Cfr. Liszt, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 353; Welzel, *Derecho penal alemán*, ob. cit., p. 133; Maurach, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 399; Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 387; Roxin, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 675.

¹⁷⁹ Cfr. Liszt, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 353; Welzel, *Derecho penal alemán*, ob. cit., p. 133; Roxin, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 675; Luzón Peña, *Curso de derecho penal*, ob. cit., p. 625; Mir Puig, ob. cit., p. 454; Muñoz Conde, García Arán, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 339.

¹⁸⁰ Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 388. En sentido similar, Welzel, *Derecho penal alemán*, ob. cit., p. 133; Roxin, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 675 y ss.

¹⁸¹ Roxin, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 675 y ss.

¹⁸² Idem.

¹⁸³ Maurach, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 395.

¹⁸⁴ Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 387.

- c) En tercer lugar, existen límites especiales según los cuales el estado de necesidad no cubre las puestas en peligro abstractas, se excluye si el bien en peligro sólo es posible salvaguardarlo en un procedimiento estatalmente garantizado, y prevalece la posibilidad de la protección organizada estatalmente.¹⁸⁵

Frente a las demás causales de justificación sucede el fenómeno contrario a la legítima defensa, pues la mayoría han sido concebidas para el cumplimiento de deberes frente al Estado o la colectividad, tal como sucede con los derechos de intervención en el ejercicio del cargo, el derecho de resistencia en virtud del artículo 20 IV GG, la orden antijurídica obligatoria o la autorización oficial.

De las anteriores causales de justificación, sin lugar a dudas la más relacionada con los bienes jurídicos colectivos y que presenta además una mayor aplicabilidad práctica es la orden antijurídica obligatoria, lo cual se hace palpable en aquellos países que como España consagran el delito de desobediencia como una conducta punible contra la administración pública.¹⁸⁶ En estos eventos es claro que a través del cumplimiento de la orden se busca el correcto funcionamiento de la administración pública y concretamente de la jerarquía que debe existir en cualquier Estado para que sea posible el cumplimiento de sus fines.¹⁸⁷

Las órdenes de los superiores son verdaderos actos administrativos que, como cualquiera de éstos, están dotados de presunción de legalidad¹⁸⁸ y por ello deben ser obedecidos; sin embargo, no cualquier acto administrativo debe ser cumplido por el funcionario público sino sólo aquel que reúna determinados requisitos como la legalidad formal del acto administrativo,¹⁸⁹ y que no sea nulo¹⁹⁰ ni manifiestamente antijurídico,¹⁹¹ aspecto sobre los cuales se profundizará más adelante.

Especial consideración requiere el artículo 20 de la Constitución alemana, según el cual “Todos los alemanes tienen el derecho de resistencia, cuando no sea posible la ayuda de otras instancias, frente a cualquiera que intente eliminar el orden fundamental liberal y democrático”, que parece más el fruto del miedo a las dictaduras fascistas que el resultado de una ponderación racional sobre sus

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 499: El interés del Estado en que no se produzcan puestas en peligro abstracto es tan insignificante que el impedir tales puestas en peligro por parte de un particular, a causa de la difuminación de competencias a que da lugar, por se no salvaguarda ningún interés esencialmente preponderante.

¹⁸⁶ Cfr. Código Penal español, artículo 410: “Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años”.

¹⁸⁷ E. García de Enterría, T. Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 12 edición, Madrid, Thomson Civitas, 2004, p. 585; Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 422.

¹⁸⁸ Cfr. García de Enterría y Fernández, ob. cit., p. 585.

¹⁸⁹ Cfr. entre otros, Welzel, *Derecho penal alemán*, ob. cit., p. 417; Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 422; Mir Puig, ob. cit., p. 488; Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 349; Álvarez García, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Bosch, 1987, p. 264.

¹⁹⁰ Álvarez García, ob. cit., p. 253.

¹⁹¹ González Cussac, J. L., ob. cit., p. 108.

consecuencias. Sin embargo, esta disposición existe y como tal ha sido contemplada bien como una manifestación de la existencia de la legítima defensa del Estado o bien como una causal de justificación autónoma denominada derecho de resistencia.

Para Roxin, el derecho de resistencia puede desarrollarse activamente procediendo de manera violenta contra los rebeldes, o pasivamente propiciando una huelga general, pero para este autor tiene poca aplicabilidad práctica pues si la rebelión tiene éxito el derecho de resistencia no tendrá ningún sentido.

