

Teoría general de la justificación¹

Ángel José Sanz Morán

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Valladolid

1. La presente contribución se ocupa de algunos problemas fundamentales de la teoría del injusto. Ahora bien, como indica ya su mismo título, el análisis se va a llevar a cabo en clave más bien «negativa» que «positiva»; esto es, centrándonos sobre todo en la exclusión del injusto, y no tanto en su fundamentación. Desde luego, los dos aspectos están indisolublemente unidos; sin embargo, y como han puesto de manifiesto los análisis comparados coordinados por ESER y FLETCHER, al orientar la perspectiva a la exclusión de la responsabilidad criminal, se percibe mejor el diverso contenido valorativo de los elementos que configuran el concepto de delito, y ello con independencia de los particulares modelos sistemáticos existentes².

En cualquier caso, sólo aspiramos a ofrecer una aproximación muy general a los múltiples y complejos problemas que presenta la justificación penal, procurando mostrar los contrastes fundamentales, aunque no eludamos la toma de posición en alguna de las cuestiones planteadas. La exposición comienza trazando el sentido de la distinción entre justificación y exclusión de la culpabilidad (punto 2), así como la relación tipo/antijuricidad (punto 3). Seguirá una reflexión relativa a las fuentes de las causas de justificación y el alcance que cobra, en este contexto, el principio de unidad del orden jurídico (punto 4), antes de repasar los principios informadores de las causas de justificación (punto 5). Los siguientes puntos se

refieren a la estructura del tipo de justificación (punto 6), con sus componentes objetivo (punto 7) y subjetivo (puntos 8 y 9). Y concluiremos con una referencia a los efectos de la justificación (punto 10) y al concurso de causas de justificación (punto 11). Insistimos en el carácter general e introductorio de esta contribución, lo que se refleja también en el aparato bibliográfico, limitado a unas pocas contribuciones especialmente significativas y a lo recogido en algunas obras generales sobre teoría del delito.

2. De conformidad con el esquema que acabamos de anticipar, el estudio de las causas de justificación debe comenzar por situarlas sistemáticamente dentro del concepto general de delito. Como es bien sabido, el artículo 20 del Código Penal, bajo la común referencia de «causas que eximen de la responsabilidad criminal» recoge, indiferenciadamente, inequívocas causas de justificación (legítima defensa o ejercicio legítimo del cargo), junto a supuestos como la toxicoddependencia o las anomalías psíquicas —cuando impidan comprender la ilicitud del hecho— que tienen sin duda que ver con la imputabilidad del sujeto y, por tanto, con su culpabilidad. Pero esta recepción legislativa conjunta de las distintas eximentes, sin establecer diferencias entre ellas en función de su naturaleza, no es tan extraña como pudiera parecer. Y así, por ejemplo, la doctrina dominante en el medio jurídico anglosajón tam-

1. Una primera versión de este trabajo fue presentada como ponencia en San Roque (Cádiz), el día 14 de julio de 1998, en el marco del seminario sobre «Cuestiones fundamentales del Derecho Penal», dirigido por los Profesores TERRADILLOS BASOCO y DE LA CUESTA AGUADO, dentro del XIX Curso de verano de San Roque, organizado por la Universidad de Cádiz, y se encuentra en vías de publicación cuando se redactan estas líneas.

2. Véase ESER, A., «Einführung aus deutscher Sicht», en A. ESER/G. P.FLETCHER (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*, Bd.1, Freiburg i. Br. 1987, pp.1-8 (especialmente, pp.1-3). Es digna de destacar, en esta perspectiva metódica, la monografía de PERRON, W. *Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht*, Baden Baden 1987 [cfr. la aguda reseña de J. L. DIEZ RIPOLLÉS, en ADPCP 1988, pp.1083-1095] y, del mismo autor, «Justificación y exclusión de la culpabilidad a la luz del derecho comparado» (trad. J. M. SILVA SÁNCHEZ), en ADPCP 1988, pp.137-156.

poco establece distinciones entre las particulares «defenses»³.

No es éste, sin embargo, el criterio seguido en la ciencia penal de influencia alemana que, como sabemos distingue, en la caracterización del concepto de delito, diversos niveles de imputación, los cuales guardan entre sí una relación de supra y subordinación. De este modo, tras comprobar la presencia de una acción u omisión en sentido jurídico-penal, se verificará su carácter típico, examinando a continuación la eventual concurrencia de causas de justificación que excepcionalmente la autoricen, para concluir determinando la posibilidad de imputar subjetiva o personalmente ese hecho típico y antijurídico a su autor. Este análisis escalonado de los elementos del delito (esto es, acción u omisión típica, antijurídica y culpable) supone que los distintos niveles de imputación comportan valoraciones también diversas, de acuerdo con la *ratio* de la exigencia de cada uno de ellos. Además, de la presencia o no de aquellos sucesivos elementos que conforman el concepto de delito se van a derivar importantes consecuencias prácticas; así, por ejemplo, la conducta típica y antijurídica, aunque no sea culpable, posibilita la imposición de medidas de seguridad, permite la imputación de responsabilidad a los partícipes, etc. Pero de estos efectos nos ocuparemos más adelante (punto 10).

