

SILVA CARRILLO, Kevin: “Estado de necesidad agresivo justificante y crisis económica de empresas. Criterios de delimitación”.

Polít. Crim. Vol. 20 N° 40 (Diciembre 2025), Art. 5, pp. 108-134
<https://politecrim.com/wp-content/uploads/2025/09/Vol20N40A5.pdf>

Estado de necesidad agresivo justificante y crisis económica de empresas. Criterios de delimitación

Justifying aggressive state of necessity and economic crisis of companies. Delimitation criteria

Kevin André Silva Carrillo

Candidato a Doctor en Derecho, Universidad Pompeu Fabra
Profesor contratado, Pontificia Universidad Católica del Perú-PUCP

kasilva@pucp.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-6704-5524>

Fecha de recepción: 13/03/2024

Fecha de aceptación: 10/03/2025

Resumen

En el presente trabajo el autor desarrolla un modelo interpretativo de la institución del estado de necesidad agresivo justificante aplicado al campo Derecho penal económico. Principalmente se proponen criterios materiales de delimitación para el dictamen de la justificación de situaciones excepcionales de necesidad de un agente económico.

Abstract:

In this paper the author proposes an interpretative model of the institution of the justifying aggressive state of necessity applied to the field of economic criminal law. Mainly, substantive delimitation criteria are proposed for the opinion of the justification of exceptional situations of necessity and economic crisis of an agent.

Palabras clave: estado de necesidad, justificación, bienes jurídicos supraindividuales

Keywords: Necessity, justification, institutional channels, supra-individual legal interests

Introducción

De acuerdo con el artículo 20.5° del Código Penal Español [en adelante, **CPE**] o en el § 34 StGB, en el caso de una persona en una situación de peligro inminente, pensemos en un coleccionista de arte -por empezar con el primer ejemplo- que estando a punto perder todas sus

piezas de arte, entre ellos el *Molitor Stradivarius*¹ debido a una fuerte crisis económica, realiza una declaración fraudulenta ante la hacienda pública y así evita no pagar elevados impuestos, se estima con frecuencia que esta conducta está fuera del ámbito de la justificación.

En este grupo de casos, vale señalar que las actuales teorías de la justificación no han desempeñado un papel especialmente importante en el campo del Derecho penal económico². La práctica del instituto “estado de necesidad agresivo justificante” en los llamados casos de “estado de necesidad económico”; tema que en adelante me ocuparé, a pesar de su escaso desarrollo doctrinal, igualmente ha llegado a soluciones coherentes -en lo formal- con un concepto excepcional de la justificación de la necesidad³. Esto significa que se llega a soluciones que cumplen con la observancia legal de los preuestos formales del instituto del estado de necesidad agresivo justificante.

En lo sucesivo, y para el seguimiento del lector, se utiliza la denominación de “estado de necesidad económico” para designar aquellas constelaciones de casos en que un “agente económico” ejecuta conductas típicas de delitos económicos para salvar del peligro inminente de pérdida de sus derechos patrimoniales suyos o los de una persona jurídica vinculada a este.

En este desarrollo, la discusión importante de este tema puede albergar dos tradiciones comúnmente diferenciadas. En primer lugar, en la larga tradición del Derecho penal alemán, las situaciones críticas del “empresario” solo excepcionalmente han recibido la calificación de supuestos legítimos de estado de necesidad justificante por parte de la jurisprudencia⁴ y la doctrina⁵. En este pequeño universo de casos le dan el tratamiento de situación justificante de necesidad a los “peligros extraordinarios”. Es decir, peligros no calculados por el legislador que ponen en riesgo de pérdida el patrimonio de la empresa y, que frente estos, un directivo o gerente de la empresa realiza una conducta típica.

En unos casos, y, por hacer mención sólo a algunos de estos, se ha justificado la salvaguarda de los niveles de producción necesarios para las operaciones de la empresa y su patrimonio a costa de que se cometieron conductas típicas de los delitos aduaneros durante un contexto social-político de postguerra. En otros, se intenta la salvaguarda de los puestos de trabajo⁶ y la continuidad de la empresa ejecutando una conducta típica de un delito de administración

¹ El violín *Molitor Stradivarius* es una de las actuales piezas de arte más valiosas fabricada en el siglo XVII por el famoso Luthier italiano de Cremona *Antonio Stradivari*. Según la historia del arte, este violín perteneció por un largo período a Napoleón Bonaparte. *Vid.* GOODKIND (1972), *passim*.

² Similarmente WITTIG (2020), § 7, n.m. 1-2.

³ La orientación de estas soluciones dadas responde en cierto modo a las fuertes pretensiones de racionalidad práctica de los modelos teóricos filosóficos del Derecho de cada época.

⁴ En situaciones de necesidad económica en RGSt, 21 de febrero de 1928 (RGSt, 62, 48) se resolvió que: „Debido la situación muy especial de las circunstancias hay que estar de acuerdo con la opinión expresada en las declaraciones oficiales de que la posterior recaudación de impuestos y el procesamiento penal sólo deben excluirse en la medida en que las mercancías fueron importadas en el territorio incautado mediante un procedimiento aduanero adecuado por parte de los responsables del delito”. Así también en sentido amplio BGHSt 39, 133, 137.

⁵ Así referencialmente ROXIN/GRECO (2020), § 16, n.m. 90. En casos muy puntuales, por ejemplo, para proteger los “puestos de trabajo”, GRECO (2022), p. 82.; SEELMANN (1978), pp. 16 y ss.

⁶ Sin embargo, en el famoso caso “Flaschenverschluss” el BGH 28, 1975: considera que el criterio del mantenimiento de la producción y de la conservación de los puestos de trabajo no puede justificar que se ponga en juego la salud de los habitantes del lugar. Similarmente TIEDEMANN (1980), pp. 58 y ss.

fraudulenta (el criterio de conexión entre bien dañado y bien salvado) durante un período de crisis económica nacional.

En segundo lugar, en la tradición anglosajona, el estado de necesidad justificante se fue desarrollando de acuerdo con su derecho consuetudinario, como sucedió históricamente en casi todas sus instituciones jurídicas. Entre algunos de estos, los tribunales ingleses reconocieron que la destrucción o el despilfarro de bienes estarían justificados para salvar vidas humanas y otros valores primordiales⁷.

En resumen: en el panorama actual, la doctrina mayoritaria considera que se puede hablar de estado de necesidad económico, en el sentido de la justificación de una conducta típica de un delito económico cuando es ejecutada durante situaciones extraordinarias de necesidad (por ejemplo, contextos espacio-temporales de graves catástrofes y situaciones de emergencia)⁸.

1. Planteamiento del problema

Como se expuso en la introducción, las soluciones jurídicas dadas a las constelaciones de casos de estados de necesidad económico, efectivamente, conservan una aparente adecuación formal del sistema de justificación. Sin embargo, el problema de fondo es que, en una dimensión axiológico-material estas soluciones no funcionan con criterios materiales de aplicación práctica. Las soluciones materiales en la justificación, más bien, son aquellas que vinculan esencialmente una redistribución de los peligros para los bienes jurídicos en la propia esfera de las partes en conflicto, de acuerdo con exigencias de justicia.

Sin embargo, este problema se pone de manifiesto en la medida que la doctrina mayoritaria, así como la escasa jurisprudencia de este instituto, se limita a trasladar del contenido valorativo de ciertos principios legitimadores-materiales del estado de necesidad justificante (*principio del interés superior preponderante* y *principio de primacía institucional*) del Derecho penal nuclear hacia el complejo ámbito del Derecho penal económico⁹. Por lo que, para ir adelantando algunas ideas que reorganizan la exposición que se lee a continuación, cabe señalar dos intentos propuestos en la doctrina al respecto.

En primer orden, un sector de la doctrina otorga preferentemente la idoneidad de las vías institucionales estatales -expresión de la subsidiariedad estatal- para todos los casos de estado de necesidad justificante, por igual y sin atender al caso en concreto. De esta, manera, cualquier

⁷ FLETCHER (2000), p. 788.

⁸ SCHÖNKE/SCHRÖDER/PERRON (2006), § 34, n.m. 35: “La invocación del § 34 del StGB y el §16 OWiG debe limitarse esencialmente a los casos de emergencia y de catástrofe no previstos por el legislador. TIEDEMANN (2017), § 6, n.m., 369-370: sin embargo, los peligros deben ser aceptados por el infractor si han sido tenidos en cuenta por el legislador y, por tanto, los intereses sociales colectivos estatales deben considerarse más dignos de protección”

⁹ La interpretación en este punto ERB (2020), § 34, n.m. 250.; TIEDEMANN (2017), § 6, n.m., 369; SPÄTH, (2016), pp. 152 y ss.

conducta del titular de la esfera en peligro termina siendo denegada su valoración como una conducta justificada¹⁰, sin analizar la naturaleza del conflicto. Esto genera graves consecuencias prácticas para la consolidación de los bienes y derechos de las partes en conflicto.

En segundo lugar, este problema de interpretación del estado de necesidad agresivo justificante tampoco se soluciona -similar a TIEDEMANN- en intentar reconstruir una condición especial del sujeto en necesidad¹¹. Pues, en este último caso, no habría dudas de que solo una persona individual -un agente económico, miembro de órgano de administración, directivo- y, sólo ésta, puede actuar justificadamente para superar un peligro inminente que afecta la persona jurídica, y, en ningún caso, esta última¹².

En consecuencia, el problema central consiste en la práctica del estado de necesidad económico, que llega a un tipo de soluciones alejadas de criterios de justicia material. Esta práctica ha sido asimilada por la doctrina mayoritaria, y está determinada por la falta de una comprensión axiológico-material del conflicto de bienes y derechos, que se da en aquellos casos de estado de necesidad económico. En efecto, bien visto, este paso de reconstrucción no es sencillo.

A mi modo de ver, para realizar en ese sentido una reconstrucción teórico-práctica de este instituto, debemos utilizar en conjunto las categorías dogmáticas del Derecho penal y también las del Derecho penal económico. Asimismo, la legislación vigente de referencia que en adelante se utiliza será la legislación española y la legislación alemana. Con este primer paso, ya se podrá preparar el siguiente, que consiste en formalizar en un pequeño modelo de interpretación un conjunto de reglas materiales del proceso de justificación del estado de necesidad económico.

