

32

Julio 2013

Revista Penal

Julio 2013



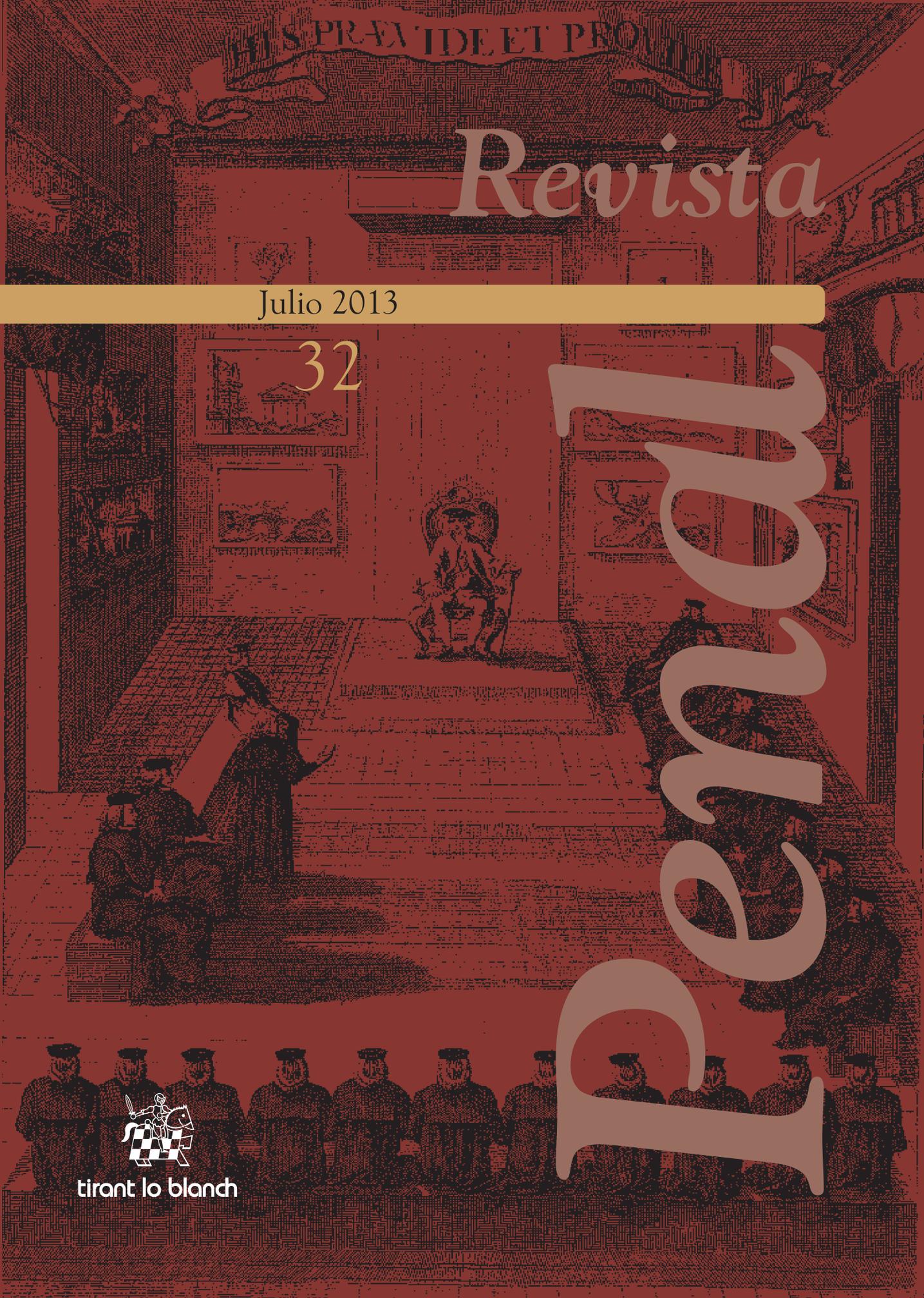
tirant lo blanch

S PRAVIDE ET PRO

Revista

32

Penal



Revista Penal

Número 32

Sumario

Doctrina:

- Aspectos problemáticos del delito de tráfico de órganos, por *Carmen Alastuey Dobón* 3
- Derecho Penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos (Derecho Penal mínimo máximo) por *Mercedes Alonso Álamo* 23
- Investigando crímenes internacionales ante la Corte Penal Internacional: ¿existe una estrategia de enjuiciamiento coherente y comprensiva?, por *Kai Ambos e Ignaz Stegmüller*..... 41
- La protección de sistemas de información crítica y la Ley 53/07 de la República Dominicana sobre crímenes y delitos de alta tecnología, por *Désirée Barinas Ubiñas*..... 60
- Securitización, por *María Laura Böhm*..... 72
- Peligrosa irretroactividad y retroactividad para los peligrosos o socialmente indeseables por *Emiliano Borja Jiménez*..... 91
- La conducción tras el consumo de alcohol y drogas tóxicas: el inciso segundo del artículo 379.2 CP como infracción formal por *Luis Cáceres Ruiz*..... 113
- Reflexiones sobre los actos neutrales y la cooperación delictiva desde los criterios de la imputación objetiva, por *María José Cuenca García*..... 141
- La protección penal del medio ambiente a través de los delitos de incendio, por *Pastora García Álvarez y Carmen López Peregrín* 153
- El terrorismo al amparo de la reforma efectuada por la Ley Orgánica 5/2010: concepto y elementos por *Elena Núñez Castaño*..... 179
- La imprescriptibilidad de las violaciones contra los derechos humanos cometidas en Uruguay (1973-1985) por *Jan-Michael Simon y Pablo Galain Palermo* 222
- CATORCE (14) AÑOS. Una propuesta de criterio “vinculante”, intocable desde los actuales postulados del Derecho penal de la seguridad, para la fijación del límite mínimo de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor, por *María A. Trapero Barreales* 250

Sistemas penales comparados: Corrupción en el sector público y privado (Corruption in public and private sector) 283

Crónicas:

- “Cruce de caminos”. Laudatio en honor de Hernán Hormazábal y José Ramón Serrano-Piedecasas Fernández, por *Eduardo Demetrio Crespo* 331
- La pena de muerte en el International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era (IFCCLGE) por *Miguel Ángel Núñez Paz* 335
- Notas sobre genoma humano y Derecho penal y comentarios a las XX Jornadas de Derecho y Genoma Humano, organizadas por la Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Director Carlos M. Romeo Casabona, Bilbao 21 y 22 mayo 2013 por *Francisco Muñoz Conde*..... 337



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jferreolive@gmail.com

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ.Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Valencia	Joachim Vogel. Univ. München
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño(Argentina)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Elena Núñez Castaño (España)	R. Baris Erman (Turquía)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Derecho Penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos (Derecho Penal mínimo máximo)

Mercedes Alonso Álamo

Revista Penal, n.º 32. - Julio 2013

Ficha técnica

Autora: Mercedes Alonso Álamo

Adscripción institucional: Catedrática de Derecho penal. Universidad de Valladolid

Sumario: 1. Planteamiento. 2. El problema de los derechos humanos colectivos. 3. El problema de los bienes jurídicos colectivos dentro del marco referencial de los derechos humanos. 3.1. ¿Bienes jurídicos colectivos o delitos de peligro abstracto para bienes jurídicos individuales? 3.2. Hacia una concepción amplia de los bienes jurídicos colectivos. 3.3. ¿Lesión o peligro para los bienes jurídicos colectivos? 3.4. ¿Conflicto entre bienes jurídicos individuales y colectivos? 3.5. Significación política de los bienes jurídicos colectivos. 4. El Derecho Penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos. Límites externos e internos.

Abstract: The present paper argues that collective protected interests, understood in a wide sense, may be accommodated in a minimal Criminal Law constructed within the framework of human rights.

Key Words: Minimal Criminal Law. Human Rights. Collective Protected Interests.

Resumen: En el presente artículo se argumenta y defiende que los bienes jurídicos colectivos entendidos en sentido amplio encuentran cabida en un Derecho Penal mínimo edificado dentro del marco de los derechos humanos.

Palabras clave: Derecho Penal mínimo. Derechos humanos. Bienes jurídicos colectivos

Recepción del artículo: 01-04-2013

Evaluación favorable: 01-05-2013

1. Planteamiento

La concepción del Derecho Penal como un Derecho Penal mínimo protector de bienes jurídicos —fundamentados discursivamente dentro del marco referencial de los derechos humanos— se sostiene con relativa facilidad cuando se parte de un Derecho Penal protector de bienes jurídicos *individuales*. Siendo los derechos humanos originarios derechos básicos de la persona, no es difícil construir y fundamentar un Derecho Penal que, de un lado, sea respetuoso con los derechos individua-

les: ninguna intervención penal contraria a los derechos humanos, ninguna intervención penal contraria a la dignidad de la persona (cumpliendo los derechos humanos una función negativa o de exclusión de la intervención), y, de otro, dispense protección a bienes jurídicos individuales delimitados a partir de tales derechos (cumpliendo entonces los derechos humanos una función positiva de delimitación del objeto de protección penal).

Más difícil es la defensa y fundamentación de un Derecho Penal mínimo de los derechos humanos en el que encuentren cabida bienes jurídicos *colectivos*.

La dificultad surge por la relación que a primera vista se establece entre los bienes jurídicos colectivos y los derechos humanos colectivos, en especial si se tiene en cuenta que tanto aquéllos como éstos han sido cuestionados, siquiera por razones diferentes.

Pero dicha dificultad desaparece tan pronto como se pone de relieve que no tiene que haber una correlación exacta entre derechos humanos colectivos y bienes jurídicos colectivos, que los bienes jurídicos colectivos no tienen que ser un trasunto de derechos humanos colectivos, y, más aún, que, incluso si no se aceptaran los derechos humanos colectivos, ello no sería obstáculo para aceptar que el Derecho Penal debe proteger determinados bienes jurídicos colectivos y que tales bienes pueden y deben fundamentarse dentro del marco de los derechos humanos.

A primera vista, pues, pudiera parecer que quienes, por apartarse de las tesis de los comunitaristas o por otras razones, rechazasen los derechos humanos colectivos, se verían abocados a rechazar también los bienes jurídicos colectivos, o, por el contrario, a abandonar la pretensión de fundamentar los bienes jurídicos dentro del marco referencial de los derechos humanos o... a renunciar a la protección penal de bienes jurídicos colectivos.