De acuerdo con este planteamiento, el contraste básico se produce entre las características «antijuricidad» y «culpabilidad», que comportan los dos niveles valorativos fundamentales: valoración general, impersonal de la conducta como lícita o, por el contrario, jurídicamente desautorizada y valoración de la relación personal, individual de esa conducta antijurídica con el autor de la misma o, expresado en otros términos, posibilidad de imputar subjetivamente esa conducta antijurídica a su autor. En palabras de mi maestro, el Profesor TORIO LÓPEZ, «en la antijuricidad se considera la acción delictiva de forma objetiva, general e im-

personal», hallándose informado ese elemento del delito «por el principio de igualdad, de modo que la misma acción (...) se encontrará jurídico-penalmente prohibida en atención a sus coincidentes propiedades materiales, con independencia del enlace singular existente entre ella y el sujeto que la realice». Por el contrario, en la culpabilidad «se ponderaría el plano o coeficiente individual y personal del comportamiento», siendo aquí el punto de partida «la idea de que el delito posee, en último término, una singular especificidad»; es decir, que «el enlace entre el autor y la acción antijurídica exterior es único e irrepetible». El contraste entre estos dos momentos se correspondería, siempre según TORIO, con la doble dimensión del principio constitucional de igualdad: tratar lo igual como igual (antijuricidad) y lo desigual como desigual (culpabilidad)⁴. También desde un punto de vista «funcional», tan influyente en la más moderna ciencia penal española, concluye SCHÜNEMANN la necesidad de separar dos niveles de valoración distintos: el «resultante de la *lesividad social*, que acentúa la *perspectiva de la víctima* y el *desvalor del hecho*» y «la *evitabilidad individual*, y con ello la *reprochabilidad*, que acentúa la *perspectiva del autor*»⁵. Y esta misma diversidad de valoraciones que comportan los juicios de antijuricidad y culpabilidad se percibe, de manera aún más nítida, cuando se sitúa la perspectiva no tanto en el contenido «positivo» de aquellos elementos, cuanto en su aspecto «negativo». Como ya constatará ENGISCH, si resulta «apenas posible» decidir positivamente «lo que pertenece al tipo de injusto y al de culpabilidad», la cuestión ofrece menos dudas planteada desde el lado negativo; esto es, atendiendo a «cuándo deja de estar presente el injusto y cuándo la culpabilidad», pues «justificación y exculpación representan, de manera notable, valoraciones diferentes»⁶. Y desde esta óptica se orienta también la cuestión en la literatura más reciente, como quedó indicado al comienzo de este trabajo⁷.

3. A favor de este punto de vista cfr., por todos, GREENAWALT, K. «The Perplexing Borders of Justification and Excuse», en A. ESER/G. P. FLETCHER (Hrsg.), *Rechtfertigung...*, cit. (nota 2), pp. 263-313.

4. Véase TORIO LÓPEZ, A., *Estudio crítico del principio «ninguna pena sin culpabilidad»*, Valladolid 1993, p. 9.

5. Véase SCHÜNEMANN, B., «La función de la delimitación de injusto y culpabilidad» (trad. C. J. SUÁREZ GONZÁLEZ), en B. SCHÜNEMANN/J. DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.), *Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, ed. española J. M. SILVA SÁNCHEZ, Barcelona 1995, pp. 205-245 (p. 217, cursivas allí).

6. Véase ENGISCH, K., «Der Unrechtsstatbestand im Strafrecht», en *DJT-Festschrift, Bd. I*, Karlsruhe 1960, pp. 401-437 (p. 424).

7. Cfr. *supra*, punto 1 y las referencias recogidas en la nota 2. De la literatura alemana más reciente, destaquemos sólo a PERRON, W., «Hat die deutsche Strafrechtssystematik eine europäische Zukunft?», en *LENCKNER-Fs.*, München 1998, pp. 227-247, quien concluye que «la diferenciación entre injusto y culpabilidad o, al menos, entre justificación y exculpación debería por ello postularse e imponerse al nivel de un Derecho penal europeo» (p. 241). En España, cfr., por todos, LARRAURI, E., «Causas de justificación: criterios de identificación», en W. HASSEMER/E. LARRAURI, *Justificación material y justificación procedimental en el Derecho penal*, Madrid 1997, pp. 49-126. Para Portugal, cfr. CORTÉS ROSA, M., «La función de la delimitación de injusto y culpabilidad en el sistema del Derecho penal», en B. SCHÜNEMANN/J. DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.), *Fundamentos...*, cit. (nota 5), pp. 247-278.