Las líneas siguientes intentan ofrecer un modelo teórico-práctico de respuesta a este problema expuesto. El método práctico que se propone es el siguiente, en primer lugar, 2) se hace un repaso de los modelos los modelos tradicionales del estado de necesidad agresivo justificante. Y se asume una postura crítica al respecto. El siguiente paso consiste en reconstruir las características del estado de necesidad justificante económico 3) ahora, según dos variables: los bienes jurídicos supraindividuales del Derecho penal económico y las modalidades de peligro para estos bienes jurídicos. Finalmente, se exponen las conclusiones al presente trabajo.

2. Breve repaso de la literatura jurídica del estado de necesidad económico

¹⁰ Cf. SPÄTH (2016), p. 117; ROBLES PLANAS (2016), pp. 714 y ss.; DANN (2011), p. 128; LENCKNER (1987), pp. 95 y ss.

¹¹ Cf. TIEDEMANN (2017), § 3, n.m. 175-176.

¹² En el presente trabajo no se acogen los postulados de las tesis constructivistas de la responsabilidad de la persona jurídica presentadas, por ejemplo, en BAJO FERNÁNDEZ/ FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ JARA DÍEZ (2016), pp. 65-69.

2.1. Generalidades

A falta de un pormenorizado desarrollo doctrinal específico del estado de necesidad económico, se revisan enseguida los modelos tradicionales de la justificación. Para una mejor comprensión de las discusiones científicas de la justificación, especialmente del estado de necesidad agresivo justificante, es necesario señalar previamente que, en el debate actual de este instituto, no hay una sola teoría que explique satisfactoriamente todos los casos de justificación de situaciones necesidad y, que, mucho menos, haya recibido el completo respaldo de la doctrina¹³.

Por una parte, (2) se hace un repaso crítico del modelo teórico del “Interés superior preponderante” y de los problemas que conlleva asumirlo como base teórica del “estado de necesidad justificante económico”. En segundo lugar, se expone (3) también desde una visión crítica cómo el modelo teórico basado en el “principio de autonomía” y “principio de solidaridad” tampoco puede funcionar para definir del “estado de necesidad justificante económico”. Finalmente, se propone un balance preliminar (4) de las consideraciones generales que el supuesto prototípico de necesidad económica debería mínimamente comprender.

2.2. El modelo teórico de la justificación según el “Interés superior preponderante”

La “teoría del interés superior preponderante”, en una explicación elemental, entiende que el fundamento del estado de necesidad agresivo justificante según las directrices rectoras del “Principio del interés preponderante” (*Prinzip des überwiegenden Interesses*¹⁴). Según este principio, una conducta está justificada cuando el necesitado en una situación de conflicto para sus bienes e intereses jurídicos opte por salvaguardar los intereses preponderantemente mayores a los intereses que lesiona de acuerdo con la “utilidad social” de estos¹⁵.

Este modelo es el resultado del capitalismo industrial de la época¹⁶. La utilidad social, en ese sentido, se entiende de -manera incorrecta- como la suma de todos los intereses individuales de las personas¹⁷ del conflicto, y, de ese modo, es que funciona como una especie de criterio que garantiza la racionalidad de una conducta justificada y de acuerdo con el Derecho.

¹³ Sigue siendo un campo polémico su discusión JAKOBS (1991), § 13, n.m.1. Por otra parte, el estado de necesidad justificante ha sido teorizado como un campo de irregularidad; en sus modelos de fundamentación es donde con mayor claridad se observa la constante resistencia entre los modelos utilitaristas y modelos deontologicistas. *Vid.* ROXIN/GRECO (2020), § 32 n.m. 59; PAWLIK (2002), pp. 9 y ss.; PERDOMO TORRES (2011), p. 11.

¹⁴ *Vid.* LENCKNER (1965), pp. 120 y ss., p. 123: “El principio de interés superior tiene su origen en la naturaleza de las cosas en conflicto. Si sólo se puede proteger uno u otro de varios intereses legítimos, la ley elegirá el que parezca más elevado y digno de protección”.

¹⁵ Esta teoría vendría a constituir una mala interpretación y una desviación holista de la teoría de necesidad de HEGEL “vida” contra “la propiedad”, pero que no es excluyente de otros bienes jurídicos. Similarmente PAWLIK (2002), p.151: “en otros casos la intención moral debe tener un contenido mayor”.

¹⁶ Así, SILVA (2022), p. 71.

¹⁷ La posición estrictamente utilitarista. *Vid.* BENTHAM (1781), C. I, IV: “la imagen de una sociedad como un cuerpo donde las personas individuales aparecen como sus miembros”.

La crítica principal contra este modelo teórico es que parte de un reduccionismo conceptual de la utilidad social. La utilidad social no se debe reconstruir en el caso concreto sólo con criterios formales en la esfera de los sujetos presentes en una situación de necesidad, sino que además en función del bien común, bien de la comunidad y la racionalidad misma del Derecho. En ese sentido, el criterio de utilidad social orientador de la justificación de una conducta renuncia a otros valores materiales que se derivan del “*principio de autonomía individual*”¹⁸. De allí que con bastante frecuencia se entienda que las soluciones prácticas que muchas veces esta teoría ofrece -sobre todo a los casos de conflicto entre bienes jurídicos personalísimos-, conciben al hombre como instrumento y no como fin en sí mismo. En términos democráticos, como un instrumento más de las políticas sociales como sucede en los críticos modelos consecuencialistas-utilitaristas¹⁹.

Ahora bien, en los casos de necesidad y peligro inminente para un agente económico respecto de su patrimonio presente o expectatio (por ejemplo, el patrimonio de la empresa y los créditos con terceros), no podría negarse que sí deben tomarse con una especial consideración estos junto a aquellos intereses sociales que permiten el funcionamiento del sistema económico²⁰. Es más, en Derecho no podría hablarse de los intereses económicos en peligro de una empresa, sin hablar también de su importancia especial para la utilidad social en una visión omnicompreensiva.

Como argumento a favor de esta opinión, pensemos, por ejemplo, en un delito tributario cometido por el gerente de una empresa textil para salvaguardar el patrimonio de esta, la cual se encuentra afectada gravemente por una crisis económica global y que está a punto de desaparecer en muy poco tiempo. Todas las formas de financiamiento lícitas han sido agotadas: públicas y privadas. En este caso, la ponderación de intereses para hallar el fundamento del mal menor o mayor y abogar por una posible justificación, es una discusión que se hace en un complejo plano de valoración social. Por decirlo de alguna manera, el necesitado deberá explicar -¡por supuesto! con medios probatorios- por qué la continuidad de las actividades de la empresa y su patrimonio, significan un mayor nivel de beneficios sociales que el propio “funcionamiento del sistema estatal de recaudación de tributos”. Y todavía más difícil: el agente económico tendrá que probar que las vías institucionales pensadas para la salvación concursal de empresas -en casos como este- no son prácticamente funcionales para otorgar una solución arreglada a ley.

Por lo tanto, de acuerdo con este primer modelo del interés preponderante; en una situación de necesidad económica la solución problemática será que la salvaguarda de los intereses sociales

¹⁸ En ese sentido PAWLIK (2014), p. 32.

¹⁹ En un modelo crítico con un Principio de ponderación de intereses sociales en perjuicio de las esferas de autonomía y libertad PAWLIK (2014), p. 29; Así HRUSCHKA (1988), p. 113. En este punto crítico de lo exigido por el principio de interés superior en cuanto el sacrificio de la vida de un ciudadano necesario para salvar la vida amenazada de una persona más joven. Así insignificante un saldo de compensación social para justificar determinados casos “que el trasplante de hígado de una persona anciana en beneficio de una persona joven cuya vida se considera más valiosa”.

²⁰ Vid. TIEDEMANN (2017), §1, n.m.84-85: “(...) el Derecho penal económico parte de aspectos supraindividuales de planificación económica y social”.

institucionales de titularidad del Estado siempre tendrá una mayor utilidad social que cualquiera de la variedad de intereses privados del agente económico que intenta salvaguardar. Este problema se deriva de la concepción misma de la justificación que tiene ese modelo, pues, como se ve, no entran en el juicio de ponderación otros criterios materiales igual o más importantes que los de la utilidad social. Esto entendido de esta manera resulta absolutamente contraintuitivo.

La reformulación que se necesita consiste, por tanto, en operar con un criterio de valoración de utilidad social de los bienes supraindividuales en conflicto que sea normativamente moderado²¹. En especial, con un criterio que además se combine con los criterios materiales que se derivan de la particular situación de necesidad económica.

2.3. El modelo teórico de la justificación según los “principios de autonomía y solidaridad”

El modelo teórico que fundamentan el instituto Estado de necesidad agresivo justificante según el “principio de solidaridad” y del “principio de autonomía”, concentra su fundamento principal en la posición jurídica o esfera de derechos de la persona que es afectada por la lesión o interferencia de sus bienes y derechos (el sujeto afectado), y, en menor medida respecto de la posición del sujeto necesitado. El fundamento material de este sistema de justificación de necesidad, en tal sentido, se basa en una reconstrucción teórica de tipo axiológico-material de la idea de autodeterminación de la persona titular de derechos y deberes y del principio de solidaridad de las personas en la situación de conflicto. Así, este instituto se interpreta como propio de un Derecho Penal funcional de un Estado Social-Democrático de Derecho, dejando atrás los críticos modelos políticos del Derecho penal individualista-liberal²².

En este modelo de la justificación hay dos variantes difundidas, las cuales parten de distintas -aunque no muy alejadas- comprensiones racionales de estos principios. En la primera visión, la interferencia de una persona en necesidad -en peligro- en la esfera de titularidad de un tercero ajeno al conflicto se encuentre justificada; es una cuestión sólo excepcional. Y, esta obedece al contenido material del “principio de autonomía individual”, según el cual, la regla general, es que cada persona individual deba asumir sus propios riesgos. Y, dado que se está en una sociedad, ese vínculo de coexistencia comprenda también los casos en que una persona no sea capaz de superar por sí misma ciertos riesgos muy graves que le ponen en peligro bienes jurídicos, tiene un derecho de necesidad (*Notrecht*) a interferir a los bienes de un tercero para superar esta situación²³.