Pero lo cierto es que no cabe establecer una relación férrea entre ambas categorías (derechos humanos colectivos y bienes jurídicos penales colectivos), y que no se incurre en contradicción si se aceptan los segundos con independencia de cuál sea la posición que se adopte sobre los primeros, porque la fundamentación de los bienes jurídicos colectivos dentro del marco referencial de los derechos humanos discurre, como se verá, por otros caminos. Pero es que, además, el cuestionamiento de los derechos humanos colectivos —como el de la

amplia extensión de los bienes jurídicos colectivos— es, a su vez, cuestionable. Por lo que importa que nos detengamos en ambas cuestiones.

2. El problema de los derechos humanos colectivos

Comencemos haciendo algunas consideraciones sobre los derechos humanos colectivos.

Lo primero que cabe constatar es que ya la misma expresión “derechos humanos colectivos” es equívoca y se presta a confusión. A la vaguedad y falta de concreción que se ha querido ver en la expresión “derechos humanos”, de la que incluso se ha podido decir que es ambigua y redundante¹, hay que añadir la equivoicidad de la expresión “derechos colectivos” al ser utilizada en sentidos no siempre coincidentes.

El problema de los derechos colectivos se suscita, por lo que aquí importa, en estrecha relación con la aparición de nuevas generaciones de derechos humanos que se van añadiendo a los derechos humanos originarios. También la procedencia de tal ampliación, conviene decirlo, ha sido discutida. Los partidarios de los derechos humanos como un catálogo cerrado, restringido, ven en la ampliación de los mismos un riesgo de pérdida de su fuerza moral o jurídica². Pero las tesis favorables a la ampliación de los derechos se abren camino de forma creciente³ y hoy se distinguen diferentes generaciones de derechos humanos y se entiende que ello es conforme con una concepción histórica de los mismos.

Es esta perspectiva generacional e histórica de los derechos humanos la que acogemos aquí. Y ello, en primer lugar y fundamentalmente, porque partimos de que los derechos humanos son conquistas históricas, irreversibles y en este sentido permanentes⁴, que responden a exigencias o necesidades que tienen que

1 Vid. sobre estos particulares la exposición y análisis crítico, con especial atención a las tesis de G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, de M.ª E. RODRÍGUEZ PALOP, *La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y justificación*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2010, pp. 151 y s. y nota 47.

2 Cabe mencionar en este sentido la tesis de F. LAPORTA quien afirma: “me parece razonable suponer que cuanto más se multiplique la nómina de los derechos humanos menos fuerza tendrán como exigencia, y cuanto más fuerza moral o jurídica se les suponga más limitada ha de ser la lista de derechos que la justifiquen adecuadamente”, en *Sobre el concepto de Derechos Humanos*, DOXA, n.º 4, 1987, p. 23.

3 Para la crítica a la concepción restrictiva, vid. A.-E. PÉREZ LUÑO, *Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la Ponencia de Francisco Laporta)*, DOXA, n.º 4, 1987, pp. 47 y ss., y M. ATIENZA/J. RUIZ MANERO, *A propósito del concepto de derechos humanos de Francisco Laporta*, DOXA, n.º 4, 1987, pp. 67 y ss.

4 Entendemos que la dimensión histórica es compatible con la permanencia de los derechos una vez conquistados, lo que a su vez es también compatible con el dinamismo interno de los derechos o con que pueda haber eventuales pasos atrás en su reconocimiento. Ampliamente sobre el carácter histórico de los derechos humanos, G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III/B.O.E., Madrid, 1999, pp. 113 y ss., el mismo, *Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales*, en *Historia de los Derechos Fundamentales*, T. I (G. PECES-BARBA MARTÍNEZ/E. FERNÁNDEZ GARCÍA, dir.), Dykinson, Madrid, 1998, pp. 15 y ss.

ver con el proyecto emancipatorio que no sólo toma en cuenta el diseno sino también una fundamentación positiva, discursiva, con base en una teoría de la sociedad atenta al problema de la lucha por el reconocimiento y a la presencia de conflictos motivados por el no-reconocimiento o por el *desprecio* hacia determinadas pretensiones de autonomía⁵. Y en segundo lugar, porque la perspectiva generacional de los derechos se aviene bien con la aparición de bienes jurídicos colectivos que importa proteger penalmente y que encuentran un referente, directo o indirecto, en el marco de los derechos humanos, si bien éste es un argumento externo y con un valor, claro es, meramente complementario.

Entre los partidarios de la concepción generacional de los derechos humanos no existe acuerdo acerca de donde trazar el corte entre generaciones ni en el número de generaciones de derechos. Señala M.^a E. RODRÍGUEZ PALOP que “hablar de generaciones es muy útil si se pretende llevar a cabo un análisis de los derechos explicando su necesaria e inevitable conexión con el contexto espacio temporal en el que surgen”. Pero la misma autora constata que los derechos que se agrupan en una generación (como cuando se habla de derechos civiles y políticos de la primera generación o de derechos económicos, sociales y culturales de la segunda) aparecen conectados “por un conjunto de características que no aluden únicamente a su idéntico origen histórico, sino también a todo aquello que los identifica como integrantes de un grupo”⁶.

La cuestión de dónde y con arreglo a qué criterio trazamos el límite entre una generación y la siguiente no tiene especial importancia a efectos jurídico-penales. Baste por ello señalar (y tomamos como referencia las contribuciones de A.-E. PÉREZ LUÑO y las propuestas de M.^a E. RODRÍGUEZ PALOP, no plenamente coincidentes entre sí) que progresivamente se han abierto camino derechos civiles, derechos políticos, derechos económicos, derechos sociales, derechos culturales, y

que finalmente se habla de derechos asociados al desarrollo tecnológico y biotecnológico y derechos ecológicos en sentido amplio (comprensivos del derecho al medio ambiente, al desarrollo, al patrimonio común de la humanidad, derechos de los pueblos, derecho a la paz), derechos que vienen siendo considerados derechos de *solidaridad* y que vendrían a completar los derechos de libertad y los derechos de igualdad⁷.

Con independencia de la extensión de los nuevos derechos y de que, en rigor, las exigencias asociadas al desarrollo tecnológico y biotecnológico hagan surgir nuevos derechos y no tan sólo garantías asociadas a los derechos ya reconocidos⁸, lo que importa destacar aquí no es tanto cual sea el catálogo de los nuevos derechos ni la generación a la que pertenezcan cuanto la incuestionable incorporación de nuevos derechos al catálogo de los derechos originarios y el carácter histórico y abierto de los mismos.

Por otra parte, importa recordar que los derechos humanos no dependen de su reconocimiento por un ordenamiento jurídico particular⁹. Tampoco dependen del reconocimiento en el ámbito internacional por declaraciones o convenios de derechos. Los derechos humanos existen en tanto se fundamenten de forma discursiva (que no consensual) explicativo-existencial y siguiendo un principio, el principio de realidad, de acuerdo con el cual el reconocimiento del otro implica hacer propia la causa del injustamente desigual¹⁰.

En conexión con las últimas generaciones de derechos (sociales, culturales, medioambientales, de los pueblos, a la paz, al patrimonio de la humanidad...) se suscitan cuestiones vinculadas al carácter supraindividual o colectivo de los intereses a que tales derechos se refieren. Si tales intereses originan derechos humanos colectivos, o no, es la cuestión que importa considerar aquí.

El alcance y la naturaleza colectiva de los intereses a que tales derechos se refieren parecen claros a primera

5 Así, con base en las contribuciones de A. HONNETH (en especial, *La lucha por el reconocimiento*, traduc. por M. BALLESTERO, Crítica, Barcelona, 1997, pp. 208 y 211 y ss.) y de otros autores, lo hemos defendido en M. ALONSO ÁLAMO, Fundamentación pre-positiva de los bienes jurídico-penales y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos, en *Revista General de Derecho Penal*, 15, 2011, pp. 30 y s.

6 M.^a E. RODRÍGUEZ PALOP, La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y justificación, *cit.*, p. 92.

7 *Vid.* A.-E. PÉREZ LUÑO, La tercera generación de derechos humanos, Thomson/Aranzadi, 2006, pp. 27 y ss. y 231 y s., M.^a E. RODRÍGUEZ PALOP, La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y justificación, *cit.*, pp. 31 y ss. Sobre los derechos de solidaridad, la misma, *loc. cit.*, pp. 86 y ss.

8 Al respecto, M.^a E. RODRÍGUEZ PALOP, La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y justificación, *cit.*, pp. 68 y s.

9 M.^a E. RODRÍGUEZ PALOP, La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y justificación, *cit.*, p. 148.

10 *Vid.* R. ALEXANDER, ¿Derechos humanos sin metafísica?, traduc. por E. R. SODERO, *DOXA*, 30, 2007, pp. 243 y s., y lo dicho en M. ALONSO ÁLAMO, Fundamentación pre-positiva de los bienes jurídico-penales y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos, *cit.*, pp. 28 y ss.

vista. Unos son intereses generales, de todos, otros son intereses sectoriales, difusos o, mejor, difundidos entre un sector o colectivo social.

Sin embargo, se discute si los derechos sobre tales intereses son de titularidad colectiva, esto es, si titular de tales derechos es la sociedad, el grupo, o el sector, etc., a quien el correspondiente interés importa, o si, por el contrario, único titular de un derecho humano es la persona individual. De esta forma se distingue entre el interés en sí, general o sectorial, y el titular del derecho sobre el mismo: ¿la persona individual? ¿la colectividad? De manera que la cuestión de los derechos colectivos deviene en la cuestión de los derechos de titularidad colectiva.

Señala A.-E. PÉREZ LUÑO que titular de derechos humanos es “*sólo y siempre* la persona individual”, que sólo una “lectura poco atenta y apresurada” podría sugerir que “la titularidad de los derechos humanos, a partir de la segunda generación, ya no fue privativa de los individuos y que en la actualidad puede predicarse de entes colectivos y difusos como puede ser una comunidad o un pueblo”, que del reconocimiento por parte de la ONU del derecho a la libre determinación de los pueblos no se puede inferir que los pueblos tienen derechos humanos, que los entes colectivos “podrán ser sujetos titulares de cualquier tipo de derechos en el plano internacional e interno, incluso de derechos fundamentales, pero nunca de derechos humanos”¹¹. De esta forma destaca la “insoslayable dimensión deontológica de los derechos humanos”¹² en orden al reconocimiento de facultades inherentes a la persona y se rechazan los derechos humanos de los grupos o colectivos de personas o de la humanidad, como quien rechaza derechos de los animales, de las plantas o del medio natural.