Cabe, pues, concluir la superioridad de este modelo de análisis escalonado de los distintos niveles de imputación del comportamiento punible, frente a otras alternativas sistemáticas⁸. De modo que todavía hoy cobran vigencia las palabras, tantas veces citadas, de WELZEL, quien veía «en la desmembración del delito en los tres elementos tipicidad, antijuricidad, culpabilidad el más importante progreso dogmático de las últimas dos o tres generaciones»⁹. Y prueba de ello es que incluso en el medio jurídico anglosajón se plantea cada vez con más fuerza la necesidad de un nuevo enfoque sistemático más próximo al de la teoría del delito de origen alemán, como ponen de manifiesto, especialmente, las contribuciones de FLETCHER¹⁰.

Sin embargo, en lo que se refiere al modelo convencional de separación entre antijuricidad y culpabilidad (o, desde el punto de vista negativo, entre justificación y exculpación), en los términos indicados, no han dejado de surgir construcciones dogmáticas que lo ponen en cuestión. Siguiendo la precisa caracterización de ROXIN, nos limitaremos sólo a mencionar los siguientes planteamientos¹¹:

a) En primer lugar, la denominada «teoría unitaria» en el estado de necesidad, de tanto peso en la ciencia penal española. Esto es, la afirmación

de la naturaleza justificante de todos los supuestos de estado de necesidad, frente a la tesis de la doctrina dominante, que distingue un estado de necesidad justificante y otro exculpante, en función de la clase de conflicto ante la que nos encontremos («teoría diferenciadora»)¹².

b) La teoría, formulada originariamente por MAURACH, que incorpora, entre la antijuricidad (*Rechtswidrigkeit*) y la culpabilidad (*Schuld*), la denominada «responsabilidad por el hecho» (*Tatverantwortung*), en cuanto categoría sistemática propia y complementaria. De manera que junto a las causas de justificación y de inculpabilidad existirían singulares causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho¹³.

c) La teoría del «ámbito libre de Derecho» o «espacio neutro al Derecho», defendida modernamente sobre todo por ARTHUR KAUFMANN, según la cual, entre los hechos conformes a derecho y los jurídicamente prohibidos existiría una tercera categoría, caracterizada porque el legislador «retira sus normas», «renuncia a su valoración», de modo que el correspondiente comportamiento ni está justificado (lo que equivaldría a valorarlo positivamente), ni sólo exculpado (lo que implicaría una previa desvaloración jurídica); se trata, simplemente, de una acción «no prohibida»¹⁴.

8. Cfr., por todos, el detenido análisis de SCHÜNEMANN, B., «La función...», cit. (nota 5), especialmente p. 213: «No existe, por tanto, una alternativa que pueda seriamente ser discutida frente a una sistemática del Derecho penal que opere con conceptos de subordinación».

9. Véase WELZEL, H., «Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre», en *JuS* 1966, pp. 421-425 (p. 421). Cfr. también KÜPER, W., «Grundsatzfragen der 'Differenzierung' zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung», en *JuS* 1987, pp. 81-92, para quien la distinción entre injusto y culpabilidad y, por ende, entre causas de justificación y de exculpación «pertenece hoy ya casi a las trivialidades de la teoría del delito» (p. 81).

10. Véase FLETCHER, G. P., *Conceptos básicos de Derecho penal*, trad. F. MUÑOZ CONDE, Valencia, 1997, pp. 119 ss. y 145 ss.

11. Véase, para lo que sigue, ROXIN, C., «Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena» (trad. M. POLAINO NAVARRETE), en *CPC* 46 (1992), pp. 169-194, especialmente, pp. 180 y ss. (publicado originariamente, con el título: «Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen», en A. ESER/G. P. FLETCHER (Hrsg.), *Rechtfertigung...*, cit. (nota 2), pp. 229-262).

12. Un buen resumen del debate planteado en España, en CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., 1998, pp. 259 y ss., con una aguda crítica de la «teoría unitaria», defendida fundamentalmente por GIMBERNAT. En diversas contribuciones, ha insistido HRUSCHKA en la importancia de la teoría diferenciadora del estado de necesidad como prueba del progreso intelectual de la ciencia penal. Véase, por ejemplo, HRUSCHKA, J., «Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe: Das Brett des Carneades bei Gentz und bei Kant», en *GA* 1991, pp. 1-10, donde expone el origen histórico de esta teoría diferenciadora. Cfr. además KÜPER, W., «Grundsatzfragen...», cit. (nota 9), *passim*. En la literatura alemana más reciente vuelven a reconstruir los orígenes históricos del debate KÜHL, K., «Zur rechtsphilosophischen Begründung des rechtfertigenden Notstands», en *LENCKNER-Fs.*, München 1998, pp. 143-158 y KÜPER, W., «Es kann keine Not geben, welche was Unrecht ist, gesetzmässig machte», en E. A. WOLFF-Fs., Heidelberg 1998, pp. 285-305.