La justificación es así una especie de afirmación de esta autonomía del necesitado que es posible gracias a un deber de tolerancia (*Duldungspflicht*) del tercero que pone a disposición sus bienes jurídicos. De esta manera, el tercero afectado hace posible que el necesitado supere

²¹ Similarmente BALDÓ (2015), p. 123.

²² Similarmente NEUMANN (2006), § 34, n.m. 7.

²³ *Vid.* ROXIN/GRECO (2020), § 16, n.m. 90. Este autor se refiere en estos casos a la “cláusula de materialidad”; es necesario que haya una necesidad inequívoca para el necesitado; WILENMANN (2014), pp. 118 y ss.

el peligro para sus bienes y continúen ambos con un libre proceso de desarrollo de su autonomía en una sociedad.

Por otra parte, la segunda variante de este modelo de la justificación es la “visión institucional” de la solidaridad de PAWLIK²⁴. En breves palabras, este modelo de fundamentación comprende un deber de tolerancia del tercero afectado por la interferencia del necesitado, basado en fundamentos de filosofía política y moral. El énfasis sigue siendo hacia la esfera de libertad del tercero afectado, un tercero ajeno al peligro que atraviesa el necesitado. Esta vez, su deber de tolerancia se fundamenta en una estructura de reciprocidad social. Según esta, el tercero afectado por una situación de necesidad desde los inicios de su propia existencia ha recibido del Estado espacios garantizados de seguridad para ejercitar su libertad. En efecto, este deber de tolerancia que permite salir del peligro al sujeto necesitado no lo es en favor de este último, sino a favor del propio Estado, de la sociedad de la que previamente se ha beneficiado.

Por ello, en este modelo de la justificación basado en la idea de solidaridad institucional el sujeto necesitado es alguien que representa a la generalidad. Y, el tercero afectado, toma el lugar de “cuasi funcionario estatal”. El fundamento de este derecho de necesidad y de su correspondiente deber de tolerancia, entendido así, lo explican en el fondo los valores axiológicos del “*principio de solidaridad*”²⁵. Naturalmente, este deber “cuasi institucional de tolerancia” tiene un límite comprendido por las acciones del necesitado que pongan en peligro relevante sus bienes personalísimos (vida, libertad, integridad personal, salud)²⁶, pues, sobre estos bienes, ningún hombre tiene deberes de tolerancia. A là KANT: no es posible justificar una conducta que suponga tratar a un hombre como medio para salvaguardar otros bienes jurídicos personalísimos de otro, pues, “el hombre es un fin en sí mismo”²⁷.

El problema de este modelo es que su fundamento preconice un Estado de Derecho que comprende vínculos de reciprocidad comunitaria entre sus miembros de tipo formalista. En el caso concreto, sin embargo, carece de criterios materiales para reconstruir el deber de tolerancia hacia un sujeto necesitado. La idea de solidaridad aquí expuesta es de naturaleza individualista. Esta deriva de *caritas* conformadora de la idea cristiana de “prójimo” necesitado²⁸. Pero no de las exigencias de justicia material que se rigen bajo el criterio de *ius suum cuique tribuens* es decir, de dar -distribuir- a cada uno su derecho.

Finalmente, a mi juicio, este modelo está pensado para justificar interferencias frente a peligros existenciales de un sujeto necesitado que carece de bienes vitales, como el clásico caso del hurto en hambruna. Es decir, pensado para delitos de resultado lesivo, pero no para delitos

²⁴ En este modelo de fundamentación PAWLIK (2002), pp. 179 y ss.

²⁵ Próximo JAKOBS (2014), pp. 67 y ss.; SEELMANN (2013), pp. 35-36.

²⁶ Similarmente SILVA, (2005), pp. 1014 y ss.

²⁷ En el mismo sentido KANT (1785), p. 75: “handle so, daß du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest”

²⁸ Próximamente con respecto a una ayuda al prójimo en situaciones de peligro graves D’AGOSTINO (2007), p.11.

propios del Derecho penal económico: los delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto.

Por lo que analizado de esta forma, este modelo es materialmente incompatible con las situaciones de necesidad de pérdidas graves patrimoniales, o, de forma específica con las situaciones de necesidad que aquí nos ocupan: las situaciones de necesidad económica compleja que abarcan derechos patrimoniales y hasta derechos expectaticios²⁹. Esta desconexión dogmática entre este modelo y los casos de necesidad económica puede entenderse en el proceso mismo de ponderación de riesgos para ambas partes, pues, en el estado de necesidad económico, se trata de ponderar riesgos para bienes supraindividuales³⁰. Aquí la esfera de sujeto necesitado y sujeto deben reconstruirse en función de criterios materiales en cada caso en concreto, como el peligro hacia la libertad económica del sujeto necesitado, el adecuado funcionamiento del sistema económico³¹, por ejemplo.

En conclusión, el modelo de solidaridad en las dos visiones expuestas es incompatible con el fundamento de la acción del necesitado, que en este caso se trata de una conducta típica del agente económico. Como se ha expuesto, en el caso de la necesidad económica, la situación de necesidad del empresario tiene que ver con derechos patrimoniales suyos, o, de terceros, inscritos en el sistema económico de naturaleza supraindividual. Por lo tanto, el esquema teórico del “principio de solidaridad” de base individual/personalista tampoco puede ofrecer una mejor adecuación sistemática al complejo mundo de los casos de necesidad económica.

2.4. A modo de balance preliminar: los tres problemas de los modelos tradicionales

De acuerdo con lo expuesto, podría señalarse que el actual problema central de fundamentación de la justificación del instituto del estado de necesidad agresivo justificante es explicar adecuadamente las razones jurídico-materiales al tercero afectado y ajeno al peligro y el por qué tiene un deber de tolerancia respecto de la interferencia en sus derechos por parte de una persona necesitada. Este problema, no obstante, es más profundo, pues tiene que ver con la falta de reglas materiales para establecer en primer lugar si existe un conflicto que legitime ponderar bienes, intereses, o riesgos entre dos esferas de titularidad individual o colectiva. BINDING, en su día, ya habría señalado una especial crítica del instituto estado de necesidad en términos un poco similares, pues, entendía que los problemas que le aquejan son: la indeterminación, la falta de criterios y reglas de solución a estos conflictos³².

En las constelaciones de casos de situaciones de necesidad económica estos problemas se agudizan todavía más. Por un lado, no existe un sistema de reglas que explique con claridad

²⁹ No solo derechos patrimoniales, sino expectativas, como, por ejemplo, los derechos de crédito. Similarmente en ROBLES (2016), p. 711.

³⁰ Llega a la misma conclusión cuando se plantea que los Principio de autonomía y de solidaridad deberían reformularse para los conflictos de necesidad entre bienes jurídicos supraindividuales, *vid.* BALDÓ (2015), pp. 131-132.

³¹ *Vid.* TIEDEMANN (2017), § 1, n.m. 84-85.

³² En ese sentido BINDING (1991), § 151, p. 755.

cómo funciona un supuesto prototípico de estado de necesidad justificante económico, tomando como referencia el artículo 20. 5º CPE [§ 34 StGB] en medio de una realidad económica³³. En segundo lugar, como formaliza el Derecho penal lo que es términos jurídicos la realidad económica. No puede evitarse que en este especial “contexto” es donde se encuentra también un referente fáctico el fundamento material de la justificación de las situaciones de necesidad económica. En esta se da una compleja de práctica intersubjetiva de derechos de diferente naturaleza: derechos patrimoniales presentes, expectativas entre diferentes esferas de titularidad: agentes económicos y personas jurídicas, colectividad, sociedad conformada políticamente. En definitiva, intereses sociales y económicos de diferente titularidad que son dignos de protección penal³⁴.

Por otra parte, un tercer problema es que las situaciones de necesidad económica describen conflictos que tienen lugar entre peligros, riesgos respecto de bienes jurídicos de una particular naturaleza: “bienes jurídicos supraindividuales”, “bienes jurídicos colectivos”. La siguiente pregunta es pertinente: ¿estos conflictos surgen en un nivel determinado de la funcionalidad de estos bienes jurídicos para sus titulares?³⁵

Si vamos a un ejemplo, podríamos tal vez tener alguna idea bastante más clara: “un gerente “X” de una empresa manufacturera “Y” en medio de una grave crisis económica para el patrimonio de su empresa y luego de negársele el monto de financiamiento - estatal, privado y salvataje- esperado a tiempo, lleva a cabo una conducta típica de un delito ambiental (por ejemplo, incumpliendo con utilizar determinadas instalaciones costosas de mitigación de partículas contaminantes). Con esto, salva el patrimonio de la empresa, su producción y cumplir sus contratos con terceros (salvando así el patrimonio en crisis de la empresa)”.

En este caso, se aprecia que el conflicto entre estos bienes jurídicos no significa una forma de lesión material o puesta en peligro del patrimonio de la empresa y del medio ambiente en sí mismos considerados. Sino que, en especial, se trata de una afectación o impacto -de peligro- a un determinado fragmento de la funcionalidad de estos bienes jurídicos para el agente económico, y, para la colectividad.

En resumen, una teoría del instituto del estado de necesidad agresivo justificante compatible con las situaciones de necesidad económica necesita de un primer paso que consiste en intentar una previa formalización de las principales características de la “realidad económica” donde surgen los casos de necesidad del “empresario”. En el Derecho penal contamos con categorías dogmáticas funcionalmente adecuadas para estos fines: i) el criterio de la competencia, ii) los bienes jurídicos supraindividuales y iii) las fórmulas de los delitos de peligro. A continuación, se hace una breve exposición de estas cuestiones.

³³ Las exigencias normativas que plantea una realidad económica, en una visión paralela, pero no exactamente la misma SALVENMOSER/SCHREIER (2012), n.m. 44.

³⁴ En una posición similar TIEDEMANN (2017), § 1, n.m. 84.

³⁵ Similarmente KINDHÄUSER (1989), p. 144: “la funcionalidad para la satisfacción de los intereses de sus titulares o beneficiarios determina la valía de los bienes jurídicos protegidos”.