A.-E. PÉREZ LUÑO advierte del riesgo de caer en el “paradigma de la comunidad” al incurrir en “el error hermenéutico de confundir la autonomía moral de la persona individual, fundamento de los derechos humanos, con la autodeterminación de los pueblos y de las naciones”¹³. Entiende el citado autor que los derechos humanos, con su dimensión deontológica, son siempre derechos de la persona humana individual, que esto no

significa que los grupos y colectividades no tengan derechos, que éstos pueden ser incluso titulares de derechos fundamentales, pero no de derechos humanos. Y cuestiona la expresión “derechos colectivos” por considerar que “constituye un tropo de metonimia, al tomar el objeto que se pretende designar por los sujetos que lo ostentan”¹⁴.

Detrás de tal cuestionamiento de los derechos colectivos, entendiendo por tales los de titularidad colectiva, en contraposición a los derechos de titularidad individual, parece que, en rigor, lo que se está cuestionando, y negando, es que los derechos *humanos* puedan ser de titularidad colectiva (al tiempo que se acepta que otros derechos, incluidos los derechos fundamentales, puedan serlo). De manera que, más que cuestionar la expresión “derechos colectivos”, se cuestiona que pueda hablarse de “derechos humanos colectivos”, expresión (derechos humanos colectivos) que vendría a considerarse internamente incoherente.

La expresión derechos colectivos ha sido también cuestionada por W. KYMLICKA, si bien desde una perspectiva diferente. W. KYMLICKA habla de la ambigüedad de los derechos colectivos, queriendo con ello significar que esta expresión sugiere “una falsa dicotomía con los derechos individuales”, derechos con los que, por otra parte, pudieran entrar en conflicto. Hablar de derechos colectivos, afirma, ha tenido un efecto desastroso por confundirse con el debate entre individualistas y colectivistas sobre la prioridad del individuo o de la colectividad¹⁵.

Desde luego que hay que estar prevenidos frente a aquel “universalismo de tipo extremista” del que habla FERRAJOLI¹⁶, esto es, ante el peligro de que las culturas mismas sean macro-sujetos que puedan imponerse a los miembros del grupo.

Pero el hecho de que se advierta del peligro de dar prioridad a la colectividad sobre el individuo, o de que pudiera presentarse una relación conflictual interna entre derechos del individuo perteneciente a un grupo y derechos colectivos del grupo, no es por sí solo suficiente, pensamos, para no aceptar los derechos humanos colectivos, pues tales derechos pueden estar sujetos

11 A.-E. PÉREZ LUÑO, La tercera generación de derechos humanos, *cit.*, pp. 232 y ss.

12 A.-E. PÉREZ LUÑO, La tercera generación de derechos humanos, *cit.*, pp. 235 y s.

13 A.-E. PÉREZ LUÑO, La tercera generación de derechos humanos, *cit.*, pp. 235 y ss.

14 A.-E. PÉREZ LUÑO, La tercera generación de derechos humanos, *cit.*, p. 237.

15 W. KYMLICKA, Ciudadanía multicultural, traduc. por C. CASTELLES AULEDA, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 1996, pp. 71 y ss.

16 L. FERRAJOLI, Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo, traduc. por M. CARBONELL, en *Revista internacional de filosofía política*, n.º 30, 2007, p. 61.

a límites, como el de que no pueden estar en contradicción con los derechos individuales (singularmente con la dignidad o con el contenido esencial de dignidad de los derechos individuales) incluidos los de las personas pertenecientes al grupo o colectividad.

¿La única forma de “limitar” los derechos colectivos es negarlos? ¿No pueden ser reconocidos y limitados por los derechos individuales?

La eventual aceptación de derechos humanos colectivos no implica adoptar las tesis de los colectivistas. Se trata de derechos oponibles en su caso frente a los poderes públicos, que no fundamentan restricciones internas de derechos por el grupo hacia sus propios miembros, en el sentido planteado por W. KYMLICKA, sino protecciones externas frente a los poderes públicos, por seguir utilizando la terminología del citado autor¹⁷.

Por otra parte, nada impide entender que también los derechos humanos colectivos, de grupos o colectividades, poseen una dimensión deontológica, al servicio de las personas (como las que integran colectivos desfavorecidos) y de la humanidad en cuanto tal.

Una vez que se acepta la concepción generacional de los derechos humanos, y no una concepción restringida (como la antes mencionada, de F. LAPORTA), parece que lo consecuente es aceptar la existencia de derechos humanos colectivos, o de titularidad colectiva, con independencia de que tales derechos también pudieran ejercerlos las personas individuales.

No parece que sean suficientemente consistentes las tesis de quienes sostienen que detrás de las últimas generaciones de derechos se hallan bienes o intereses colectivos de titularidad individual. O que, como también se ha defendido, se trata de derechos individuales cuyo ejercicio puede ser colectivo. En este sentido, señala M.ª E. RODRÍGUEZ PALOP que los nuevos derechos se predicen del individuo aun cuando su ejercicio y su puesta en práctica puedan depender de un esfuerzo común, que los derechos de cuarta generación (al medio ambiente, al patrimonio común de la humanidad, al desarrollo, a la autodeterminación de los pueblos, a la paz) son derechos individuales, que “se concentran en el individuo (situado o no), si bien, al orientarse a la protección de intereses comunes, parece aconsejable y, en ciertos casos, inevitable, su reivindicación y ejercicio colectivo”. Y lo mismo se sostiene para los derechos sociales, a saber: “que no son colectivos sino

individuales, aunque no puedan ejercerse más que colectivamente”¹⁸.

Con tal forma de argumentar se introduce en el debate la distinción entre el titular del derecho (solo el individuo) y el que ejerce el derecho (puede ser un colectivo) y se oscurece y complica innecesariamente la materia con la siguiente diferenciación: los intereses son colectivos, los derechos son individuales y el ejercicio puede ser colectivo. Esta forma de proceder tiene su causa, pensamos, en la resistencia a aceptar que pueda haber derechos *humanos colectivos*. En efecto, se parte de la afirmación de que todos los derechos humanos han de ser derechos individuales; se reconocen después derechos de última generación que recaen sobre intereses generales; el razonamiento progresa distinguiéndose entre los derechos, que son siempre del individuo, y el interés, que puede ser general o sectorial; para finalmente concluir aceptando que también el grupo o colectividad puede ejercitar ese derecho individual que recae sobre un interés colectivo. Esto es, ya no se trata sólo de defender que los derechos humanos son siempre derechos individuales, que en su caso pueden recaer sobre intereses colectivos, sino que se abre ulteriormente la puerta a que tales derechos humanos individuales puedan ser ejercitados por una colectividad.

¿Por qué no reconocer entonces que el interés colectivo es de titularidad colectiva y da origen a un derecho colectivo, que la colectividad tiene derechos y que tales derechos son colectivos no sólo porque respondan a intereses generales o sectoriales que se diferencian de los intereses individuales sino porque *son* derechos de titularidad supraindividual, de titularidad colectiva, de todos o de un sector de la población?

Dicho de otra manera, se dirige el ataque al carácter *colectivo* del derecho. Pero, en rigor, lo que implícitamente se está cuestionando es que derechos colectivos puedan ser *humanos*.

Frente a la orientación señalada, cabe entender que los derechos humanos colectivos son derechos humanos que responden dialógicamente a necesidades humanas surgidas en el devenir histórico, intereses colectivos cuyo reconocimiento importa a grupos o colectivos, o incluso a la humanidad, además de a las personas individuales que lo integran, derechos diferenciados de los derechos individuales de las personas que lo integran, derechos que, limitados por el respeto

17 W. KYMLICKA, Ciudadanía multicultural, *cit.*, p. 75.

18 *Vid. así*, M.ª E. RODRÍGUEZ PALOP, La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y justificación, *cit.*, pp. 165 y s., 174 y ss. y 176, nota 94.

a los derechos esenciales de la persona, están muy lejos de hacer correr el riesgo de imposición antiliberal del colectivo sobre el individuo.

Esto se ve de forma especialmente clara en los llamados derechos de solidaridad, entendiendo la solidaridad desde una perspectiva jurídica y moderna como la solidaridad altruista propia del Estado social y democrático de Derecho¹⁹. El Estado social y democrático de Derecho, señala E. J. VIDAL GIL, define la solidaridad como “un deber general, exento por ello de contraprestación, cuyo obligado principal son los poderes públicos y los ciudadanos y cuyo beneficiario es siempre la comunidad”²⁰. Según el citado autor, titular y sujeto activo del derecho a la solidaridad es la colectividad, y sujetos pasivos del derecho a la solidaridad son los poderes públicos (y subsidiariamente las personas e instituciones especialmente obligadas)²¹. A los poderes públicos, podríamos añadir, corresponde la protección penal de bienes jurídicos colectivos asociados a derechos de solidaridad.

Corresponde al Estado, titular del *ius puniendi*, proteger intereses vinculados a los derechos de solidaridad, acudiendo al Derecho Penal frente a las acciones más intolerables. En tales casos, el bien jurídico protegido es un bien jurídico colectivo, o de titularidad colectiva, y el titular del derecho —o, más precisamente, del bien jurídico penal conformado a partir del correspondiente derecho— deviene sujeto pasivo del delito.

Ciertamente que no es preciso aceptar la concepción favorable a la existencia de derechos humanos colectivos para fundamentar la protección penal de bienes jurídicos colectivos, como se dirá después. También si se rechazan aquellos o se sostiene que la teoría de los derechos individuales tiene una absoluta prioridad sobre los fines colectivos (lo que pudiera precisarse exigiendo que la configuración democrática del sistema de derechos debe incorporar fines colectivos y metas colectivas que puedan articularse en luchas por el reconocimiento)²², cabe defender un Derecho Penal mínimo de los derechos humanos en el que tengan cabida los bienes jurídicos colectivos, ya que la selección dialógica explicativo existencial de los bienes jurídicos requiere sólo que se parta del marco de los derechos humanos, siempre que, parafraseando al Tribunal

Constitucional²³, no se persigan objetivos socialmente irrelevantes ni proscritos a la luz de los derechos humanos. Pero el camino se hallaría sin duda allanado de reconocerse los derechos humanos colectivos; de aquí la importancia que tiene la discusión.

No sólo los derechos de solidaridad sino también los derechos sociales, culturales, etc., pueden ser considerados derechos humanos colectivos, de titularidad colectiva, si bien en ocasiones se trata de derechos originariamente individuales, o con un fuerte referente individual, que han sido “colectivizados”.

Por tanto, no debería considerarse una contradicción en los términos hablar de derechos humanos de titularidad colectiva. Estos podrían reconducirse básicamente a dos grandes grupos.

En primer lugar, el de los derechos colectivos que se asientan en derechos humanos individuales que se “colectivizan” y adquieren perfiles propios (entre los que podría considerarse el derecho al honor de grupos o colectividades que se hallan en situación de desventaja, o el derecho a la salud en general, o el derecho a la no discriminación o determinados derechos de ámbito laboral). Intereses individuales homogéneos hacen surgir un interés supraindividual, y en este sentido colectivo, diferenciable de los concretos intereses individuales, y cuya titularidad corresponde a la colectividad.