13. Sobre esta construcción, cfr. MAURACH/ZIFF, *Derecho penal. Parte general I* (trad. de la 7.ª ed. alemana por J. BOPILL y E. AIMONE), Buenos Aires 1994, pp. 535 y ss. Una reformulación de esta construcción ofrece BACIGALUPO, E., «Unrechtminderung und Tatverantwortung», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, etc. 1989, pp. 459-471. Más detalles en LAURENZO COPELLO, P., *El aborto no punible*, Barcelona, 1990, pp. 319 y ss.

14. Véase KAUFMANN, Arthur, «Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs», en MAURACH-Fs., Karlsruhe 1972, pp. 327-345. Más recientemente, del mismo autor, «Strafloser Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmässig oder was?», en *JZ* 1992, pp. 981-985. En contra, HIRSCH, H. J., «Strafrecht und rechtsfreier Raum», en *BOCKELMANN-Fs.*, München, 1979, pp. 89-115. Amplia información sobre esta construcción ofrecen, en nuestra doctrina, CUERDA RIEZU, A., *La colisión de deberes en Derecho penal*, Madrid, 1984, pp. 158 y ss., 223 y ss. y LAURENZO COPELLO, P., *El aborto...*, cit. (nota 13), pp. 172 y ss., 268 y ss. En la literatura alemana más reciente véase, por todos, PRIESTER, J. M., «Rechtsfreier Raum und strafloser Schwangerschaftsabbruch», en Arthur KAUFMANN-Fs., Heidelberg, 1993, pp. 499-518.

d) La teoría recientemente formulada por GÜNTHER —y que ha suscitado una vivísima discusión— en el sentido de distinguir entre causas de justificación *stricto sensu*, que convertirían en conforme a derecho a la conducta correspondiente, y «causas de exclusión del injusto penal», que no obstan a la cualidad de antijurídico del comportamiento en cuestión, si bien no estaría aquí presente el injusto penal específico, distinto y cualificado en relación al que presentan otros sectores del ordenamiento jurídico¹⁵.

Naturalmente, en el marco de una contribución como la presente no podemos analizar, ni siquiera de manera somera, los argumentos respectivamente aducidos en relación a estos distintos planteamientos que, en cualquier caso, no han encontrado finalmente la aceptación pretendida, siendo defendidos hoy de manera claramente minoritaria, por más que en muchas ocasiones el rechazo a los mismos aparezca muy matizado. De ahí la conclusión de ROXIN, en el sentido de que la distinción entre causas de justificación y de inculpabilidad, aun susceptible de múltiples objeciones, es «dogmáticamente fructífera». Por eso, «debe permanecer, y aquellas categorías no deben ser entremezcladas en una indiscriminada equiparación, ni en nuevas pretendidas formas intermedias». Así pues, un comportamiento estará justificado si «la colisión entre dos bienes jurídicos es resuelta conforme a la ley, de suerte que la incidencia sobre un bien jurídico resulta permitida», mientras que estará exculpada «cuando la afectación de un bien jurídico no es legal, sino no permitida, y a pesar de ello el legislador no hace responsable al autor»¹⁶.

3. Pero si antijuricidad y culpabilidad son los dos niveles de valoración fundamentales en el concepto de delito, no hay que olvidar que injusto penalmente significativo lo es solamente, por exi-

gencias del principio de legalidad, el injusto «típico». De ahí que sea preciso presentar, siquiera someramente, el esquema de las relaciones entre tipo y antijuricidad.

De conformidad con el planteamiento dominante, la determinación de que la conducta es subsumible en un tipo nos sugiere que estamos, en principio, ante un comportamiento prohibido. Sin embargo, este «indicio» de antijuricidad que supone la presencia de una acción típica puede venir desvirtuado por la concurrencia, en la situación concreta, de una causa de justificación que autorice dicha acción. La relación entre tipo y antijuricidad respondería, según esto, al esquema regla-excepción: la acción típica está, por regla general, prohibida por el Derecho y sólo excepcionalmente será lícita o jurídicamente permitida por concurrir los presupuestos de alguna causa de justificación.

Este mismo esquema se pone de manifiesto también desde la perspectiva normativa, pues en la base de las causas de justificación encontramos un precepto permisivo o autorización, que neutraliza la prohibición (o mandato, en los delitos de omisión) general de la conducta típica, convirtiéndola en lícita (e incluso, a veces, en jurídicamente exigida u obligada). A las normas prohibitivas o preceptivas (*Verbots- bzw. Gebotsnormen*) se opondrían así normas permisivas (*Erlaubnisnormen*), que actuarían como contranormas (*Gegennormen*) y cuyo substrato fáctico son las causas de justificación, las cuales, de manera paralela a lo que sucede en el ámbito de la fundamentación de lo injusto, se plasman en un específico «tipo permisivo» (*Erlaubnistatbestand*)¹⁷. Según la precisa formulación de NOLL, «los preceptos permisivos contenidos en las causas de justificación muestran una estructura análoga a la de los preceptos prohibitivos. Al tipo de injusto, configurado desde los singulares elementos del injusto, se contrapone