3. Un posible modelo teórico del estado de necesidad económico justificante según criterios dogmáticos

3.1. Planteamiento

Las constelaciones de casos más frecuentes de situaciones de necesidad económica conocidas por la doctrina y la jurisprudencia tienen cada una sus propias peculiaridades³⁶. La tarea del presente apartado es, en efecto, la de sistematizar racionalmente una fracción del común de estos casos en base a categorías dogmáticas. Este ejercicio sigue en general los valores derivados del “*principio de unidad del ordenamiento jurídico*”³⁷ como axioma orientador de las causas de justificación.

En el primer punto se hace una breve revisión de los presupuestos negativos de un supuesto de necesidad económica (2). En segundo lugar, nos remitimos a exponer (3) brevemente la naturaleza de los bienes jurídicos que entran en conflicto en estas situaciones. Por otra parte, (4) se analizan en particular las formas de menoscabo -peligro- que esta clase de bienes jurídicos tienen en este tipo de supuestos. Finalmente, se realiza un segundo balance preliminar (5).

3.2. Los presupuestos negativos

En la no muy variada y pequeña casuística de la necesidad económica justificante anteriormente referida se han considerado probablemente los mismos aspectos para la concesión de los efectos justificantes a la conducta del agente económico. Principalmente, se dan dos aspectos: por un lado, i) la inexistencia de procedimientos regulares institucionales, y, por otro, en i) la no competencia (falta de injerencia previa) del sujeto necesitado en su propia situación de necesidad. De ese modo, si no se cumplen estos “presupuestos negativos” la consecuencia es la denegación de la justificación de la conducta típica del agente económico.

a.) Los procedimientos/vías institucionales para que un ciudadano supere una situación de necesidad son el primer presupuesto negativo de todo estado de necesidad justificante de la actualidad. Esto se explica de la siguiente manera. Para que esté justificada una conducta, no deben existir de forma disponible procedimientos regulares estatales a favor del necesitado para que supere una situación de necesidad. Tales vías institucionales se encuentran en función del acuerdo social de las mayorías y vienen a ser realmente una expresión del principio democrático y de la subsidiariedad estatal³⁸. De esta manera es que gozan de primacía frente a otras alternativas³⁹. Sólo excepcionalmente cuando el aparato estatal, o, mejor dicho, los

³⁶ Así SPÄTH (2016), pp. 111-112.

³⁷ *Vid.* JAKOBS (1991), § 11, n.m. 4; ROXIN/GRECO (2020), § 12, n.m. 31; FREUND/ROSTALSKI (2019), § 3, n.m. 42.

³⁸ Similarmente, COCA (2022), p. 565.

³⁹ Los procedimientos regulares en la justificación de la necesidad y su existencia como alternativa posible a favor necesitado PAWLIK (2012), p. 357; PAWLIK, (2002), pp. 182 y ss.; JAKOBS (1991), § 13, n.m. 21.; ENGLÄNDER (2013), § 34, n.m. 35.; NEUMANN (2006), § 34, n.m. 119.

procedimientos institucionales no lleguen a garantizar precisamente este proceso social en toda su extensión, ya sea, en determinados momentos, por cuestiones de circunstancias sobrevenidas⁴⁰, es que los ciudadanos se encuentran “autorizados” a una protección fáctica -privada- de sus derechos y libertades.

La fórmula queda así: las vías institucionales regulares son *lex specialis* y las otras alternativas de solución fácticas son *lex generalis* para superar las situaciones de necesidad. Sin embargo, bien visto, todo este modelo de fundamentación es producto de una determinada comprensión de las vías institucionales, la cual deriva de un previo modelo filosófico-político de Estado democrático y liberal de Derecho. Según este último, la sociedad constituida políticamente en el Estado sería el primer encargado de ofrecer las vías institucionales -procedimiento democrático- de solución a las situaciones de necesidad y peligro para los ciudadanos: esto se observa en la legítima defensa y en el estado de necesidad agresivo justificante. En tal concepción, los ciudadanos -los privados enténdase- no pueden dejar de recurrir o agotar en primer lugar estas, porque de lo contrario se estarían apartando de la voluntad democrática que ha dispuesto las vías institucionales.

En definitiva, esta comprensión filosófico-político es con certeza la actualmente dominante en el instituto estado de necesidad agresivo justificante, y, con mucha mayor razón lo es en su especie particular, al que hemos llamado estado de necesidad económico. Por lo tanto, el presupuesto constitutivo negativo es la inexistencia de vías institucionales “idóneas” para la superación de los peligros y amenazas del necesitado.

Situación diferente es cuando estos procedimientos institucionales estén diseñados defectuosamente para el particular caso de estado de necesidad. En tales casos habría que ponderar e invertir la jerarquía de la especialidad de las alternativas para superar una situación de necesidad: *lex generalis* y *lex specialis*⁴¹. Por ejemplo, en situaciones de peligro de crisis económica completamente nuevas y desconocidas no previstas por el legislador. En estos últimos casos, por ejemplo, las vías institucionales pasan a ser desde este punto de vista *lex generalis*. Por su parte, superar el peligro que toma el particular afectando la esfera de titularidad de terceros pasa a ser *lex specialis*.

Las vías institucionales, también llamados procedimientos institucionalizados como *lex generalis* más típicas en una crisis empresarial son los procedimientos concursales de las empresas. En la legislación español están previstos en el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Concursal aprobado por Real Decreto 1/2020 de 5 de mayo (en adelante, **TRLPC**)⁴². Por su parte, una conducta de peligro abstracto de bienes jurídicos de titularidad

⁴⁰ Similarmente PAWLIK (2002), p. 184: “El estado de necesidad justificante sirve para cerrar “voluntariamente” las brechas que resultan de la ausencia ocasional y fortuita de los representantes del Estado organizado”.

⁴¹ El principio “*Lex specialis derogat legi generali*” se encuentra en el Título XVII del Libro 50 del *Digesto* Quaestio XXXIII: “en todo el derecho el género se deroga por la especie, y se tiene por más poderoso lo que se dirige a la especie”.

⁴² Similarmente GILO (2021), p. 131.

colectiva *lex specialis* es la única forma de superar un peligro grave e inminente para superar el estado de necesidad.

El límite material de esta comprensión tiene dos partes. En primer lugar, que no podría optarse por una conducta de superación de la necesidad económica que en ejecutada como peligrosa en abstracto posteriormente sus efectos supongan la afectación de peligro concreta a la esfera de interferencia, que en este caso es de titularidad colectiva. En segundo lugar, que la puesta en peligro abstracto por el agente económico se justifique excepcionalmente frente a los titulares determinados de bien jurídico colectivo, pero que, al mismo tiempo, suponga la puesta en peligro concreto o abstracto de un tercero diferente a la esfera de los afectados por la interferencia.

b) Otro presupuesto negativo de la justificación de los casos de necesidad económica es la competencia del agente económico de esa precisa situación de necesidad económica que atraviesa. Este presupuesto es el equivalente a lo que tradicionalmente se llama “falta de provocación” de la situación de necesidad. Normalmente, la jurisprudencia continental no realiza un estricto examen de valoración de las conductas previas del agente económico en relación con la crisis que lo sumerge en un peligro inminente (concreto) para los bienes jurídicos suyos, o, de la empresa de quien actúa en su nombre.

En la doctrina actualmente dominante se distinguen dos grupos de posiciones al respecto. Por un lado, un sector que afirma la falta de competencia como esencial para gozar de la justificación de su conducta. Según esta, la falta de competencia del necesitado en su propia situación general de necesidad es una condición suficiente para la justificación. Por ende, con ello se fundamenta la no injerencia previa del necesitado en materia de justificación como parte de un sistema de incumbencias en el proceso de imputación⁴³.

Sin embargo, en este trabajo no se comparte este último derivado teórico. Pues, esta forma se trata de una imputación jurídico-penal *ad infinitum* sin ningún control racional. La propuesta de sistematizar en el terreno penal a un conjunto de incumbencias como deberes previos y condicionantes a la infracción de los deberes jurídico-penales sin límites materiales, significa entender críticamente que la imputación a una persona es un proceso sin control racional. Es decir, no se sabe hasta qué día y en qué fecha del pasado del sujeto imputable se encuentran sus conductas previas que van a ser valoradas en el campo del Derecho penal.

Por otro lado, un sector de la doctrina entiende que la “provocación” de la situación de necesidad por parte del sujeto necesitado no debe excluir de plano la justificación. En ciertos casos, puede suceder que el sujeto necesitado haya creado configurado causalmente su propia situación e igualmente tendría un derecho necesidad a interferir en la esfera de un tercero ajeno

⁴³ El autor que solicita una justificación de necesidad tendría que haber cumplido previamente con dos incumbencias. Así en el sistema de imputación se prevé un subsistema de incumbencias en PAWLIK (2012), pp. 302 y ss.: la incumbencia de evitar el error y ii) la incumbencia de motivarse para ajustar la conducta conforme a la norma.

al conflicto⁴⁴. En favor de esta postura que en parte se adecúa de modo más coherente a los peligros que enfrenta el agente en situaciones de necesidad económica, se debe reconocer que la misma supone un análisis más estricto sobre las conductas previas del sujeto necesitado. Este análisis intenta hallar un límite interno en las características nomológicas de la conducta del sujeto necesitado. Y, según entiendo, si se sigue esa postura habría que sostener que se excluyen de la justificación aquellos peligros creados de manera dolosa y deliberadamente por el agente económico.

Esta interpretación de este requisito del estado de necesidad agresivo justificante también es confirmada por dos razones básicas de teoría del derecho. Por un lado, es un principio general del Derecho que “a nadie le está permitido crear su propia eximente o defensa y luego beneficiarse de esta”. Por otro, dado que el derecho de necesidad es un derecho excepcional de necesidad, no sería sistemáticamente coherente que se trate de invocar este para afectar a un tercero ajeno al peligro en aquellos casos en que este derecho se haya sido preconstituido o conformado en un proceso irregular y fuera del campo de legitimidad que protege el ordenamiento jurídico. En la legislación española, en este sentido, parece haberse recogido de modo general estos principios. El tenor legal el art. 20.5 CPE solamente excluye las formas intencionales de provocar la necesidad. Por lo que, si el sujeto necesitado ha configurado en error o como instrumento de un autor mediato, de manera imprudente, y excepcionalmente con dolo eventual su situación de peligro no podrá excluirse de plano su justificación.