En segundo lugar, el grupo de los derechos colectivos en sentido estricto, aquellos que surgen *ex novo* para proteger intereses de todos (como el derecho al medio ambiente, o el derecho de los pueblos). Detrás de los derechos colectivos, que no pueden hallarse en contradicción con los derechos individuales básicos, se hallan siempre intereses de los individuos que conforman el colectivo en cuestión. Así, por ejemplo, sucede con el medio ambiente entendido a partir de la trama de la vida, según la concepción superadora de la tradicional contraposición entre antropomorfismo y ecologismo, o con el derecho de los pueblos en situación de desventaja.

3. El problema de los bienes jurídicos colectivos dentro del marco referencial de los derechos humanos

Hasta aquí hemos hecho referencia a las tesis contrarias a aceptar que pueda haber derechos humanos de

19 Ampliamente sobre ello, E. J. VIDAL GIL, Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1993, pp. 89 y ss.

20 E. J. VIDAL GIL, Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho, *cit.*, p. 103.

21 E. J. VIDAL GIL, Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho, *cit.*, pp. 105 y s.

22 A propósito de los derechos culturales, *vid.* J. HABERMAS, La inclusión del otro. Estudios de teoría política, traduc. por J. C. VELASCO ARROYO y G. VILAR ROCA, Paidós, Barcelona, 1999, p. 204.

titularidad colectiva y a hablar de derechos humanos colectivos. Y hemos considerado que no son argumentos suficientes para rechazar los derechos humanos colectivos ni el que éstos también puedan ejercitarlos las personas individuales, ni el riesgo de anteponer la colectividad al individuo, ni la defensa de la dimensión deontológica de los derechos humanos. Sin embargo, las tesis contrarias a aceptar los derechos humanos de titularidad colectiva insisten en que el término “colectivo” no hace referencia a la titularidad sino a propiedades intrínsecas del bien o interés que se pretende proteger. A.-E. PÉREZ LUÑO habla de un tropo de metonimia, señalando que se toma el objeto que se pretende designar por los sujetos que lo ostentan, como antes se ha destacado.

También los bienes jurídicos colectivos han sido objeto de crítica. De un lado, se cuestiona su alcance y extensión contemplándose con recelo la ampliación del elenco de los tradicionales bienes jurídicos supraindividuales mediante la incorporación de bienes jurídicos “colectivos” y viéndose en ello una de las manifestaciones del recurso inflacionario al Derecho Penal. De otro lado, se asocia la protección de bienes jurídicos colectivos a la técnica de los delitos de peligro abstracto, viéndose en ello una manifestación de la tendencia expansiva del Derecho penal concretada en la intervención anticipada en la protección de bienes jurídicos. O se les concibe restrictivamente entendiéndose que muchos de los denominados bienes jurídicos colectivos no son, en rigor, bienes jurídicos colectivos, afirmándose que colectivo no es el bien jurídico sino el tipo del peligro para un bien jurídico individual.

Procede ahora examinar hasta qué punto puede hablarse de nuevos bienes jurídicos colectivos protegidos de forma anticipada por la vía de los delitos de peligro abstracto, o si, por el contrario, en tales casos se protegen bienes jurídicos individuales frente a peligros “abiertos”²⁴.

3.1. ¿Bienes jurídicos colectivos o delitos de peligro abstracto para bienes jurídicos individuales?

Colectivo, cabe decir de forma provisional, es el bien jurídico que es de titularidad colectiva. No obstante,

que la titularidad compartida sea el rasgo esencial constitutivo de los bienes jurídicos colectivos ha sido rechazado a veces, aun reconociendo que es una característica de los mismos. Así, señala S. SOTO NAVARRO que hay bienes jurídicos que pueden ser de titularidad compartida y no por ello ser bienes jurídicos colectivos. La titularidad compartida, afirma, es sólo una consecuencia y no fundamento o rasgo constitutivo de los bienes jurídicos colectivos como posible categoría autónoma. Y argumenta en favor de esta tesis recordando que hay bienes jurídicos individuales que pueden pertenecer a una pluralidad de personas asociadas, como el honor o el patrimonio, y que ello no comporta su automática calificación como bien jurídico colectivo, pues tal calificación depende “de un elemento previo fundamental, cual es la distinta función o utilidad (no fin) que cumplen los bienes jurídicos colectivos con respecto a los individuales”²⁵.

Ello conduce —de seguirse este razonamiento— a una primera restricción de los bienes jurídicos colectivos. No pueden considerarse tales los bienes jurídicos originariamente individuales que, sin embargo, pueden predicarse de una colectividad o grupo de personas (así, el honor de un grupo o colectividad seguiría siendo un bien jurídico individual y, consecuentemente, no diferente de la suma del honor de los individuos que integran el grupo).

Por otra parte, se introduce una segunda restricción de los bienes jurídicos colectivos cuando se considera que no son tales aquellos que sean *divisibles* en intereses individuales. Esto es lo que sucede con los delitos contra la salud pública, contra la seguridad del tráfico —seguridad vial—, contra los derechos de los trabajadores, etc.²⁶. Bienes jurídicos colectivos en sentido propio serían sólo los que no fueran divisibles, a saber, los que aluden “a estructuras o instituciones básicas en el funcionamiento del Estado y del sistema social, como son la Administración de Justicia, la Administración pública, la Seguridad Social, el orden socio-económico o el medio ambiente”²⁷.

SOTO NAVARRO defiende —y lo hace con apoyo en una selecta bibliografía— una concepción restringida de

23 Recordemos la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida, por ejemplo, en La Sentencia 45/2009, de 19 de febrero, según la cual el bien jurídico se considera presente en la ley siempre que en la misma no concurren objetivos “constitucionalmente proscritos” o “socialmente irrelevantes”.

24 Sobre esto, S. SOTO NAVARRO, La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna, Comares, Granada, 2003, pp. 244 y 233.

25 S. SOTO NAVARRO, La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna, *cit.*, pp. 194 y s.

26 S. SOTO NAVARRO, La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna, *cit.*, pp. 200 y ss.

27 S. SOTO NAVARRO, La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna, *cit.*, pp. 244 y s.

los bienes jurídicos colectivos que edifica sobre el criterio básico de la función o utilidad del bien para la sociedad en su conjunto, criterio que a su juicio fundamenta la distinción entre bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos. La misma autora señala que el contenido de esta función no puede determinarse con carácter general: “habrá de hacerse en atención a cada ámbito concreto, lo que dará pie a una propuesta de sistematización de bienes jurídicos colectivos en base a su distinta utilidad”. Y destaca como rasgo o elemento común “la posibilidad de aprovechamiento por todos, sin que nadie pueda ser excluido” “y sin que el aprovechamiento individual obstaculice ni impida el aprovechamiento por otros”, de donde se derivan dos características de los bienes jurídicos colectivos: “su titularidad compartida, por cuanto no son susceptibles de división en partes atribuibles individualmente, y su indisponibilidad de forma unilateral, en el sentido de no poder consentir eficazmente en su lesión o puesta en peligro, puesto que, de lo contrario, no se cumplirían ninguna de las dos condiciones señaladas para su aprovechamiento colectivo”²⁸.

Llenar de contenido la “función o utilidad” del bien para la sociedad en su conjunto toca, pues, el fondo de la cuestión. La pregunta que entonces se plantea es si no puede considerarse también colectivo, de genuina titularidad compartida, aquel interés originariamente individual que se eleva sobre los intereses individuales de los miembros de un grupo o colectivo o que se difunde por encima de los mismos adquiriendo perfiles propios y cumpliendo una función o utilidad social. Pregunta que, de ser contestada afirmativamente, obligaría a sostener una concepción de bien jurídico colectivo más amplia que la mencionada concepción restrictiva.

Pues bien, incluso si se admitiera la tesis central — esto es, que el rasgo fundamental constitutivo de los bienes colectivos sea su función o utilidad, diferenciable de la de los bienes individuales— no dejaría de ser una petición de principio afirmar que la titularidad compartida de bienes jurídicos individuales no hace de los mismos bienes jurídicos colectivos, o que hay bienes jurídicos individuales que pueden pertenecer a una

pluralidad de personas asociadas sin que ello modifique la naturaleza individual del bien jurídico, pues la cuestión fundamental a resolver es la de si al predicarse de una colectividad bienes jurídicos que originariamente se predicen de una persona (como el honor, el interés a no ser discriminado o el patrimonio, por ejemplo) o al conformarse bienes jurídicos de titularidad colectiva a partir de bienes o intereses individuales (como los que afectan a la salud pública), no se modifica esencialmente la función o utilidad del bien, dándole una función social general o sectorial, y se configura un bien jurídico colectivo *distinto* de la suma de los bienes o intereses individuales de los sujetos que integran el colectivo y, por ende, *indivisible* entre los mismos.

El reconocimiento de bienes jurídicos colectivos, antepuestos o situados en el ámbito previo a bienes jurídicos individuales, podría ser considerado como un recurso artificioso del legislador²⁹, una forma de eludir la crítica al excesivo adelantamiento de las barreras de protección que se produce cuando los bienes jurídicos individuales se protegen frente a conductas de peligro abstracto puro dando entrada a delitos de mera desobediencia. Como si, en lugar de reconocerse abiertamente el adelantamiento de las barreras de protección de los bienes jurídicos individuales, lo que se hiciera fuera “crear” artificialmente un bien jurídico colectivo (por ejemplo, la salud pública antepuesta a la salud individual) directamente protegible por el Derecho Penal.

Detrás de tal forma de argumentar subyace la imagen de un legislador atrapado entre dos posibles vías de incriminación que constituirían, las dos, un recurso inflacionario al Derecho Penal (susceptibles de recibir, las dos, la misma crítica): “crear” un bien jurídico colectivo o recurrir a la técnica de los delitos de peligro abstracto para proteger anticipadamente bienes jurídicos individuales. Cualquiera que fuera la posición que se adoptara (delito de lesión o de peligro de un bien jurídico colectivo, o delito de peligro abstracto para bienes jurídicos individuales) podría ser objeto de crítica por constituir una manifestación de la tendencia expansiva del Derecho Penal³⁰.

28 S. SOTO NAVARRO, La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna, *cit.*, pp. 232 y 194 y ss.

29 *Vid.* sobre ello, M.^a I. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal, Universidad de Valladolid, 1999, pp. 66 y s. A propósito del bien jurídico “paz pública” y su “fachada de falsa racionalidad”, *vid.* T. HÖRNLE, La protección de sentimientos en el StGB, trad. por M. MARTÍN LORENZO, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, R. HEFENDEHL (ed.), Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007, pp. 386 y ss.