15. Véase GÜNTHER, H. L. *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, Köln, etc. 1983. Cfr. también, del mismo autor, «La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal» (trad. D. M. LUZÓN PEÑA), en D. M. LUZÓN PEÑA/S. MIR PUIG (Coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Pamplona, 1995, pp. 45-66. Como se apunta en el texto, el planteamiento de GÜNTHER ha suscitado un vivo debate en la dogmática penal de los últimos quince años. Cabe destacar, en nuestra doctrina, el extraordinario análisis crítico de Díez RIPOLLÉS, J.L., «La categoría de lo antijuricidad en Derecho penal», en ADPCP 1991, pp. 715-790 (publicado también en el libro coordinado por LUZÓN y MIR, citado en esta misma nota, pp. 87-170). Cfr. asimismo, LARRAURI PUJÓAN, E., «Función unitaria y función teleológica de la antijuricidad», en ADPCP 1995, pp. 865-886 y LAURENZO COPELLO, P. *El aborto...*, cit. (nota 13), pp. 289 y ss.

16. Véase ROXIN, C., «Causas de justificación...», cit. (nota 11), p. 194 (p. 262 de la versión original alemana).

17. Véase, por todos, LENCKNER, Th. en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24. Aufl., München 1991, núm. marg. 4, antes del párrafo 32 y, en nuestra doctrina, RODRIGUEZ MOURULLO, G. «Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuricidad», en *Estudios penales. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pp. 509-522 (pp. 509-510). Cfr., para una interpretación distinta (y muy sugerente) de las relaciones entre norma de conducta y norma permisiva, GÖSSEL, K. H. «Überlegungen zum Verhältnis von Norm, Tatbestand und dem Irrtum über das Vorliegen eines rechtfertigenden Sachverhalts», en TRIFFTERER-Fs., Wien, New York, 1996, pp. 93-102 (especialmente, pp. 95 y ss.), para quien las normas permisivas (*Erlaubnisnormen*) no son normas de conducta, sino sólo «normas de colisión», esto es, «metanormas» que deciden los supuestos de colisión entre distintas normas de conducta.

ne el tipo de justificación, construido a partir de los singulares elementos de la justificación»¹⁸.

Este modo de plantear el problema es cuestionado, como es bien sabido, por la denominada «teoría de los elementos negativos del tipo», que reduce a uno los juicios de tipicidad y antijuricidad, al entender que los presupuestos objetivos de las causas de justificación constituyen elementos negativos de los tipos y, conjuntamente con los datos que fundamentan positivamente lo injusto del hecho, constituyen el tipo conjunto o global de injusto. Sólo por razones de técnica legislativa se formulan en la parte general del Código los tipos de las distintas causas de justificación, los cuales, sin embargo, no son sino el componente o aspecto negativo del tipo de injusto de las particulares figuras delictivas.

Excedería de nuestro propósito entrar aquí en el debate suscitado por esta construcción¹⁹. No podemos, sin embargo, dejar de efectuar alguna consideración al respecto. Ante todo, hay que destacar el carácter relativo del problema planteado. Y ello, al menos, por dos razones. En primer lugar, porque quienes defienden la teoría de los elementos negativos del tipo y quienes se oponen a la misma están manejando en alta medida dos conceptos distintos de «tipo», más amplio en el primer caso. Además, porque la relevancia práctica de la opción por la construcción que comentamos se manifiesta, sobre todo, en la solución de una hipótesis particular de error: el que se refiere a los presupuestos objetivos de las causas de justificación. Pues bien, sin entrar por ahora en esta cuestión (que abordaremos más adelante, en el punto 9), cabe anticipar que a la exclusión del *dolo* en el mencionado caso (solución que estimamos materialmente más satisfactoria) se puede llegar también desde planteamientos distintos al de la teoría de los elementos negativos del tipo. Hechas estas salvedades, creemos preferible el criterio de sepa-

rar adecuadamente los niveles «tipicidad» y «antijuricidad». Pues, si bien es cierto que las consecuencias penales del actuar atípico y del típico, pero justificado, son idénticas, la fundamentación jurídica de tales consecuencias difiere según que el tipo se realice o no, aunque sólo sea porque en este último caso no se precisa ya la ponderación de posibles causas de justificación. El precepto permisivo que está en la base de una causa de justificación presupone necesariamente la realización de la materia de la prohibición y se refiere a dicha realización; existe una correlación lógica entre ambos momentos²⁰. En palabras de TORIO, «la antijuricidad es (...) característica conceptual del delito diversa a la tipicidad: un juicio desaprobatorio del comportamiento típico, que no se desenvuelve en el plano de la experiencia real, sino en un nivel valorativo o axiológico», mientras que la tipicidad «es sólo concreción de los elementos reales integrantes de la materia prohibida»²¹.