En conclusión, de acuerdo con lo expuesto, para que pueda considerarse justificada una conducta típica del agente económico, el primer requisito es que este no debe haber tenido una competencia⁴⁵ directa o indirectamente (a través de terceros) dolosa o deliberada en su propia situación de crisis económica. El segundo, es la no disponibilidad en la esfera del agente económico de vías institucionales idóneas para superar la situación grave de necesidad económica. O que, habiéndolas, éstas no sean defectuosas e insuficientes para superar peligros no calculados y pensados por el legislador.

3.3. Presupuestos positivos 1: La situación de conflicto entre bienes jurídicos supraindividuales y su funcionalidad para sus titulares

En la doctrina del instituto del estado de necesidad agresivo justificante se analiza como un presupuesto básico la constatación de una situación de conflicto de necesidad y los bienes jurídicos presentes en esta.

JAKOBS señala que todos los bienes jurídicos que pueden defenderse en legítima defensa son susceptibles de salvar en estado de necesidad⁴⁶. En favor de esta postura, hay que subrayar la coherencia sistemático-formal que entre ambos institutos de la justificación. Sin embargo, también habría que identificar si esta regla formal de equivalencia tiene también sus

⁴⁴ En sentido similar JAKOBS (1991), § 13, n.m. 14.

⁴⁵ Este aspecto si ha sido tomado en cuenta por el legislador español. Se recoge en “segundo requisito negativo” del artículo 20.5 CPE: “Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto”.

⁴⁶ JAKOBS (1991), §13, n.m. 9.

excepciones y límites materiales en los casos de estado de necesidad económico. Para comenzar la estructura del conflicto es diferente. Mientras que en la legítima defensa el Derecho penal resuelve un conflicto en abstracto entre un injusto (mal) y una conducta conforme a derecho (bien) a favor de esta última, en el estado de necesidad agresivo justificante el Derecho penal resuelve un conflicto entre dos conductas conformes a Derecho: la del necesitado (bien) y la del afectado por la interferencia (bien), a favor del primero⁴⁷.

En el llamado estado de necesidad económico el paso necesario en consecuencia es identificar frente a qué clase de bienes jurídicos estamos. A continuación, se revisan dos casos de la jurisprudencia alemana para poder extraer de allí algunas consideraciones. El primer caso es de los “*Milchviehhaltern*” (productores de leche) en el que el Tribunal Superior Regional de Düsseldorf (OLG Düsseldorf 9.9.2009)⁴⁸ resolvió: “*Una concertación de precios ilegal - el bloque de suministro de leche conjunto- ejecutada por unos productores de leche para salvar la existencia de sus actividades económicas y, para hacer cumplir -una demanda económica-, que las centrales lecheras paguen a un mayor precio a sus productos, sigue siendo una restricción injusta -y por tanto anticompetitiva- de la competencia para las centrales lecheras. Esto se debe a que la “Ley de Cárteles” no permite la autoayuda, sino que remite a la parte perjudicada a recurrir previamente a los tribunales o a las autoridades del cártel*” (énfasis añadido).

El segundo caso es el del “*Bankkaufmann*” (banquero). En este caso el Tribunal Supremo Alemán (BGH 1.8. 2000)⁴⁹ resolvió” que: “*la conducta del empleado banquero de la agencia financiera Sparkasse de asesorar a unos clientes y ayudarlos con el fin de evitar una quiebra a que realicen transferencias de dinero hacia el extranjero (Suiza y Luxemburgo) de manera anómica que se hizo una costumbre, evitándose así el pago de impuestos y el control fiscal no era sólo un “delito menor”. Sino más bien, toda una práctica enfocada en facilitar sistemáticamente a los clientes bancarios la elusión de los instrumentos de control fiscal. De ese modo, frustrar el objetivo legislativo y la creación de la igualdad de ejecución en la tributación de las ganancias de capital. Si no se impone una pena en tales casos, la población tendrá la impresión de que el interés jurídico protegido por el §370 AO de garantizar el crédito fiscal estatal, los ingresos fiscales oportunos y completos es algo de menor importancia, lo que perjudica gravemente la confianza de la población en el ámbito del cumplimiento tributario*” (énfasis añadido).

a) En una visión preliminar de estos casos de estado de necesidad económico se puede observar, en primer lugar, que los bienes jurídicos en conflicto son bienes jurídicos supraindividuales y bienes jurídicos colectivos (determinados). El tenor legal que corresponde al § 34 StGB y al 20. 5° CPE, toda vez que no señala nada expreso con respecto a las cualidades de bienes jurídicos que se deben analizar en este tipo de conflictos, estaría comprendiendo también que sea posible un conflicto entre los bienes de titularidad colectiva/supraindividual. Ahora bien,

⁴⁷ Similarmente BINDING (1991), p. 760.

⁴⁸ *Vid.* OLG DÜSSELDORF, *NJOZ*, 2010, 426.

⁴⁹ *Vid.* BGH, 1.8.2020.

acertadamente en este primer aspecto la doctrina llega a interesantes niveles de consenso, en el sentido que no tiene mayores dudas en sostener que el campo del Derecho penal económico se alberga a “bienes jurídicos supraindividuales”⁵⁰.

Desde mi punto de vista, esta idea debe complementarse con otro dato fáctico. Y, este consiste en que en el sistema económico los bienes patrimoniales de la empresa, una persona jurídica, de una pluralidad de personas, son esencialmente importantes. Con lo cual, la presencia de bienes jurídicos colectivos⁵¹ de titularidad determinada forma parte también de la realidad económica.

En segundo lugar, otra cuestión que también es posible identificar en ambos casos de la jurisprudencia alemana es un entendimiento diferente de estos bienes jurídicos y del conflicto mismo. Por un lado, que en el mundo de los bienes jurídicos supraindividuales y bienes jurídicos colectivos que pertenecen al ámbito del Derecho penal económico⁵² se pueden distinguir en función de la titularidad de estos. Por otro, que analizado bien el conflicto de las situaciones de necesidad tiene lugar en una dimensión específica de funcionalidad de estos para sus titulares. Esta es la diferencia formal con el estado de necesidad agresivo justificante clásico (estructurado entre vida y patrimonio) que parte de un conflicto concebido entre bienes jurídicos en sí mismos considerados.

En balance, de estos puntos se obtiene que la justificación de la necesidad económica bajo el instituto de estado de necesidad agresivo justificante parte de una determinada clasificación los bienes jurídicos supraindividuales. Esta clasificación tiene como criterio rector la titularidad de estos y la función que le dan⁵³. Con ello, se garantiza un nivel adecuado de exposición sistemática, pues, la relevancia penal no se enfocará equívocamente en la protección jurídico-penal de los bienes jurídicos por su condición misma -autónoma- de “bienes jurídicos”, sino que lo hace en función de la utilidad que les brindan a sus titulares: las personas⁵⁴.

Un desarrollo del sistema de clasificación en tales términos desviaría el objetivo del presente trabajo. Aquí sólo se señalarán unas breves consideraciones. La primera es que dada la naturaleza institucional de estos bienes jurídicos los *principios de interés general* y de *seguridad pública* nos ayudarán a determinar en cada caso cuál de estos significa una afectación menor que pueda estar justificada. En segundo lugar, entrando a la clasificación que metodológicamente se adecúa al presente es la siguiente. Por una parte, nos encontramos con bienes jurídicos supraindividuales de “titularidad estatal”, que como su nombre mismo lo indica, el Estado es el titular legítimo de controlar la función de estos y orientar su utilidad a la consecución del interés general. Los ejemplos más típicos de bienes jurídicos supraindividuales

⁵⁰ Así TIEDEMANN (1969), p. 80; DANNECKER (1999), p. 19; TIEDEMANN (2017), § 3, n.m. 168-169.

⁵¹ TIEDEMANN (2017), § 6, n.m. 389-390.

⁵² En sentido similar HEFENDEHL (2002), p. 386. Por otro lado, se proponen modelos de interpretación de la teoría de los bienes jurídicos en el Derecho penal económico. TIEDEMANN (2017), § 3, n.m. 168-174. En esta parte, la postura que se acoge en este trabajo es una interpretación teleológica.

⁵³ Así ROXIN/ARZT/TIEDEMANN (2003), pp. 84 y ss.

⁵⁴ Se asume una primera parte de la postura de KINDHÄUSER (1989), p. 144.

estatales son: la seguridad pública, el sistema de la administración tributaria, el sistema de administración de justicia, y, en general, el sistema de las administraciones públicas.

Por otra parte, se encuentran los bienes jurídicos supraindividuales de titularidad colectiva. En estos se distingue: titularidad colectiva difusa y titularidad colectiva determinada. Los primeros son los que pertenecen a un colectivo difuso de la sociedad, es decir, a una comunidad de habitantes. Por ejemplo, se encuentra el medio ambiente, las expectativas de asociaciones de consumidores. Los segundos son aquellos bienes jurídicos que pertenecen a un colectivo de personas determinado e identificado, o, también determinable: el patrimonio de una empresa, el patrimonio concursal, la continuidad de las actividades, los puestos de trabajo.

Por último, también hay una categoría intermedia aquí: son los bienes jurídicos de titularidad colectiva mixta, o, mejor dicho, heterogénea⁵⁵ de titularidad estatal y titularidad colectiva. De acuerdo con la utilidad que los bienes jurídicos supraindividuales ofrecen a sus titulares habrá casos en que esta función sea a favor de titulares estatales y también de miembros de la colectividad⁵⁶. Los ejemplos son: la seguridad del tráfico rodado, el sistema de la fe pública, el orden público, el sistema de libre competencia.

b) El segundo punto importante de la justificación de la necesidad económica consiste en formalizar en categorías jurídicas cuál dimensión de estos bienes jurídicos supraindividuales/colectivos es susceptible de entrar en conflicto en una situación de necesidad. Partiendo de la idea misma de funcionalidad, los bienes jurídicos supraindividuales/colectivos tienen más de una dimensión de utilidad para sus titulares.