30 *Vid.* R. HEFENDEHL, Churras y merinas o más de lo mismo: la prevención técnica y el Derecho Penal, trad. por E. IÑIGO CORROZA/C. AZCONA ALBARRÁN/N. PASTOR MUÑOZ, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, A. VON HIRSCH/K. SEELMANN/W. WOHLERS (ed. alemana), R. ROBLES PLANAS (ed. española), Atelier, Barcelona, 2012, p. 107 y nota 30. *Vid.* también, R. HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, C. Heymanns, Köln/Berlin/Bonn/München, 2002, pp. 27 y ss., donde postula la limitación del Derecho Penal frente a bienes jurídicos aparentes y a adelantamientos arbitrarios de la protección.

Ante esta situación, parece que es apropiado investigar si, mediante la incriminación anticipada de conductas peligrosas para bienes jurídicos individuales, se está dispensando protección a bienes jurídicos colectivos, configurados a partir de aquellos pero que se diferencian de ellos, cuyo contenido debería ser precisado caso por caso³¹. Punto de partida metodológico es examinar la posible existencia de bienes jurídicos colectivos que emergen en torno a conductas peligrosas realizadas en ámbitos o situaciones que afectan o pueden afectar a una pluralidad de personas. Se trataría, por tanto, de resolver si en determinadas situaciones que afectan a una pluralidad de personas, y no necesariamente a la colectividad en general, emerge un bien jurídico o un interés independiente de la suma de los intereses individuales, interés que cumpliría una función social y que importaría proteger penalmente. Así podría hablarse del honor de un grupo o colectividad, de intereses económicos o patrimoniales supraindividuales³², de la salud pública o del interés a la preservación de determinados ámbitos, que habría que precisar objetivamente, de seguridad, de confianza, etc. Se trataría en todo caso de situaciones claramente diferenciables de las que se presentan en los delitos con sujeto pasivo masa, o de aquellas en que una acción cumple varios delitos (como la colocación de la bomba que causa varios muertos y por tanto lesiona la vida de varias personas). Pues mientras que en estos supuestos los bienes jurídicos afectados mantienen su autonomía, en los bienes jurídicos colectivos que surgen a partir de intereses individuales el bien que emerge sería independiente y distinto de los intereses de los individuos (con las consecuencias, entre otras, de la indisponibilidad sobre el mismo por un individuo en particular, o de la posibilidad de apreciar un concurso de delitos si se produce además la lesión de un bien jurídico individual).

El reconocimiento de un bien jurídico colectivo en ámbitos como los mencionados (los relacionados con la genéricamente denominada seguridad colectiva pero también con bienes jurídicos como el honor o el patrimonio susceptibles de colectivizarse y adquirir perfiles propios) podría considerarse expresión de un Derecho

Penal paternalista, de un paternalismo, habría que precisar, referido a grupos o colectividades, aunque dirigido en último término a la protección de los individuos.

El criterio de la titularidad compartida sigue siendo un criterio válido y atendible, a pesar de las críticas que se le han dirigido, porque la cuestión es precisar qué se entiende por titularidad compartida. Junto a este criterio hay que situar en su justo terreno el de la divisibilidad o distribuibilidad del bien. Puede haber bienes jurídicos que, como los que afectan a la salud pública o a la seguridad vial, se conformen a partir de la necesidad de preservar intereses de las personas, pero que se elevan por encima de tales intereses y adquieren perfiles propios y, en este sentido, son algo más y distinto de la suma de los intereses individuales que se hallan en su base. El criterio de la no divisibilidad es un criterio a manejar con cuidado, porque cuando se invoca en relación con los intereses nuevos vinculados al desarrollo científico, tecnológico, económico, etc., se da por sentado la divisibilidad entre intereses particulares (vida, salud, integridad, patrimonio) siendo así que ello es precisamente lo que habría que esclarecer, con base en la posible formación de un nuevo interés colectivo, real, no formal, protegible directamente.

Sin embargo, la existencia de los mencionados bienes jurídicos es cuestionada. Se trata de bienes jurídicos que, importando a una pluralidad de personas, son difícilmente concretables en una realidad o en un interés distinto al de los particulares intereses individuales, y que, cuando se concretan, a menudo se muestran vagos e imprecisos. De aquí que se opte a veces por renunciar a la efectiva existencia de tal bien jurídico colectivo, a considerarlos como bienes jurídicos aparentes o como realidades artificiosas, entendiéndose que lo que en rigor se protege a través de los delitos en que tal discusión se suscita (delitos contra la salud pública, contra la seguridad vial, etc.) son los bienes jurídicos individuales que se hallan en su base, de forma, eso sí, anticipada o, incluso, muy anticipada.

A propósito de la discusión sobre la seguridad colectiva y su virtualidad para constituir un bien jurídico penal, señala S. Soto Navarro que el concepto de segu-

31 Esfuerzos en este sentido se han realizado muchos. A propósito de los delitos relativos a productos de consumo masivo y su inteleción desde la perspectiva de la protección de la calidad del consumo, *vid.* M.ª A. RUEDA MARTÍN, El bien jurídico protegido en los delitos relativos a productos de consumo masivo, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXX, 2010, pp. 418 y ss.

32 Patrimonio supraindividual vinculado a los bienes jurídicos colectivos de la vida económica, *vid.* K. TIEDEMANN, Poder económico y delito, traduc. por A. MANTILLA VILLEGAS, Ariel, Barcelona, 1985, p. 12.

33 Sobre ello, S. SOTO NAVARRO, La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna, *cit.*, pp. 203 y ss., y p. 211 nota 56.

ridad colectiva al que alude la rúbrica del Título XVII del Libro II del Código Penal no se identifica con un bien jurídico autónomo, como podría ser el de las legítimas expectativas de que no se incremente el riesgo para bienes jurídicos fundamentales, y que tampoco los diversos capítulos del Título XVII tienen por objeto de protección parcelas concretas de seguridad colectiva. Más aún, considera que la seguridad en sí misma es un concepto vacío que posibilita una ampliación sin límites del Derecho Penal, y que, en rigor, la seguridad no es más que el reverso de la idea de peligro. Y concluye que el concepto de seguridad colectiva alude a la evitación de situaciones de peligro generalizado para bienes jurídicos personales y que lo que se protege en el Título XVII del Código penal no son bienes jurídicos colectivos “sino bienes jurídicos individuales a los que se ha otorgado un marco de protección complementario del que contienen los tradicionales delitos contra las personas y, subsidiariamente, los delitos contra el patrimonio” protegiéndose frente a peligros *abiertos*³³. Sostiene que “el atributo de colectivo no corresponde propiamente al bien jurídico protegido, sino al tipo de peligro del que se trata de preservar un bien jurídico individual, claramente identificado” y que “el verdadero objeto de estudio ha de ser la estructura típica adecuada para abarcar conductas cuyo núcleo de lo injusto reside en la creación de un *peligro abierto*”³⁴ para bienes jurídicos individuales como la vida, la salud o la integridad, lo que lleva a negar la presencia de un bien jurídico colectivo allí donde los bienes sean divisibles entre los individuos y a sostener que en tales casos se protegen anticipadamente bienes jurídicos individuales frente a conductas peligrosas en abstracto para un número indeterminado de personas.

De esta forma, con la posición mencionada se pretende superar la formalización del bien jurídico que se considera presente en todas aquellas posiciones doctrinales que se esfuerzan en hallar en torno a la “seguridad” o la “confianza” un bien jurídico colectivo independiente de los intereses individuales. Y se hace negando la existencia de un bien jurídico colectivo y situando en primer plano los bienes jurídicos individuales que se hallan en su base.

El problema entonces se traslada a otro ámbito. Pues si de lo que se trata es de proteger bienes jurídicos individuales frente a delitos de peligro abstracto puros, se amplía y formaliza el bien jurídico, como es propio de los delitos de mera desobediencia, y el problema a

resolver seguirá siendo si el peligro abstracto puro —abierto— para bienes jurídicos individuales es criterio válido y suficiente para rechazar la presencia de un bien jurídico colectivo, o si más bien, metodológicamente, hay que proceder al revés: que allí donde hay un interés colectivo directamente protegible procede su protección autónoma, debiendo, en su caso, tratarse por la vía del concurso de delitos la lesión adicional de bienes jurídicos individuales.

Este es un problema de política legislativa. *Se puede, e incluso se debe —de acuerdo con las exigencias del principio de intervención mínima—, renunciar a la protección de bienes jurídicos colectivos “aparentes”, si son genuinamente aparentes, pero tal renuncia debería pasar por renunciar también a los delitos de peligro abstracto puros.* Porque en caso contrario lo que se estaría haciendo sería trasladar el problema a otro lugar.

Dicho en otros términos, que la seguridad sea un vago concepto general inapropiado para constituir un bien jurídico penal no lleva necesariamente a que haya que sostener que cuando se incriminan conductas peligrosas en abstracto el núcleo material del injusto sea la protección anticipada de la vida, la salud o la integridad de las personas, etc., frente a peligros “abiertos”. Ello podría acaso sostenerse cuando se recurre legislativamente a la técnica de los delitos de peligro concreto o de peligro abstracto posible o hipotético. *Pero una protección hiper-anticipada de los mencionados bienes jurídicos individuales por la vía de delitos de peligro abstracto puro, implica incurrir en una formalización del objeto de la protección penal haciendo coincidir la ratio legis o el motivo del legislador con el bien jurídico protegido.* Visto desde este punto de vista la cuestión puede plantearse de otra forma: cuando no hay un bien jurídico colectivo genuino (real) merecedor de protección penal tampoco hay razones para intervenir penalmente incriminando peligros abstractos puros para bienes jurídicos individuales.

En rigor, decidir si hay un interés general o sectorial necesitado de protección penal relacionado con intereses individuales, pero diferenciable de ellos, debería ser una cuestión previa al momento de la incriminación, una cuestión de política legislativa. *De lege lata*, a la vista de una regulación particular, no hay razón para dejar de examinar si se dispensa protección a un bien jurídico colectivo real, no meramente aparente, en lugar de partir apriorísticamente de que se trata de delitos de peligro abstracto para bienes jurídicos individuales.