4. Tras esta somera caracterización del sentido de las relaciones entre las parejas de conceptos antijuricidad/culpabilidad (punto 2), por un lado, y tipicidad/antijuricidad (punto 3), por el otro, pasamos a abordar, también de manera sucinta, el problema de las fuentes de las causas de justificación²².

A este respecto, lo primero que suele destacarse por los autores es el distinto modo en que se proyectan las exigencias del principio de legalidad, según se trate de fundamentar o de excluir la responsabilidad penal. Así, la reserva absoluta de ley en orden a determinar qué conductas son constitutivas de delito (y qué consecuencias jurídico-penales derivan de ellas) o el mandato de certeza o taxatividad en la formulación de los tipos penales (y de las correspondientes penas y medidas) se relajan de manera notoria cuando se trata de los supuestos de exclusión (o de atenuación) de la res-

18. Véase NOLL, P., «Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung», en ZStW 77 (1965), pp. 1-36 (p. 8).

19. Véase, por todos, HIRSCH, H. J., *Die Lehre von der negativen Tatbestandsmerkmale*, Bonn, 1960 y la reciente síntesis que sobre la discusión suscitada ofrece este mismo autor en *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 11. Aufl., 16. Lief., Berlin/New York 1994, núms. margs. 7, 8 y 9 antes del parágrafo 32. En la literatura penal española véase, por todos, CEREZO MIR, J., *Curso...*, cit. (nota 12) pp. 83 y ss. (con ulteriores referencias en la nota 57, pp. 93-94). Cfr. también, últimamente, el amplio análisis de ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Valencia, 1999, pp. 70-82.

20. Véase, por todos, WELZEL, H., *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Berlin, 1969, pp. 80 y ss.

21. Véase TORIO LÓPEZ, A., «Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la reforma penal», en A. BERSTAIN (ed.), *Reformas penales en el mundo de hoy*, Madrid, 1984, pp. 95-114 (p. 110). De todas formas, hay que destacar que quienes modernamente defienden los resultados a que llega la teoría de los elementos negativos del tipo se esfuerzan, no obstante, por diferenciar los niveles de tipicidad y antijuricidad, bien que les confieran distinto peso. Así, por ejemplo, en la literatura alemana, SCHROTH, U., *Vorsatz und Irrtum*, München, 1998, pp. 117 y ss. o, entre nosotros, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 374 y ss. y 390 y ss.

22. Para lo que sigue, véase, por todos, CARBONELL MATEU, J. C., *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, Madrid, 1982, pp. 111 y ss.

ponsabilidad criminal. En lo que se refiere a la categoría jurídica que aquí nos ocupa, es un lugar común en la doctrina la admisibilidad, en principio, de causas de justificación supralegales e incluso se discute la viabilidad del procedimiento análogo en la aplicación de los efectos de una causa de justificación a supuestos no previstos expresamente en ella. Veamos con algún detenimiento estos problemas.

Ya hemos advertido cómo en el artículo 20 del Código Penal se contemplan distintas hipótesis de exención de la responsabilidad criminal, de las cuales, según la doctrina dominante, serían causas de justificación la legítima defensa (n.º 4), el obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (n.º 7) y algunos supuestos de estado de necesidad (n.º 5). Junto a estas causas de justificación «genéricas», cabría hablar de otras «específicas», esto es, referidas a alguna figura delictiva en particular, como es el caso —siempre de conformidad con la doctrina dominante— de las «indicaciones» en el delito de aborto²³. Con ello no se cierra, sin embargo, el catálogo de posibles causas de justificación. Al contrario, una de las consecuencias del principio de unidad del ordenamiento jurídico es que las causas de justificación deben extraerse de la totalidad de éste. De ahí que ni siquiera sea posible, afirma JESCHECK, «una enumeración exhaustiva de todas las causas imaginables de justificación»²⁴. Esta ampliación del sistema de fuentes en el ámbito de la justificación y, en particular, el reconocimiento de causas de justificación «supralegales» no lesionaría el principio de legalidad, puesto que con ello no se amplía, sino que se limita la responsabilidad

penal²⁵. Por otra parte, la «apertura» del sistema legal de causas de justificación al conjunto del ordenamiento jurídico, encuentra un apoyo explícito en nuestro Derecho positivo a través de la referencia que el artículo 20.7.º Cp. efectúa al obrar «en el ejercicio legítimo de un derecho»; expresión que muchos autores interpretan, con buenos argumentos, como una auténtica cláusula general de justificación²⁶.

Frente a este planteamiento dominante no dejan de efectuarse, sin embargo, algunas precisiones. En primer lugar, y en lo que se refiere a la situación legislativa vigente en España, se ha cuestionado en qué medida el artículo 4, núms 1 y 3 del Código Penal de 1995, cierra el paso (a diferencia de lo que sucedía con el texto derogado) a la admisibilidad de cualquier forma de analogía, también la que opera *in bonam partem*, por lo que no cabría apreciar causas de justificación por analogía²⁷.