En el ámbito de los *bienes jurídicos de titularidad colectiva-difusa*, habrá una i.) dimensión activa que comprende aquellas condiciones de estos bienes que permiten directamente las actividades económicas de los titulares de estos bienes jurídicos. El límite del ejercicio para los titulares de estos bienes colectivos lo constituyen los niveles de riesgo permitido presentes en cada sector económico extrapenal⁵⁷. Por su parte, estos bienes jurídicos colectivos también tienen una ii.) dimensión pasiva para sus titulares. En esta dimensión se encuentra la utilidad indirecta de estos bienes jurídicos colectivos. Esta, en particular, comprende aquellas condiciones necesarias, pero no esenciales, para el normal desarrollo y sin injerencias de actividades no económicas de sus miembros indeterminados. El límite en esta dimensión, por sus propias características, lo constituyen no solo el riesgo permitido extrapenal, sino que el propio ejercicio de sus titulares sea regular y de acuerdo con los *principios de seguridad pública* y el *principio del interés general*.

Dicho mejor con un ejemplo: un agente económico del rubro energético disfruta de la *dimensión activa* de los recursos naturales y el medio ambiente, pues, depende de modo

⁵⁵ Similarmente ROXIN/ARZT/TIEDEMANN (2003), p. 85.

⁵⁶ Próximo ROXIN/ARZT/TIEDEMANN (2003), p. 85.

⁵⁷ En el modelo del Derecho penal económico, el riesgo permitido importa el límite intrínseco de las actividades económicas frente al abuso del Derecho, similar TIEDEMANN (2017), § 6, n.m. 380.

esencial de que estos gocen de condiciones básicas para que pueda llevar a cabo su aprovechamiento económico. Los pobladores de un colectivo de una zona geográfica determinada disfrutan de la *dimensión pasiva* del buen funcionamiento de los recursos y del medio ambiente para llevar a cabo sus actividades cotidianas, no económicas.

En segundo orden, se encuentran los bienes jurídicos supraindividuales de titularidad estatal. El Estado representado por sus funcionarios estatales tendrá una i.) *dimensión activa* de estos la cual comprende las condiciones formales y materiales (legalidad) sin injerencias de terceros que permiten a sus titulares llevar a cabo los cometidos estatales de las administraciones públicas orientadas a la consecución del interés general. El límite del ejercicio de la *dimensión activa* está marcado directamente por la finalidad de los actos de los funcionarios estatales a la consecución y servicio del interés general, sin ningún tipo de desviaciones a intereses propios o de terceros⁵⁸. En el caso de la ii.) *dimensión pasiva* esta comprende aquellas condiciones fácticas normales que permiten a los titulares de estos bienes jurídicos -los funcionarios estatales- la ejecución de los actos funcionariales de su competencia orientados a la consecución del interés general. El límite de esta *dimensión pasiva* es también el principio del interés general que guía todos los actos de los funcionarios estatales.

Dicho también con un ejemplo: los funcionarios estatales se sirven de la *dimensión activa* que comprende las condiciones formales y materiales del “sistema estatal de impuestos”, para llevar a cabo una función de requerimiento anual de impuestos de renta a las empresas del sector financiero. Los funcionarios estatales necesitan de la *dimensión pasiva*; la normalidad de las condiciones fácticas para que puedan ejecutar un acto administrativo de “incautación” de activos a una empresa infractora.

En conclusión, el presupuesto positivo del estado de necesidad económico justificado son las situaciones de conflicto entre las dimensiones de utilidad de los bienes jurídicos supraindividuales no calculadas -previstas- por el legislador. Estos bienes pueden ser bienes jurídicos supraindividuales/colectivos de titularidad colectiva (difusa), titularidad colectiva (determinada), y, por otro, titularidad estatal. Así, solamente cuando el ejercicio y disfrute que los titulares realicen de estas dos dimensiones se haya sujetado a los límites materiales: el riesgo permitido, el *Principio del interés general*, el *Principio de seguridad pública*, esta *dimensión* deberá ser protegida por el Derecho penal de interferencias antijurídicas. Las interferencias justificadas (en estado de necesidad económico) serán excepcionales y sobre las dimensiones activa y pasiva de los bienes de titularidad colectiva determinada.

3.4. Presupuestos positivos 2: El peligro inminente: los criterios de peligro concreto y peligro abstracto para los bienes jurídicos supraindividuales en conflicto

⁵⁸ Desde otro punto de vista, se puede plantear la justificación de una conducta típica de soborno cometido por un agente económico en Estados extranjeros en donde funcionarios corruptos han convertido el sistema de la administración en un campo de inseguridad, DANN (2011), pp. 129 y ss. Es discutible el planteamiento de la justificación como excepción a la regla de la salvaguarda del bien mayor, basada en la práctica de conductas de terceros HUSAK (1996), p. 322: “algunas justificaciones pueden ser "relativas al agente"; ocasionalmente se puede permitir que las personas infrinjan la ley para dar prioridad a sus propios intereses, incluso cuando ello no promueva un bien mayor”.

En la teoría general del estado de necesidad justificante la determinación del tipo peligro inminente para los bienes jurídicos es un paso de análisis especialmente importante⁵⁹. En este trabajo se parte de la premisa que el “peligro inminente para el patrimonio de la empresa, continuidad de las actividades empresariales” es el único que puede justificar una conducta típica en estado de necesidad agresivo justificante. Siendo así, no puede tratarse de cualquier peligro fácilmente evitable o, en determinados casos, evitable de un modo menos lesivo. En este punto se cumple con la sistemática teoría tradicional del estado de necesidad agresivo justificante, pues, la clase de peligro inminente para un bien jurídico determina hasta dónde cabe una interferencia justificada en la esfera de un tercero. El paso siguiente, en consecuencia, consiste en distinguir teórica y prácticamente la clase de peligro inminente que justifica: un peligro concreto, peligro abstracto, o, un peligro abstracto-concreto para⁶⁰.

En primer lugar, a nivel del derecho positivo en el §34 StGB y el art. 20.5 CPE no existe una referencia clara a la especialidad del peligro en estos términos que podamos utilizar como parámetro de interpretación y luego aplicarlo a las situaciones de necesidad económica. En estos sólo se describen las características del peligro del estado de necesidad agresivo justificante en un lenguaje cotidiano. Por un lado, en el Código penal alemán se establece un “peligro inminente”. Por otro, en el Código penal español se señala “mal propio, mal ajeno”.

En segundo orden, más que la doctrina española, la doctrina alemana ha venido desarrollando desde hace ya varias décadas un concepto normativo de peligro justificante en estado de necesidad. En estos estudios la referencia han sido ciertos bienes jurídicos: bienes personalísimos (vida, libertad y salud) y bienes patrimoniales de titularidad individual. Sin embargo, este sector de la doctrina no ha desarrollado un modelo teórico y sistemático sobre la clase de peligro para los bienes jurídicos supraindividuales del Derecho penal económico. Para exponer adecuadamente este punto al lector, veamos algunas posturas de la doctrina más relevantes a fin de hacer un balance preliminar.

a) En el modelo de la justificación del estado de necesidad de LENCKNER, el peligro que justifica debe ser un “peligro presente”. Esto significa que el peligro debe haberse condensado hasta tal punto que la ocurrencia de daños sea segura o altamente probable si no se toma una medida de mitigación inmediatamente⁶¹. Dicho peligro está presente si requiere una defensa inmediata⁶².

⁵⁹ En su modelo de fundamentación similar LENCKNER (1965), pp. 96 y ss: “La vida tiene el mismo valor, y lo sigue teniendo, aunque una esté amenazada por un peligro abstracto y la otra por un peligro concreto. Sin embargo, no se puede dudar de que la vida es más digna de protección ante un peligro concreto que si sólo se trata de un peligro abstracto”.

⁶⁰ En el límite máximo de esta idea de LENCKNER: “podría también haber casos de salvaguarda de meros bienes materiales que en determinadas circunstancias reclaman prioridad sobre la prevención de peligros abstractos para la vida”, LENCKNER, (1965), p. 97.

⁶¹ Así LENCKNER (1965), p. 82.

⁶² LENCKNER (1965), p. 82.

El problema que tiene esta postura es que basa toda la importancia del peligro justificante en un aspecto contingente de la esfera de titularidad del necesitado. Este es el de la temporalidad, esto es, en el intervalo de tiempo inmediato que existe entre peligro del necesitado y la conducta que ejecuta para superar este en un esquema clásico de delito como resultado lesivo. Asumir este criterio interpretativo trae como consecuencia que en el examen del peligro de cualquier situación de necesidad concreta no haya siquiera espacio para valorar especialmente el *status* concreto de los diferentes bienes jurídicos en conflicto⁶³. Siendo así, esta primera concepción del peligro no tendría la capacidad conceptual de hacer frente a los “peligros idóneos” de bienes alejados de la personalidad; más particularmente, a los correspondientes en los casos de justificación de necesidad económica.

b) En el modelo de la justificación del estado de necesidad de KÖHLER se construye una concepción especialmente restrictiva del “peligro idóneo” como “peligro para la existencia vital del necesitado” en las situaciones de necesidad justificante. Este autor defiende una concepción del estado de necesidad agresivo justificante como una expresión de la idea de justicia distributiva (*distributiver Gerechtigkeit*)⁶⁴, y, así, la única forma de peligro idóneo que justifica la afectación de la esfera del tercero es la de un “grave peligro a las propias condiciones existenciales del necesitado”⁶⁵.