34 S. SOTO NAVARRO, La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna, *cit.*, pp. 244 y 233.

Se puede convenir en que deben quedar fuera del Derecho Penal los bienes jurídicos colectivos aparentes y, también, en que no se toleren adelantamientos arbitrarios en la protección de bienes jurídicos individuales³⁵ mediante la técnica de los delitos de peligro abstracto puros. Y en que se protejan penalmente sólo los bienes jurídicos colectivos que no encubran una protección anticipada de bienes jurídicos individuales, o sea, que sean genuinos o reales bienes jurídicos colectivos. El problema entonces reside en saber cuándo hay un bien jurídico colectivo real, genuino, y cuando se trata de un bien jurídico aparente que habría que desenmascarar.

Desde luego, la seguridad colectiva es un concepto vago. Un concepto que si se objetiva remite a criterios externos, como, por ejemplo, a disposiciones administrativas. Y si se entiende en sentido subjetivo remite a un sentimiento, y así se habla de sentimientos de seguridad³⁶ que se contraponen a los sentimientos de inseguridad o de miedo, sentimientos que, en cuanto tales, no son apropiados para constituir un bien jurídico penal.

Sin embargo, que esto sea así no implica que no puedan surgir en torno a la seguridad colectiva o en torno a conductas que tienen lugar en ámbitos especialmente sensibles, intereses generales o sectoriales protegibles directa o inmediatamente, con independencia del peligro que para los bienes jurídicos individuales se pudieran derivar. La desafortunada inflación del Derecho Penal en materia de seguridad vial, dando entrada a delitos de mera desobediencia, no debería mediatizar la discusión en torno a si la seguridad vial debe ser protegida penalmente frente a las acciones más intolerables. E igualmente, el recurso excesivo al Derecho Penal en orden a la protección de la salud pública tampoco debería conducir a negar radicalmente que la salud pública

sea un bien jurídico merecedor de protección penal. En tales casos, el núcleo del problema no se halla en la existencia de un bien jurídico penal sino en la pretensión de protegerlo ignorando el carácter fragmentario del Derecho Penal

Por una parte, una referencia general a la seguridad o a la confianza, sin ulteriores precisiones, es insuficiente para la concreción de un bien jurídico penal. Por otra parte, tampoco puede afirmarse sin más que los delitos de peligro abstracto son delitos de lesión de la seguridad. Cuando U. K. KINDHÄUSER dice que nos hallamos ante peligros abstractos cuando “se ven afectadas condiciones de seguridad que son imprescindibles para un disfrute despreocupado de los bienes”, y que el peligro es abstracto “ya que no se trata de la desprotección actual del bien, sino del menoscabo de patrones de seguridad tipificados cuya eficiencia es medida esencial del aprovechamiento racional de los bienes”³⁷, no puede derivarse de ello que la seguridad ha sido elevada a bien jurídico penal. Como ha puesto de relieve J. CEREZO MIR, no es que U. K. KINDHÄUSER considere que en los delitos de peligro abstracto se protege otro bien jurídico (la seguridad), sino que lo que hace es distinguir tres formas de menoscabo de los bienes jurídicos: la lesión, el peligro concreto y la perturbación de las condiciones imprescindibles para el disfrute despreocupado de los bienes, no distinguiéndose tal perturbación del desvalor de acción propio del peligro para el bien protegido³⁸.

Con todo, es preciso reconocer que la autonomía de “modernos” bienes jurídicos colectivos, como los relacionados con la seguridad vial o con la salud pública, y su protección independiente de los bienes jurídicos individuales, se halla en crisis.

35 Vid. R. HEFENDEHL, Churras y merinas o más de lo mismo: la prevención técnica y el Derecho Penal, *cit.*, p. 107 y nota 30.

36 Así, por ejemplo, alude al sentimiento de seguridad personal, C. ROXIN, Derecho Penal, Parte General, T. I, traduc. por D. M. LUZÓN PEÑAM. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/J. DE VICENTE REMESAL, Civitas, Madrid, 1997, & 11, n.º 123, p. 410, el mismo, ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?, traduc. por I. ORTIZ DE URBINA GIMENO, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, R. HEFENDEHL (ed.), Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007, p. 450. Vid. también, a propósito de bienes jurídicos aparentes y de bienes jurídicos intermedios espiritualizados, K. AMELUNG, El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección de bienes jurídicos, traduc. por I. ORTIZ DE URBINA GIMENO, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, R. HEFENDEHL (ed.), Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007, pp. 249 y ss. y 253 y ss. Sobre la vinculación de los delitos contra la “paz pública” a la protección de sentimientos de seguridad de la población, T. HÖRNLE, La protección de sentimientos, *cit.*, pp. 386 y s. Sobre la protección penal de sentimientos, críticamente, M. ALONSO ÁLAMO, Sentimientos y Derecho Penal, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 106, 2012, pp. 64 y ss.

37 U. K. KINDHÄUSER, Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico, traduc. por F. MOLINA FERNÁNDEZ, en *Hacia un Derecho Penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor K. Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Estudios Jurídicos, Madrid, 1995, p. 449, el mismo, *Gefährdung als Straftat, Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der Abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, V. Klostermann, Frankfurt am Main, 1989, pp. 277 y ss.

38 J. CEREZO MIR, Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal del riesgo, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 10, 2002, pp. 63 y s. Vid. también C. ROXIN, Derecho Penal. Parte General, T. I, *cit.*, & 11, n.º 123, p. 409.

J. CEREZO MIR se pronuncia en contra de la autonomía de tales bienes jurídicos colectivos que, señala, llevaría a ver en los delitos de conducción de un vehículo a motor o de un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas “no delitos de peligro abstracto, sino de lesión del bien jurídico de la seguridad del tráfico”. A su juicio, “la razón de la imposibilidad de desconectar los bienes jurídicos colectivos de los bienes jurídicos individuales a cuya protección sirven, es que la lesión del bien jurídico colectivo, por sí sola, por ejemplo la infracción de las normas de tráfico o que protegen la salud pública, no revestiría gravedad suficiente para constituir un ilícito penal”, y “sólo la referencia última a los bienes jurídicos individuales otorga a la infracción de las normas de tráfico, o de las normas que protegen la salud pública, de un contenido material de injusto de suficiente gravedad para constituir un ilícito penal”³⁹.

Pero lo cierto es que los bienes jurídicos colectivos no están desconectados de la referencia final a los individuos⁴⁰, y que, por su parte, los delitos de peligro abstracto puros son meros delitos de desobediencia, por tanto, delitos formales. Por lo que la cuestión sigue siendo determinar si en ámbitos o situaciones de peligro para bienes jurídicos individuales surge un bien jurídico colectivo antepuesto a aquellos, con el consiguiente paso desde el desvalor de acción hacia el desvalor de resultado, y, en tal caso, precisar cuál sería el bien jurídico colectivo pues no parece suficiente la vaga referencia a la seguridad.

En contra de esta posibilidad se ha pronunciado también S. SOTO NAVARRO quien, como ya antes pusimos de relieve, fundamenta una concepción de los bienes jurídicos colectivos restringida y niega una auténtica naturaleza colectiva a los bienes jurídicos que se pueden descomponer e intereses individuales como, a su juicio, sucede con los implicados en los delitos contra la seguridad colectiva.

Sin embargo, el criterio de la indivisibilidad o no distribuibilidad del bien⁴¹, en sí mismo atendible, deja abierta la cuestión de cuando un bien jurídico es divisible y si los llamados bienes jurídicos divisibles son, en rigor, divisibles, o son, por el contrario, bienes jurídicos colectivos independientes de la suma de los posibles intereses individuales que se hallan en su base. Esto es, genuinos bienes jurídicos colectivos que no proceden de la mera conversión en bien jurídico de la norma de conducta ni de la conversión del desvalor de acción propio del peligro abstracto para bienes jurídicos individuales en desvalor de resultado o elevación a bien jurídico de la posibilidad abstracta de un peligro.

La misma crítica cabe oponer a la crítica de SCHÜNEMANN a los bienes jurídicos colectivos aparentes cuando considera tales la salud pública (“se compone en realidad de la suma de las saludes de todos los ciudadanos individuales”), la seguridad del tráfico, etc., y afirma que la “errónea aglomeración de bienes jurídicos individuales en un colectivo sirve en la jurisprudencia de argumento para ignorar simplemente los principios sobre la retirada de toda protección jurídico-penal cuando media consentimiento del titular del bien jurídico, para poder castigar gravemente un comportamiento que a lo sumo podría ser merecedor de pena a consecuencia de los peligros mediatos para otros bienes jurídicos o en un Derecho penal paternalista, todo ello sin preocuparse por la lesión de bienes jurídicos reales”⁴².

Pareciera que los bienes jurídicos colectivos surgen arbitrariamente con fines represivos. Pero el problema sin resolver sigue siendo si existe o no un interés real, colectivo y autónomo, no aparente, necesitado de protección penal.

Por otra parte, la tendencia a restringir los bienes jurídicos colectivos suscita otro problema ya apuntado antes, independiente del de los llamados bienes jurídicos aparentes, el de si pueden considerarse bienes jurídicos colectivos bienes jurídicos originariamente individua-

39 J. CEREZO MIR, Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal del riesgo, *cit.*, p. 58.

40 En este sentido, a propósito del Derecho Penal económico, K. TIEDEMANN, Poder económico y delito, *cit.*, p. 13.

41 R. HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, *cit.*, pp. 111 y s., el mismo, ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto, *Anales de Derecho*, n.º 19, 2001, p. 150.

42 B. SCHÜNEMANN, Protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho Penal en un Estado de Derecho liberal, traduc. por E. J. RIGGI/R. ROBLES PLANAS en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, A. VON HIRSCH/K. SEELMANN/W. WOHLERS (ed. alemana), R. ROBLES PLANAS (ed. española), Atelier, Barcelona, 2012, p. 73, el mismo, El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos y de su interpretación, traduc. por M. MARTÍN LORENZO/M. FELDMANN, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, R. HEFENDEHL (ed.), Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007, pp. 218 y ss.

les cuando se predicen de una colectividad que se erige en titular de dicho bien, como el honor referido a los miembros de un pueblo, raza, etnia, religión, etc., o los intereses económicos o patrimoniales de un colectivo, cuando tales bienes o intereses se eleven por encima de los bienes o intereses individuales de los miembros del grupo o colectivo.

Para dar respuesta a ambas cuestiones procede examinar la fundamentación de los bienes jurídicos colectivos y su significación política.