Mayor complejidad muestra el problema de en qué medida cabe hablar de un concepto unitario de antijuricidad y si son trasladables las causas de exclusión de la antijuricidad de un sector del ordenamiento jurídico al otro²⁸. No hay duda de que el principio de «unidad del orden jurídico» supone, como mínimo, ausencia de contradicción. Y en este sentido, apenas se discute que una conducta lícita (y con mayor razón si se trata de un comportamiento debido u obligado) según el derecho civil o el derecho público, no puede aparecer prohibida bajo la amenaza de una pena²⁹. Más aún, el reconocimiento, en el derecho penal español, de causas de justificación procedentes de otros sectores del ordenamiento jurídico, encuen-

23. Para el contraste entre causas de justificación «genéricas» y «específicas» véase, por todos, CEREZO MIR, J. *Curso...II*, cit. (nota 12), p. 190 y RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Consideraciones...», cit. (nota 17), p. 511.

24. Véase JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte general* (trad. de la 4.ª ed. alemana por J. L. MANZANARES SAMANIEGO), Granada, 1993, p. 294. En idéntico sentido, MAURACH/ZIPP, *Derecho penal...*, cit. (nota 13), p. 429.

25. Así la doctrina dominante. Véase, por todos, LENCKNER, Th., en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, cit. (nota 17), núms. margs. 25 y 26 antes del párrafo 32.

26. En este sentido, por todos, CARBONELL MATEU, J. C., *La justificación penal...*, cit. (nota 22), pp. 117 y ss. y *passim*.

27. Entienden que el nuevo Código Penal cierra el paso a la apreciación de eximentes por analogía, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general I. Introducción*, 5.ª ed., Madrid, 1996, pp. 173-174 (argumentando con el tenor del art. 4, núm. 3 Cp.) y RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en G. RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.)/A. JORGE BARREIRO (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, pp. 35-38 (apoyándose, por el contrario, en el núm. 1 del art. 4 Cp.), entre otros autores. No ve, por el contrario, ninguna dificultad en la admisión de causas de justificación por analogía LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho penal, parte general I*, Madrid 1996, p. 576. Estimamos preferible este segundo punto de vista. El art. 4, núm. 1 Cp. reproduce casi literalmente la regla recogida en el art. 4, núm. 2 del Código Civil y el art. 4, núm. 3 Cp. recoge sustancialmente el contenido del artículo 2, párrafo 2.º del anterior Código Penal, texto refundido de 1973. Ahora bien, ni el precepto civil, ni el del Código Penal derogado, han sido considerados un obstáculo insalvable a la admisibilidad de la analogía *in bonam partem* en el Derecho Penal.

28. Cfr., para lo que sigue, en nuestra doctrina, DIEZ RIPOLLÉS, J. L., «La categoría...», cit. (nota 15), pp. 764 y ss. y LARRAURI PUJAN, E., «Función unitaria...», cit. (nota 15), *passim* y, de la misma autora, «Causas de justificación...», cit. (nota 7), pp. 60-74.

29. Doctrina absolutamente dominante. Véase, por todos, ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general, t.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de la 2.ª ed. alemana y notas por D. M. LUZÓN PEÑA, M. DÍAZ Y GARCÍA CONILEDO y J. DE VICENTE REMESAL, Madrid, 1997, p. 570. En sentido contrario cfr., sin embargo, HELLMANN, U., *Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründen im Strafrecht*, Köln, 1987, quien aboga (*passim*) por una radical separación de los conceptos civil y penal de antijuricidad.

tra un adecuado encauzamiento a través de la cláusula general de justificación del art. 20, núm. 7 del Código Penal, a la que aludíamos más arriba.

Ahora bien, parece también cierto que cada sector del ordenamiento jurídico no sólo establece consecuencias jurídicas autónomas para la conducta antijurídica, sino que, en alguna medida, procede también con criterios valorativos autónomos a la hora de decidir sobre la exclusión de la antijuricidad de una determinada conducta. Y en este sentido se explica la aparición de una teoría como la de GÜNTHER, con su separación entre causas de justificación que convierten en lícita la conducta desde la perspectiva de cualquier norma del Derecho y aquellas otras que enervan sólo el injusto penal específico, como injusto cualificado, perviviendo el carácter antijurídico de la conducta desde la perspectiva del Derecho Civil o del Derecho Público³⁰. Por ejemplo, conductas penalmente justificadas por cumplimiento de un deber que, no obstante, pueden provocar una sanción civil o disciplinaria³¹. Aún admitiendo que esto sea posible —lo que no podemos aquí entrar a discutirse trataría, sin embargo, según la doctrina dominante, de fenómenos excepcionales, que tienen que ver sobre todo con el carácter de *ultima ratio* que se asigna al Derecho Penal y que en modo alguno suponen una quiebra del principio de unidad del ordenamiento jurídico ni, menos aún, justifican una construcción tan compleja como la propuesta por GÜNTHER³².