Por último, frente a las llamadas causales de justificación por riesgo permitido, cabe señalar que mientras la salvaguarda de intereses legítimos está basada precisamente en la tutela de objetos jurídicos colectivos como el interés público, el consentimiento presunto debe rechazarse de plano, pues, como señala Welzel, “sólo puede consentir aquel que sea titular único de interés jurídicamente protegido”¹⁹² por lo cual, en los eventos en los que se protege el interés público, es ineficaz el consentimiento del afectado.¹⁹³

7. CONCLUSIONES

- i) Los bienes jurídicos supraindividuales y las fórmulas a través de las cuales se tipifican no son fenómenos nuevos sino que tienen una evolución de casi doscientos años, periodo en el cual han sido reconocidos ampliamente por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina penal.
- ii) Las propuestas realizadas por quienes abogan por la exclusión de los bienes jurídicos colectivos o la modificación de sus técnicas de tipificación no son viables ni constitucional ni jurídicamente: la realización de modelos penales especiales para su estudio viola el principio de igualdad, la técnica de los delitos por acumulación viola el principio de culpabilidad, los bienes jurídicos intermedios no son más que delitos pluriofensivos en los cuales de todas maneras hay que probar el peligro causado en el bien jurídico colectivo, y la transformación de los delitos que tutelan bienes jurídicos colectivos a delitos de peligro concreto con un referente individual es imposible en conductas punibles tales como el cohecho, la prevaricación o el tráfico de influencias.
- iii) Las críticas que se hacen sobre la vaguedad y la indeterminación de la lesividad de los bienes jurídicos supraindividuales también son predicables de algunos bienes jurídicos como la intimidad o el honor, por ello la solución no puede ser la exclusión de las conductas punibles que tutelan aquellos objetos de protección, sino la concreción del injusto de los delitos que tutelan bienes jurídicos colectivos.

¹⁹² Welzel, *Derecho penal alemán*, ob. cit. , p. 139.

¹⁹³ Idem.

- iv) La imputación objetiva puede ser útil para la delimitación del injusto de los delitos que tutelan los bienes jurídicos colectivos, bien sean de peligro abstracto, caso en el cual se analizarán los criterios pertenecientes a la imputación de la conducta (disminución del riesgo, creación del riesgo y riesgo permitido), o en delitos de lesión (como la malversación) caso en el cual, además de aplicarse los criterios de imputación de la conducta, también se analizarán los parámetros para la realización del riesgo en el resultado típico (fin de protección de la norma, conducta alternativa conforme a derecho y prohibición de regreso).
- v) La posibilidad de reconocer las causales de justificación como formas de salvaguarda de los bienes jurídicos supraindividuales no puede negarse solamente con fundamento en criterios político-criminales basados en el miedo, sino que debe analizarse caso por caso, exigiendo para su concurrencia el carácter actual y antijurídico de la agresión y la necesidad y proporcionalidad de la defensa.
- vi) En los delitos que afecten bienes jurídicos colectivos no puede aplicarse el consentimiento como causal de justificación y menos aún como causal de atipicidad, pues ninguna persona individualmente considerada es titular de la disponibilidad de los bienes jurídicos supraindividuales.
- vii) La orden antijurídica obligatoria puede presentarse indistintamente frente a la posible vulneración de bienes jurídicos individuales o colectivos, pues no es esencial su contenido material sino el cumplimiento de los requisitos formales¹⁹⁴ y el hecho de que no sea manifiestamente antijurídica.¹⁹⁵

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez García, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Bosch, 1987.
- Angioni, F., *Contenuto e funzioni del concreto bene giuridico*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1983.
- Berdugo Gómez de la Torre, I., Arroyo Zapatero, L., Ferré Olivé, J., García Ramos, N., Serrano piedecabras, J., Terradillos Basoco, J., *Curso de derecho penal, parte general*, Barcelona, Ediciones Experiencias, 2004.
- Bustos Ramírez, J., *Control social y sistema penal*. Barcelona, Promociones publicaciones universitarias, 1987.

¹⁹⁴ Maurach, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 416; Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 422; Roxin, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 618; Mir Puig, ob. cit., p. 489; Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 348.