3.2. *Hacia una concepción amplia de los bienes jurídicos colectivos*

La concepción amplia de los bienes jurídicos colectivos aquí postulada distingue entre los originarios o clásicos bienes jurídicos supraindividuales (seguridad del Estado, fe pública, función pública, etc.) y otros bienes jurídicos colectivos configurados a medida que el desarrollo científico, tecnológico, etc. hace necesaria su protección. Bienes jurídicos, pues, que se han ido conformando históricamente como respuesta a las nuevas necesidades que se presentan en la realidad, que cumplen una función social, que importan a una pluralidad de personas entre las que está difundido (aunque en último término importen también a las personas individuales), que tienen un espacio propio independiente de los intereses individuales que se pudieran hallar en su base (bienes jurídicos que, en todo caso, han de poder fundamentarse discursivamente dentro del marco referencial de los derechos humanos). Hay bienes jurídicos intrínsecamente u originariamente colectivos y hay bienes jurídicos colectivos, o de titularidad colectiva, que emergen vinculados a bienes jurídicos individuales o a la aparición de fuentes de peligro para bienes jurídicos individuales pero que se anteponen y son independientes de éstos.

Por otra parte, la concepción amplia de los bienes jurídicos colectivos plantea también la consideración como tales de bienes jurídicos originariamente individuales pero que en su desarrollo histórico alcanzan una dimensión colectiva. El honor, por ejemplo, después de experimentar un proceso de democratización y reconocerse a todos, dejando de ser privilegio de los miembros de determinadas castas o grupos, experimenta una nueva transformación en el Estado democrático y se le

reconoce a grupos o colectivos como tales (por razón de raza, etnia, cultura, religión, etc.).

El Derecho Penal no está llamado a proteger derechos, ni individuales ni colectivos, sino bienes jurídicos. Esto significa que no basta con invocar la existencia de un derecho subjetivo o de un derecho fundamental (constitucional), o de un derecho humano para que se pueda considerar presente un bien jurídico penal. Los bienes jurídicos penales se configuran autónomamente (dentro del marco de los derechos humanos).

Por tanto, importa ver si encuentra cabida en las diferentes concepciones sobre el bien jurídico una noción más o menos amplia de bien jurídico colectivo.

Frente a las concepciones formales se alza una pluralidad de propuestas de materialización de los bienes jurídicos protegibles penalmente que atienden ya a intereses de las personas, ya a intereses individuales o colectivos al servicio de la persona, ya a entidades reales, ya a la satisfacción de necesidades, ya a las relaciones sociales concretas, etc.⁴³. Todas ellas deben ser situadas dentro de un marco referencial fuerte, el de los derechos humanos, de acuerdo con el criterio según el cual, al igual que los derechos humanos, los bienes jurídicos penales presuponen desde una perspectiva procedimental una fundamentación discursiva en condiciones reales de igualdad.

Pues bien, cualquiera que sea el criterio de delimitación material de los bienes jurídicos penales que se adopte, se abren espacios para la fundamentación no sólo de los bienes jurídicos individuales sino también de los colectivos, ya que también los bienes jurídicos colectivos están al servicio de la persona siquiera lo hagan de forma mediata o indirecta. Por otra parte, también los bienes jurídicos colectivos pueden legitimarse dentro del marco referencial de los derechos humanos, sea de los derechos humanos individuales, sea de los derechos humanos colectivos, de admitirse éstos.

Así, se puede convenir con BUSTOS RAMÍREZ en que materialmente los bienes jurídicos se refieren a relaciones sociales concretas y dialécticas, y distinguir entre aquellas relaciones sociales esenciales para el sistema en relación a todos sus miembros (como la vida, el honor o la libertad), y las relaciones sociales basadas en “la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colecti-

43 Sobre las diferentes posiciones en la doctrina penal, nos remitimos a M. ALONSO ÁLAMO, Bien jurídico material y bien jurídico procedimental... y discursivo, en *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, J. C. CARBONELL MATEU/J. L. GONZÁLEZ CUSSAC/E. ORTS BERENGUER (dir.), M. L. CUERDA ARNAU (coord.), T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 104 y ss.

vo y en conformidad al funcionamiento del sistema social”, en cuyo contexto emergen los bienes jurídicos colectivos como “*complementarios*, desde una perspectiva material, de los llamados bienes jurídicos individuales”⁴⁴.

Pero también las concepciones que refieren materialmente los bienes jurídicos a intereses individuales o colectivos al servicio de las personas, o a entidades reales, etc. proporcionan un sustrato material en el que encuentran cabida bienes jurídicos individuales y colectivos. Asimismo, la distinción entre bienes jurídicos referibles a objetos físicamente delimitables y bienes jurídicos institucionales referidos al mantenimiento del conjunto de condiciones sociales indispensables para la convivencia pacífica y próspera se entrecruza con la distinción entre bienes jurídicos individuales y colectivos⁴⁵.

La existencia de bienes jurídicos colectivos es compatible con los diferentes criterios materiales que se han venido proponiendo en la doctrina. Se trata de bienes jurídicos que, pese a no formar parte del núcleo duro de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, se consideran esenciales para el desarrollo de las actividades del Estado o de la vida en sociedad⁴⁶. Concretados dentro del marco referencial de los derechos humanos como intereses que importan al funcionamiento del sistema y que son condiciones de realización de los bienes jurídicos individuales, los bienes jurídicos colectivos reales son bienes jurídicos antepuestos a los intereses individuales que se hallan en su base.

Una referencia a los intereses individuales se halla presente en todos los bienes jurídicos colectivos, sin que por ello dicho bienes pierdan su autonomía o su carácter colectivo (como, por ejemplo, sucede con el medio ambiente, que puede ser considerado como un bien jurídico colectivo protegible en sí, con independencia de que en determinados tipos penales se pueda tomar en cuenta el peligro adicional para la salud o la vida de las personas). La referencia final a intereses individuales no tiene que conducir ni a una concep-

ción personal pura o restringida del bien jurídico ni a una concepción restringida de los bienes jurídicos colectivos.

La concepción personal del bien jurídico que quiere hacer de los intereses de la persona un límite a las intervenciones del legislador evitando posibles excesos no conduce al rechazo de los bienes jurídicos colectivos, sino a su delimitación, exigiendo que los bienes jurídicos colectivos sirvan al desarrollo de la persona o se funcionalicen desde la persona⁴⁷.

Los bienes jurídicos colectivos, entendidos en un sentido amplio, tienen siempre en último término un referente individual, al margen de que surjan con independencia de los bienes jurídicos individuales (como los clásicos bienes jurídicos supraindividuales relativos al correcto funcionamiento de la Administración Pública o de la Administración de Justicia), de que se hallen a caballo entre unos y otros (la fe pública, el medio ambiente o determinados delitos socioeconómicos), de que partan de bienes jurídicos individuales de los que se desconectan alcanzando perfiles propios (como los relativos a la salud pública, al tráfico vial o determinados delitos socioeconómicos) o de que sean bienes jurídicos individuales reconfigurados al ser referidos a un colectivo y transformarse en bienes jurídicos colectivos (como por ejemplo puede suceder con el honor).

A partir de aquí, surgen diferentes cuestiones, como la de si se protegen frente a conductas lesivas o peligrosas, o la de su posible relación conflictual con los bienes jurídicos individuales.

3.3. ¿Lesión o peligro para los bienes jurídicos colectivos?

A veces se ha establecido una relación entre los bienes jurídicos colectivos y los delitos de peligro abstracto. Sin embargo, como J. BUSTOS RAMÍREZ señaló, los bienes jurídicos colectivos no requieren para su protección de los delitos de peligro abstracto “ya que desde una debida caracterización del bien jurídico co-

44 J. BUSTOS RAMÍREZ, Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932), en *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, pp. 191 y 197.

45 Vid. al respecto, B. SCHÜNEMANN, Protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho Penal en un Estado de Derecho liberal, *cit.*, p. 71.

46 Vid. M. PORTERO HENARES, ¿Principio de efectiva protección de bienes jurídicos?: Derecho penal europeo y principio de proporcionalidad, en *Los derechos fundamentales en el Derecho Penal europeo*, L. M. Díez-Picazo/A. Nieto Martín (dir.), Civitas/Thomson Reuters, Pamplona, 2010, pp. 316 y s.

47 W. HASSEMER, Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico, traduc. por ZIFFER, en *Doctrina Penal*, n.º 46/47, 1989, pp. 281 y ss., el mismo, Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno, traduc. por E. LARRAURI, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, p. 248.

lectivo se pueden construir en relación a él —y no al bien jurídico complementado— delitos de lesión o de peligro concreto⁴⁸.

En los delitos contra bienes jurídicos colectivos, la puesta en peligro coincide de ordinario con la lesión del correspondiente bien jurídico colectivo, lo que significa que, en orden a su protección penal, no debe ser suficiente una acción peligrosa cualquiera, esto es, que sólo deberían encontrar cabida en los tipos las acciones que, al menos, presenten una alta potencialidad lesiva para el bien jurídico colectivo según una consideración *ex ante*.

Esto puede ser afirmado en general, con independencia de que en determinados casos se acuda a una técnica mixta y se adhiera, en la configuración típica de un particular delito, a la acción peligrosa —y lesiva— para el bien jurídico colectivo el peligro adicional para bienes jurídicos individuales, ya se trate de la exigencia de un peligro concreto ya se trate de la exigencia de un peligro posible o hipotético (o sea, de un peligro abstracto). Se trataría en tal caso de delitos pluriofensivos o plurilesivos, de lesión o peligro para el bien jurídico colectivo y de peligro para el bien jurídico individual. A veces se habla en relación con este fenómeno legislativo de bienes jurídicos intermedios, si bien la terminología al respecto no es siempre coincidente⁴⁹.

3.4. ¿Conflicto entre bienes jurídicos individuales y colectivos?

En un Estado democrático de Derecho los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales —cualquiera sea la expresión, y la extensión, que se adopte— han de ser bienes jurídicos al servicio del individuo y, por tanto, han de estar en condiciones de resistir la crítica por el riesgo de su posible imposición antiliberal frente a los intereses de la persona. Asimismo, la fundamentación discursiva de los bienes jurídicos dentro del marco referencial de los derechos humanos sitúa en un primer plano a la persona, incluso cuando se fundamentan bienes jurídicos colectivos. La discusión en torno a la expresión bienes jurídicos supraindi-

viduales y su eventual intelección desde la perspectiva de la existencia de intereses superiores a los intereses del individuo o “por encima” del individuo (intereses del Estado especialmente), debe considerarse superada. Por tanto, hay que rechazar el peligro, a veces denunciado, de una singular especie de “estatización” o de anteposición de la sociedad al individuo que pudiera derivarse de una concepción amplia de los bienes jurídicos colectivos.

Ante un eventual conflicto entre intereses individuales y colectivos, a efectos, por ejemplo, del estado de necesidad, no cabe adoptar una posición apriorística a favor de unos u otros. En principio, aquellos bienes jurídicos eminentemente individuales que afectan al contenido esencial de dignidad de la persona humana priman en un eventual juicio de ponderación sobre los bienes jurídicos colectivos. Sin embargo, esto no excluye que en determinadas situaciones que no afectan al contenido esencial de dignidad pueda prevalecer eventualmente el interés general o colectivo⁵⁰.