El problema de esta postura es que se encuentra restringida a ser un mecanismo de autorización estatal al necesitado a superar específicamente sólo sus “graves peligros vitales” con los bienes de otro⁶⁶. Asimismo, si bien con esta postura el estándar objetivo *ex ante* del peligro del necesitado de alguna manera adquiere mayor firmeza y seguridad jurídica en el ámbito del Derecho penal que protege bienes vitales, su inconveniente principal es que equivale a excluir a la vez otras situaciones de necesidad -por ejemplo, las de naturaleza patrimonial- en las que existe un peligro idóneo que también fundamenta la intervención justificada en la esfera de un tercero. Esa restricción particular es, en esencia, su problema. Por lo que, con una limitación teórica-conceptual del peligro como esta, tampoco podríamos redefinir un concepto de “peligro” para una situación de necesidad económica justificante.

c) En el modelo de la justificación de la necesidad de PAWLIK, el peligro idóneo que debe referirse a un peligro actual que signifique la considerable pérdida para la libertad de un ciudadano⁶⁷, que en este caso el principal amenazado por este es el sujeto necesitado. Esta significa una pérdida de la individualidad del ciudadano, de modo que el peligro si se convierte

⁶³ En general, las situaciones de necesidad justificantes si bien en los casos de peligro para la vida y otros bienes personalísimos, exhiben con claridad que la inmediatez del peligro es prácticamente lo suficiente para su fundamentación, no se debe olvidar que en otros casos el “peligro presente” exige un requisito esencial adicional: la posibilidad ser administrado por el necesitado sobre los bienes de un tercero.

⁶⁴ *Vid.* KÖHLER (1997), p. 282.

⁶⁵ KÖHLER (1997), p. 208.

⁶⁶ En otras palabras: este modelo sería como un cauteloso retorno a la especialmente restrictiva y ya superada teoría de la necesidad vital de HEGEL. Similarmente crítico PAWLIK (2002), p 159.

⁶⁷ PAWLIK, (2002), pp. 150 y ss.

en daño, perjudica de forma duradera su modo de vida durante un periodo de tiempo considerable. En ese sentido, se produciría un daño que es considerable⁶⁸.

A favor de esta postura hay que reconocer la premisa axiológico-material que tiene como su punto de partida esta concepción del estado de necesidad. Este es la libertad individual de la persona como un proceso de perfeccionamiento que se da en sociedad. Una vez que se reconoce esta premisa, el peligro que justifica sigue siendo excepcional, pues, sólo será aquel que, si no se actúa en la esfera de otro, tendrá efectos graves en el proceso social de perfeccionamiento de la libertad del necesitado. En esta comprensión mixta del peligro, por lo tanto, no existen inconvenientes para tratar aquí no solo los peligros contra bienes vitales, sino también, los casos de peligros contra bienes patrimoniales.

El problema de este modelo teórico es que el concepto del peligro idóneo justificante de la necesidad se reconstruye sobre un resultado -dato- empírico inexacto "*perjuicio duradero del modo de vida del necesitado*". Y, ciertamente, este resultado no siempre será la consecuencia del peligro en todos los casos de necesidad del sujeto necesitado o sujeto afectado. Siendo así, este modelo teórico no ofrece la suficiente seguridad jurídica para dictaminar arreglada a Derecho una afectación de los derechos de una persona ajena al conflicto. Más allá de lo anterior, el peligro justificante es concebido en el fondo como una regla formal y vacía de criterios específicos material-objetivos para cada caso en concreto. La conclusión sería que este modelo teórico tampoco estará en condiciones de explicar los conflictos entre las distintas dimensiones de funcionalidad de los bienes jurídicos supraindividuales en el contexto de una situación de necesidad económica⁶⁹, como se ha expuesto anteriormente.

d) En el modelo de teórico de KINDHÄUSER, el "peligro" que es relevante para el Derecho penal es una forma de menoscabo a la funcionalidad de los bienes jurídicos para sus titulares. La concepción de peligro que este autor aquí desarrolla es un constructo de su propia concepción del Derecho penal y su teoría de las normas⁷⁰. Según esta, el Derecho penal no protegería a los bienes jurídicos "en sí mismos considerados", sino que lo hace en virtud de la función de utilidad de estos para sus titulares⁷¹. De allí que el peligro se explique vinculado de forma práctica⁷² -más que teórica- a la utilidad actual o futura de los bienes jurídicos para sus titulares.

Con este paso dado, este autor procede ya a valorar como peligrosa para un bien jurídico una "conducta" en función al impacto que esta tiene en las posibilidades de acción disponibles para la neutralización o la prevención de una lesión del bien, desde el punto de vista de sus titulares o beneficiarios⁷³. Enseguida, la distinción entre un peligro concreto y un peligro abstracto, por

⁶⁸ PAWLIK (2002), pp. 162 y ss.

⁶⁹ PAWLIK (2002), pp. 163-164. Este autor se hace la pregunta siguiente: ¿cómo se mide, según el criterio del ciudadano medio o según el criterio individual financiero del necesitado? En estos casos, la prueba de materialidad debe basarse en las circunstancias financieras individuales de la persona en cuestión.

⁷⁰ En ese modelo teórico KINDHÄUSER (1989), p. 137.

⁷¹ Fundamentalmente KINDHÄUSER (1989), p. 144.

⁷² KINDHÄUSER (1989), p. 201.

⁷³ KINDHÄUSER (1989), p. 208, p. 211.

tanto, se explica esencialmente en función de la clase de “pérdida” de las acciones defensivas o precautorias de evitar daños a estos bienes jurídicos en la esfera de sus titulares⁷⁴. En el caso del *peligro concreto*, los titulares de estos bienes jurídicos se verían afectados en su acción defensiva que consiste en impedir actualmente un daño (*Schadensabwehr*). En el caso del *peligro abstracto*, los titulares de estos bienes jurídicos se verían afectados en su acción de impedimento anticipadamente precautorio (*Schadensvorsorge*) de un daño por otro⁷⁵.

El problema principal que tiene este modelo teórico es que la concepción práctica del peligro se reduce a valorar los efectos de este en una sola dimensión (la “dimensión defensiva”) de los bienes jurídicos. Es decir, del total de las dimensiones de funcionalidad que normalmente tienen los bienes jurídicos para sus titulares solo tiene relevancia penal la dimensión defensiva.

Ahora bien, así expuesto, este modelo se articula adecuadamente como uno de los fundamentos elementales para explicar el peligro en situaciones de necesidad económica. Sin embargo, no debe perderse de vista que un modelo reduccionista en estos términos terminaría dejando vacía y sin ninguna explicación racional otros aspectos relevantes para el Derecho penal. Superado este punto metodológico, la “dimensión pasiva y la dimensión activa” de estos bienes jurídicos para sus titulares deben tener también relevancia penal. Con lo cual, con esta salvedad las soluciones a las que llegue este modelo ya serían sistemáticamente coherentes con un Derecho penal que tiene como misión garantizar la práctica intersubjetiva de derechos sin interferencias graves de terceros.

3.5. Toma de postura: un modelo axiológico-racional del estado de necesidad económico

En primer lugar, el sujeto necesitado del estado de necesidad agresivo justificante no debe haber provocado de forma dolosa y deliberada su situación de necesidad que pone en peligro sus bienes e intereses jurídicos. En términos del estado de necesidad económico, el agente necesitado no debe tener competencia directa ni indirecta en la modalidad dolosa y deliberada en su grave situación de crisis económica, la cual coloca en peligro concreto los bienes patrimoniales o la continuidad de la empresa. Con lo cual, quedan fuera de este modelo de la justificación de la necesidad aquellos casos en que este derecho de necesidad excepcional del agente económico haya sido conformado o constituido en un proceso irregular o ilícito.

En segundo lugar, en esta comprensión del estado de necesidad económico el objeto de valoración es un conflicto entre las dimensiones de utilidad (pasiva/activa) de los bienes jurídicos supraindividuales, colectivos -de Derecho penal económico- para sus titulares⁷⁶. Este

⁷⁴ Similarmente KINDHÄUSER (1989), p. 211: “una situación ha de ser caracterizada como peligrosa para un bien jurídico en atención al impacto que esta situación tiene en las posibilidades de acción disponibles para la neutralización o la prevención de una lesión del bien, desde el punto de vista de sus titulares o beneficiarios”. Próximo MAÑALICH (2021), p. 85.

⁷⁵ En ese sentido, KINDHÄUSER (1989), pp. 205 y ss.

⁷⁶ Cf. TIEDEMANN (2017), § 4, n.m. 222. Este autor entiende de una forma un poco diferente la especial situación de los bienes jurídicos supraindividuales en el Derecho penal económico. Este autor considera que: “en el Derecho penal económico se utilizan delitos de peligro abstracto para explicar los menoscabo a estos, y, con ello, lo que se protege con los bienes jurídicos supraindividuales son instituciones”.

primer paso deja atrás la comprensión clásica del conflicto entre bienes jurídicos en sí mismos considerados y ofrece en lo sucesivo tiene mayores ventajas prácticas.

En tercer lugar, entendidos así los criterios de peligro concreto y abstracto respecto de los bienes jurídicos supraindividuales/colectivos en el dictamen de la justificación de una conducta típica del agente económico también se consigue enriquecer otro aspecto esencial. Este es el control objetivo de la dimensión subjetiva del sujeto necesitado que actúa en la situación de necesidad justificante. Este paso metodológico ofrece una solución más armoniosa en términos de seguridad jurídica frente a aquellos casos más difíciles de errores en los presupuestos de esta causa de justificación. Se reconoce así que el principal referente valorativo que ha venido siendo la esfera subjetiva del sujeto necesitado debe de dar este paso metodológico y objetivarse de modo racional hacia el ámbito del propio peligro concreto y peligro abstracto.

En cuarto lugar, con esta propuesta metodológica-interpretativa se consigue también darle una coherencia axiológica al *principio de salvaguarda de un interés jurídico mayor*; principio que debe cumplir cualquier modelo del estado de necesidad agresivo justificante. Pues, la justificación en necesidad se individualiza para salvaguardar de un peligro concreto la dimensión activa de un bien jurídico colectivo determinado, interfiriendo mínimamente en peligro abstracto en la dimensión pasiva de bienes jurídicos colectivos determinados/difusos. Como se observa, este giro metodológico permite buscar los límites de la interferencia del sujeto necesitado en otros aspectos de racionalidad práctica, dejando atrás los “límites formales” del art. 450.1 CPE (§ 323-C StGB) que se remiten a excluir de la justificación las interferencias en los bienes personalísimos⁷⁷.

En este modelo propuesto la pregunta acerca de los límites materiales de la justificación, de acuerdo a exigencias de justicia de este instituto, se responde valorando la propia naturaleza intrínseca de la afectación de peligro abstracto sobre una dimensión pasiva de ciertos bienes jurídicos colectivos (determinado, difuso) entre las partes en conflicto. Fundamentalmente, se encuentra justificada la puesta en peligro abstracta, porque es una afectación mínima. Y además porque esta es tolerable por los titulares de estos bienes jurídicos colectivos, en el fondo, como expresión del principio de seguridad pública y del principio de unidad del ordenamiento jurídico.