¹⁹⁵ Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 422; Mir Puig, ob. cit., p. 489; Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 348.

- Bustos Ramírez, J., Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, Vol. I, Madrid, Trotta, 1997.
- Cancio Meliá, M., *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Mendoza, Cuyo, 2004.
- Díaz Roca, R., *Derecho penal general*, Madrid, Tecnos, 1996.
- Díez Ripollés, José Luis, “El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista”, *Jueces para la Democracia*, núm. 30, 1997.
- Fernández, G., *Bien jurídico y sistema del delito*, Buenos Aires, B de f, 2004.
- Feuerbach, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, traducción al castellano de Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- Frisch, W., Robles Planas, R., *Desvalorar e imputar, sobre la imputación objetiva en derecho penal*, Madrid, Atelier, 2005.
- García de Enterría, E., Fernández, T., *Curso de derecho administrativo*, 12 edición, Madrid, Thomson Cívitas, 2004.
- Gimberna, T. E., *¿Qué es la imputación objetiva?*, *Estudios de derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1990.
- Hassemer, Winfried, “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, *DP*, núms. 45 a 48, 1989, pp. 280 y ss.
- Hormazábal Malarée, H., *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, PPU, 1991.
- Hormazábal Malarée, H., “Imputación objetiva y principio de lesividad”. s.f., s.p.i.
- JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- Jescheck, H., Weigend, T., *Tratado de derecho penal, parte general*, 5 edición, traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002.
- Liszt, F., *Tratado de derecho penal*, traducido de la 20 edición por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el derecho penal español por Quintiliano Saldaña, tomo II, Madrid, 1916.
- Luzón Peña, D., *Curso de derecho penal. Parte general*, Universitas, 2000.
- Luzón Peña, D., *Enciclopedia de derecho penal*, Pamplona, Comares, 2002.

- Mantovani, F., *Diritto Penale*, Padova, Cedam, 1988.
- Mata Martín, R., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, Comares, 1997.
- Maurach, R., *Tratado de derecho penal*, traducido por Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ariel, 1962.
- Méndez Rodríguez, Cristina, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, Ministerio de Justicia-Universidad Complutense de Madrid, 1993.
- Mendoza Buergo, S., *Límites dogmáticos y político - criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, Comares, 2001.
- Mezger, E., *Derecho penal, parte general*, traducción de la 6 edición por Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1958.
- Mir Puig, S., *Introducción a las bases del derecho penal*, 2 edición, Buenos Aires, B de f, 2003.
- Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Reppertor, 2002.
- Muñoz Conde, F., García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, 6 edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio, "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en *ADPCP*, 1990.
- Octavio de Toledo, O., Huerta Tocildo, S., *Parte general*. s.f., s.p.i.
- Paredes Castañón, J. M., *Riesgo permitido en derecho penal (régimen jurídico de las actividades peligrosas)*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, 1995.
- Polaino Navarrete, M., *El bien jurídico en el derecho penal*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974.
- Portilla Contreras, G., "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos", *CPC*, núm. 39, 1989.
- Prunotto Laborde, A., *Causalidad e imputación objetiva*, Rosario, Juris, 2004.
- Puppe, I.,
La imputación objetiva, presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales, traducción a cargo de Percy García Cavero, Granada, Comares, 2001.

- Reyes Alvarado, Y., *La imputación objetiva*, 3 edición, Bogotá, Temis, 2005.
- Rodríguez Devesa, *Derecho penal español*, Madrid, 1979.
- Roxin, C., *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1997.
- Roxin, C., "Reflexión sobre la problemática de la imputación en derecho penal", en Roxin, C., *Problemas básicos del derecho penal*, Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976.
- Santana Vega, D., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, 1 edición, Madrid, Dykinson, 2000.
- Silva Sánchez, J. M., *La expansión del derecho penal*, 2 edición, Civitas, 2001.
- Silva Sánchez, J. M., *Derecho de la circulación*, núm. 4, Madrid, 1988.
- Soto Navarro, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Comares, 2003.
- Torío López, A., *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, ADPCP, tomo 39, 1986.
- Vázquez-Portomeñe Seijas, F., El consentimiento del ofendido en los delitos contra la administración pública (sobre el bien jurídico protegido en los delitos "del cargo") (*) *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. RECPC 03-02, 2001.
- Welzel, H., *Derecho penal alemán*, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976.