3.5. Significación política de los bienes jurídicos colectivos

BUSTOS RAMÍREZ destacó especialmente la necesidad de reconocer a los bienes jurídicos colectivos el puesto que les corresponde en un Estado social y democrático de Derecho. A tal fin, postulaba una revisión crítica del bien jurídico señalando que los nuevos bienes jurídicos colectivos han de atender a las necesidades de todos y cada uno de los miembros de la sociedad, y que deben ser fundamentados y definidos “a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social”, siendo insuficiente el mero recurso a fórmulas “vagas, imprecisas, confusas o ajenas al Derecho penal”, como cuando se habla de ataque a la economía nacional, al desarrollo económico, a los créditos del Estado, etc.⁵¹. Él mismo señala que los bienes jurídicos relativos al funcionamiento del sistema están en relación teleológica con aquellos

48 J. BUSTOS RAMÍREZ, Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932), *cit.*, p. 198.

49 *Vid.* al respecto, R. M. MATA Y MARTÍN, Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro, Comares, Granada, 1997, pp. 23 y ss.

50 Sobre esta discusión, *vid.* K. TIEDEMANN, Poder económico y delito, *cit.*, pp. 13 y s., S. SOTO NAVARRO, La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna, *cit.*, p. 242 y nota 53.

51 J. BUSTOS RAMÍREZ, Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932), *cit.*, pp. 196 y s.

que constituyen sus bases y condiciones y que “tenden a asegurar una libertad e igualdad material de los sujetos” y postula una política criminal crítica en el que el concepto de bien jurídico se muestra como un concepto crítico capaz de “hacer patente desigualdades y falta de libertad para un grupo, una clase o un sector de la población”⁵².

En una política criminal crítica, la protección de bienes jurídicos colectivos encuentra un marco referencial en los derechos humanos, individuales o colectivos de aceptarse éstos. Dentro de dicho marco, han de ser delimitados adecuadamente. Los reales bienes jurídicos colectivos no son una creación artificiosa de un legislador que pretendiera proteger muy anticipadamente bienes jurídicos individuales por esta vía, sino realidades autónomas merecedoras de protección penal vinculadas al correcto funcionamiento de actividades susceptibles de generar riesgo (actividades relacionadas con la salud en general, la salud pública, con el trabajo arriesgado, con el tráfico vial, con el medio ambiente, etc.), o bienes jurídicos individuales *institucionales*, como el honor⁵³, reconocibles a las colectividades en respuesta a exigencias de la realidad en orden a mantener una convivencia pacífica.

No parece justificada la intelección de todos los bienes jurídicos atinentes a los delitos contra la seguridad colectiva como bienes jurídicos individuales protegidos frente a peligros abstractos, invocando el criterio de la divisibilidad y prescindiendo del examen individualizador que permitiera mostrar, en su caso, la eventual aparición de un interés colectivo, distinto de la suma de los intereses individuales de los miembros del grupo o colectivo. Pues lo decisivo es en todo caso que *exista* —porque pueda fundamentarse discursivamente dentro del marco de los derechos humanos individuales y, en su caso, colectivos— un bien jurídico colectivo necesitado de protección penal.

La concepción generacional e histórica de los derechos humanos permite una fundamentación de los bienes jurídicos colectivos en sentido amplio, es decir, una concepción que no los restringe a los intereses que cumplan una función social general sino que los extiende a los intereses, sectoriales o difundidos entre un

sector de la población, que cumplen una función social particular.

Por lo que se refiere a los bienes jurídicos colectivos en sentido estricto, o bienes jurídicos supraindividuales en su sentido tradicional (como los atinentes al correcto funcionamiento de la Administración Pública o de la Administración de Justicia), referidos a intereses generales y no a deberes de fidelidad al Estado, cabe señalar que su protección contribuye a la afirmación de los derechos humanos (y en último término del Estado democrático de Derecho). En el marco de un Estado democrático de Derecho el peligro de una singular especie de “estatización”, que a veces se asocia a los bienes jurídicos colectivos, desaparece, pues incluso los bienes jurídicos colectivos en sentido estricto, como los que aluden al buen funcionamiento de la Administración Pública, se apartan de la idea de la infracción de deberes o de la protección del prestigio de las instituciones y se impregnan del contenido de los derechos en el marco de una Administración Pública entendida al servicio del individuo.

Especial interés tiene hoy la intelección de bienes jurídicos supraindividuales que importan a la comunidad internacional desde la óptica de los nuevos derechos de solidaridad que se hallan detrás de delitos como el genocidio o los de lesa humanidad. En tales supuestos, surgen bienes jurídicos colectivos, diferenciables de bienes jurídicos individuales que a la vez se pudieran menoscabar (lo que fundamentaría la presencia de un concurso de delitos, como por ejemplo se establece acertadamente, en relación con los delitos de lesa humanidad, en el artículo 607 bis, 2. 8.º, párrafo tercero y en el artículo 607 bis, 2. 10.º, párrafo primero, inciso segundo).

Por lo que se refiere a los bienes jurídicos colectivos sectoriales, que se elevan sobre bienes jurídicos individuales pero que se diferencian de ellos (como los relacionados con la salud pública en general, con los derechos laborales, con el tráfico rodado, etc.) su protección penal frente a las conductas más intolerables —y no frente al mero incumplimiento de normas administrativas o de formalidades legales— posibilita asimismo la afirmación de los derechos humanos (y en

52 J. BUSTOS RAMÍREZ, Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932), *cit.*, pp. 201 y ss.

53 Refiriéndose aquí el término *institucional* a bienes jurídicos en los que se trata de un conjunto de condiciones sociales indispensables para la convivencia, por contraposición a los bienes jurídicos que se componen de *objetos físicamente delimitables* y lesionables. Al respecto, B. SCHÜNEMANN, Protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho Penal en un Estado de Derecho liberal, *cit.* pp. 71 y s.

último término también del Estado democrático de Derecho).

Bienes jurídicos originariamente individuales como el honor e incluso el patrimonio pueden predicarse de una colectividad —y en este sentido “colectivizarse”— y cumplir una función social.

La fundamentación discursiva de los bienes jurídicos penales, incluidos los colectivos, a partir del marco de los derechos humanos, disipa el riesgo o el peligro, tantas veces invocado, de que la colectividad se anteponga al individuo.

Cuestión distinta es la de la ulterior configuración del injusto típico en orden a la protección de los bienes jurídicos penales. El recurso al Derecho Penal ha de estar guiado por el principio de intervención mínima y ha de ser respetuoso con el carácter fragmentario del Derecho Penal. Ello permite distinguir, como se señala a continuación, dos niveles en el esfuerzo por establecer límites político-criminales al legislador.

4. El Derecho Penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos. Límites externos e internos

La exigencia política criminal de una intervención penal mínima y del carácter fragmentario del Derecho Penal se contempla hoy desde la óptica del principio de proporcionalidad en sentido amplio. Este principio, tal como ha sido elaborado por la jurisprudencia constitucional y por la doctrina, se asienta sobre los subprincipios de idoneidad y de necesidad (además del de proporcionalidad en sentido estricto entre el delito y la pena), subprincipios que albergan los de intervención mínima, subsidiariedad, última *ratio* y fragmentariedad, y que presuponen que sólo se pueda acudir al Derecho Penal, un Derecho limitador de la libertad social de acción esencial al Estado de Derecho, para proteger bienes jurídicos fundamentales —bienes jurídicos penales⁵⁴— delimitados y fundamentados discursivamente en condiciones reales de igualdad y dentro del marco referencial de los derechos humanos.

Esto significa que el bien jurídico penal desempeña *ab initio* un importante papel político criminal limitador de las intervenciones del legislador. Introduce una limitación externa al sistema que podemos calificar de limitación de primer nivel⁵⁵.

Ulteriormente, de acuerdo con las exigencias propias del principio de proporcionalidad en sentido amplio, el legislador penal se halla sujeto a limitaciones “internas” o de segundo nivel a tener en cuenta en la configuración de los tipos penales en particular comprobando la idoneidad y la necesidad de la intervención a la vista del bien jurídico que se pretende proteger frente a acciones lesivas o peligrosas.

Cuando se niega a los bienes jurídicos virtualidad para constituir un límite al legislador a menudo se pierde de vista —o se niega— la función que los bienes jurídicos cumplen en el mencionado primer nivel, un nivel antepuesto al Derecho positivo, antepuesto incluso a la Constitución —de tal manera que incluso si desapareciera la Constitución democrática de un Estado no por ello desaparecería este límite al poder punitivo⁵⁶—, límite situado en el marco referencial de los derechos humanos cuya existencia no depende ni de su reconocimiento por una legislación en particular ni de su reconocimiento por una Declaración o Convenio internacional. Es en este marco referencial de los derechos humanos en el que hemos tratado de situar la fundamentación discursiva no sólo de los bienes jurídicos individuales sino también de los bienes jurídicos colectivos.

Dentro del marco referencial de las diferentes generaciones de derechos humanos —y sin que a efectos de fundamentar los bienes jurídicos penales colectivos sea imprescindible admitir derechos humanos colectivos ya que esto, a lo sumo, allana el camino hacia su reconocimiento— cabe fundamentar una concepción amplia de los bienes jurídicos colectivos. Pues los bienes jurídicos, como los derechos humanos, *existen* si se fundamentan discursivamente sobre la base de una teoría de la sociedad que parta de la intervención de todos en condiciones reales de igualdad.

54 Sobre el “bien jurídico penal”, S. MIR PUIG, Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV, 1991.

55 Señala que para la legitimidad del fin “de toda intervención penal” se requiere que la misma trate de proteger bienes jurídicos penales, S. MIR PUIG, El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal, en *Constitución y Principios del Derecho penal: Algunas bases constitucionales*, S. MIR PUIG/J. J. QUERALT JIMÉNEZ (dir.), S. FERNÁNDEZ BAUTISTA (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 75 nota 12.

56 S. MIR PUIG, El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal, *cit.*, p. 71, M. ALONSO ÁLAMO, Bien jurídico material y bien jurídico procedimental... y discursivo, *cit.*, p. 118.

Con tales presupuestos está justificada la protección penal no sólo de intereses individuales sino también de intereses colectivos generales y sectoriales que contribuyen a la afirmación de los derechos humanos

y del Estado social y democrático de Derecho. Los derechos humanos se erigen en fundamento y, a la vez, en límite de las intervenciones del legislador en materia penal.