Ejemplo: el delito de administración desleal (tipificado en el art. 252 CPE) que el gerente comete en perjuicio del patrimonio de un grupo de socios para salvaguardar el patrimonio de la empresa que está ante un peligro inminente de desaparecer, no evitable de otro modo.

A continuación, el paso final ¿cómo se articulan las formas de peligro concreto y abstracto sobre las dimensiones activas/pasivas de los bienes jurídicos supraindividuales del Derecho

⁷⁷ En ese sentido RENZIKOWSKI (1994), pp. 71-72.

penal económico para dictaminar finalmente la justificación de la conducta del agente económico?

Conclusiones

Este modelo interpretativo sistemático-racional del instituto del estado de necesidad agresivo justificante, arreglado a las exigencias de justicia material que ha sido acabado de presentar no significa una apostasía a los valores tradicionales del principio de autonomía o el principio del interés preponderante. Sino más bien, esta es una forma de extraer los criterios materiales que hay en estos principios y proponer una reformulación con una estructura acorde al Derecho penal económico.

En ese sentido, la conclusión del presente trabajo es que el estado de necesidad económico justificante es un mecanismo jurídico excepcional de legitimación material de una situación de reciprocidad de peligros entre un agente económico y la colectividad determinada según el caso. En esta, el agente económico, en medio de una situación de crisis económica, supera el “peligro concreto”, sobre todo inminente, de sus bienes materiales, o los de su empresa, el patrimonio, aunque también puede ser “la continuidad de la empresa”. Siendo así, este modelo está limitado a los casos del agente económico que ha constituido de forma legítima su derecho de necesidad frente a peligros concretos y no calculados por el legislador.

Estos peligros concretos e inminentes para el agente económico y la empresa (patrimonio, continuidad de la empresa) no deben haber sido calculados por el legislador en vías institucionales idóneas para solucionar esta situación de necesidad que tiene lugar. Las vías institucionales, en efecto, cuando son idóneas efectivamente constituyen reglas legítimas de solución jurídica de estas situaciones de necesidad. Por el contrario, cuando estos procedimientos institucionales no han sido emitidos de acuerdo con criterios distributivos o de equidad entre las partes en conflicto, como recientemente advierte SILVA SÁNCHEZ⁷⁸. O, bien, cuando no son idóneos, por citar ejemplos; por no estar calculadas, o, por no ofrecer una solución que salvaguarde el bien mayor- para la superación del peligro concreto que envuelve al agente económico, darán lugar a que el agente económico se encuentre legitimado para actuar en salvaguarda de bienes jurídicos de la empresa. Siendo el medio para esta salvaguarda, la creación de peligros abstractos para ciertos bienes jurídicos mencionados.

Como se ha dicho, el agente económico supera esta situación de necesidad ejecutando una conducta típica de puesta en peligro abstracto de los bienes jurídicos colectivos de titularidad determinada. No cabe, por tanto, una justificación cuando se ejecuta una conducta que pone en peligro (abstracto o concreto) bienes personalísimos. Asimismo, no cabe justificación cuando se coloca en peligro abstracto bienes jurídicos de titularidad colectiva difusa y de titularidad supraindividual estatal. Excepcionalmente, en este último caso, habrá justificación cuando los titulares de estos últimos bienes jurídicos realicen un ejercicio irregular de su derecho: por ejemplo, cuando desvíen y contradigan sus funciones o el uso racional de estos de los fines de

⁷⁸ Similarmente, SILVA (2025), p. 1492.

interés general. Y en estas constelaciones de casos, la acción del agente económico adoptará una estructura muy similar a la del estado de necesidad defensivo con respecto al total grupo de sus titulares afectados.

En todos los supuestos citados, por lo tanto, se debe afirmar que el agente económico efectivamente tiene un *derecho de necesidad* que se fundamenta en un *principio de seguridad pública* y que permite la continuidad del riesgo permitido empresarial. Y, por otra parte, la colectividad determinada y difusa, por un lado, y, en determinados casos excepcionales de ejercicio irregular/ilícito de las dimensiones de utilidad el propio Estado y la comunidad difusa, por otro, tienen en conjunto un *deber de tolerancia* que se fundamenta también en el *principio de Seguridad Pública*.

Por lo tanto, se puede señalar que la justificación en una situación de crisis económica depende que la conducta típica del agente económico afecte/menoscabe:

I) Para evitar un *peligro concreto e inminente* sobre la dimensión activa para la existencia del patrimonio, la continuidad de la empresa, y excepcionalmente derechos expectaticios determinados.

II) Mediante una conducta típica de un *delito de peligro abstracto* sobre la dimensión pasiva de la utilidad funcional de los bienes jurídicos supraindividuales de *colectividad determinada (persona jurídica)*. Excepcionalmente, este peligro abstracto puede ejecutarse sobre las dimensiones pasivas de los bienes de titularidad difusa, estatal, cuando ha habido un ejercicio irregular, desviado del interés general o un ejercicio irracional de esta dimensión, por parte de los funcionarios estatales o la mayoría de sus titulares, respectivamente.

Bibliografía

- BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre “las situaciones de necesidad” de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, 2da ed., Ed. B de F., Montevideo-Buenos Aires, 2015
- BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation. History of Economic Thought Books*, McMaster University Archive for the History of Economic Thought, 1781.
- BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, I, Scientia Verlag Aalen (Neudruck der ausgabe Leipzig 1885), 1991.
- COCA VILA, I., “Ocupación pacífica de vivienda en estado de necesidad. Una crítica desde los postulados democráticos-legalistas”, en REYES ALVARADO, J.; Et al. (Eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echeandía*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2022.
- D’AGOSTINO, *Filosofía del Derecho*, Trad. RODRÍGUEZ ITURBE J., Ed. Temis, Bogotá, 2007
- DANN, “Korruption und Notstand Zur Rechtfertigung von Schmiergeld und Bestechungszahlungen”, *Wistra* 2011
- DANNECKER, G., “La configuración de las causas de justificación y exculpación en el Derecho penal comunitario”, *Revista Penal*, Trad. NIETO MARTIN, A., N° (3) 1999
- ENGLÄNDER, *MR-StGB*, 2013, § 34
- ERB, *MK-StGB*, 4 Auf., 2020
- FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Ed. Oxford University Press, New York, 2000.
- FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3 Auf., Springer Verlag, Köln, 2019
- GILO GÓMEZ, C., “La importancia del derecho preconcursal en el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal”, *Revista CEFLegal* 244/2021.
- GOODKIND, H., *Violin Iconography of Antonio Stradivari, 1644-1737: Treatises on the Life and Work of the Patriarch of Violinmakers*, Larchmont, New York, 1972
- GRECO, “Der Anteil der Gesellschaft. Eine Theorie des rechtfertigten Notstands”, *ZStW*, 134 (1) 2022.
- HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2002
- HUSAK, “But-everyone-Does-That Defense”, *Public Affairs Quarterly* N° 10/4, 1996
- JAKOBS, *AT*, 2 Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1991
- KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Philosophische Bibliothek Meiner Verlag, 1785
- KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat: rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Klostermann Verlag, Frankfurt an Main, 1989
- KÖHLER, M., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer Verlag, Berlin, 1997
- LENCKNER, “Das Merkmal der „Nicht-anders-Abwendbarkeit“ der Gefahr in den §§ 34, 35 StGB”, *FS-LACKNER*, 1987.
- LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinge, 1965
- NEUMANN, *NK-StGB*, 2da Auf., Nomos Verlag, Baden-Baden, 2006.
- MAÑALICH, “Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del Derecho penal”, *Revista Chilena de Derecho*, N° 48/2, 2021
- PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, Walter de Gruyter, Berlin, 2002.
- PERDOMO TORRES, *Die Duldungspflicht im rechtfertigenden Notstand*, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- RENZIKOWSKI, J., *Notstand und Notwehr*, Ed. Duncker & Humblot, Berlin, 1994

- ROBLES PLANAS, “Legítima defensa, empresa y patrimonio”, *Política Criminal* 11(22), 2016
- ROXIN/ARZT/TIEDEMANN, “Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht”, 4ta Auf., C.F. Muller, Heidelberg, 2003,
- ROXIN/GRECO, *AT*, 5 Auf., C.H. Beck Verlag, München, 2020
- SALVENMOSER/SCHREIER in: ACHENBACH /RANSIEK (Hrsg.), *Handbuch des Wirtschaftsstrafrecht*, 3. Auf., C.F. Müller, Heideberg, 2012
- SCHLEHOFER, *MK-StGB*, 4. Aufl., C.H. Beck, München, 2020.
- SCHÖNKE/SCHRÖDER/PERRON, *StGB Kommentar*, 26 Auf., C.H. Beck, München, 2006.
- SEELMANN, “Ideengeschichte des solidaritätsbegriffs im Strafrecht”, HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (Hrsg.), *Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2013.
- SEELMANN, *Vas Verhältnis von 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen*, R.v. Decker’s Verlag, Hamburg, 1978.
- SILVA SÁNCHEZ, “Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia”, *Libro Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Morullo*, Ed. Thomson, Madrid, 2005.
- SILVA SÁNCHEZ, J., *El riesgo permitido en el Derecho penal económico*, Ed. Atelier, Barcelona, 2022.
- SILVA SÁNCHEZ J., *Derecho penal. Parte General*, Ed. Aranzadi La Ley, Madrid, 2025.
- SPÄTH, *Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2016
- TIEDEMANN, *Die Neuordnung des Umweltstrafrechts*, Walter de Gruyter, Berlin, 1980
- TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5ª Auf., Verlag Franks Valehn, München, 2017
- WILENMANN, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff. Die Dogmatik des Defensivnotstand im Strafrecht*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2014
- WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5 Auf., C.H. Beck, München, 2020

Jurisprudencia citada

RGSt, 21 de febrero de 1928 (RGSt, 62, 35)

OLG DÜSSELDORF, *NJOZ*, 2010, 426.

BGH, 1.8.2020