5. Sólo dos palabras en relación a los principios que informan las causas de justificación³³. Como es bien sabido, la doctrina tradicional solía establecer una distinción entre teorías monistas y teo-

rias pluralistas, según se inclinaron por reconducir todas las causas de justificación a un solo principio informador o a varios. Entre las primeras, destacan las clásicas formulaciones de DOHNA (estaría justificada toda acción que suponga un medio adecuado para alcanzar un fin reconocido por el Derecho), SAUER (es lícita aquella conducta que procura a la comunidad estatal más beneficio que perjuicio) o, más recientemente, NOLL (principio común a todas las causas de justificación lo es el de ponderación de valores). De las teorías pluralistas destaca la versión de MEZGER, quien reconduce las distintas causas de justificación a dos ideas rectoras: la de la ausencia del interés (consentimiento del ofendido y consentimiento presunto) y la del interés preponderante (el resto de los supuestos).

Las aportaciones más recientes rechazan, sin embargo, esta dicotomía y entienden que lo que separa únicamente a las teorías monistas y pluralistas es su distinto nivel de abstracción. De modo que, como dice JESCHECK, sólo parece posible hoy una teoría monista «si las causas de justificación se construyen sobre un principio totalmente abstracto y, por ende, formal en extremo»³⁴. Por el contrario, «si se busca información sobre la estructura y alcance de las diversas causas de justificación en particular, sólo sirve una contemplación que destaque la variedad de su contenido material»; esto es, un enfoque pluralista³⁵.

6. Pasamos ya a analizar, siempre con la conciencia que nos hemos impuesto en esta contribución, la estructura del «tipo de justificación» (*Rechtfertigungstatbestand*). Y lo primero que debemos destacar, de conformidad con la doctrina

30. Cfr. las referencias en nota 15.

31. En este sentido, por ejemplo, JAKOBS, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin/New York, 1983, p. 288. En contra, JESCHECK, H. H. *Tratado...*, cit. (nota 24), p. 293, nota 20, entiende que lo que sucede es que en el injusto disciplinario estaríamos ante un bien jurídico distinto.

32. Cfr. las referencias de la nota 28. Cfr. también las matizadas consideraciones de ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit. (nota 29), pp. 569-572.

33. Véase, para lo que sigue, la amplia panorámica que ofrece CARBONELL MATEU, J. C., *La justificación penal...*, cit. (nota 22), pp. 21 y ss. De la literatura posterior a esta obra, destaquemos sólo LENCKNER, Th., «Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung», en GA 1985, pp. 295-313; RÜDOLPH, H. J., «Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», en *Gedächtnisschrift für Armin KAUFMANN*, Köln, etc. 1989, pp. 371-397 [especialmente, pp. 389 y ss.] y SCHMIDHÄUSER, Eb., «Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht», en LACKNER-Fs., Berlin/New York, 1987, pp. 77-94 (especialmente, pp. 86 y ss.). En la literatura española más reciente cfr., por todos, LARRAURI, E., «Causas de justificación...», cit. (nota 7), pp. 74-94.

34. Véase JESCHECK, H. H., *Tratado...*, cit. (nota 24), p. 291. Así también, por ejemplo, ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit. (nota 29), p. 573, quien añade que «si se quiere establecer un principio omnicompreensivo, éste reside en la idea de que todas las causas de justificación pretenden la regulación socialmente correcta de intereses que coliden» (p.574), pues en el consentimiento del ofendido estaríamos ante un caso de atipicidad y el consentimiento presunto es un caso más de ponderación de intereses.

35. Véase JESCHECK, H. H. *Tratado...*, cit. (nota 24), p. 292 (cursiva allí). Semejante, ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit. (nota 29), quien llega incluso a decir que «debido a la pluriformidad y a los cambios de la vida social no es posible ni un *numerus clausus* de los principios reguladores decisivos, ni una sistematización cerrada y concluyente de las causas de justificación» (p.575). A la misma conclusión escéptica llega también un importante sector de la doctrina española. Cfr., por todos, CEREZO MIR, J. *Curso...*, cit. (nota 12), pp. 195-196.

dominante, es cómo se reflejan aquí todos los problemas, formales y de contenido, que presenta la configuración del «tipo de injusto» (*Unrechtstatbestand*). Expresado en otros términos, los elementos, objetivos y subjetivos, que componen el tipo de justificación no sólo son estructuralmente paralelos a los que conforman el tipo de injusto, sino que su respectivo contenido se desprende del asignado a éste por las distintas concepciones del injusto³⁶.

Vendrían aquí en consideración, sobre todo, tres puntos de vista:

a) En primer lugar, quienes mantienen una concepción fundamentalmente objetiva del injusto y de la justificación. Así como el contenido material del injusto típico se agota en la producción de un resultado jurídicamente desaprobado, también las causas de justificación despliegan su eficacia sobre la base solamente de un resultado «valioso»; esto es, la objetiva salvaguarda del interés preponderante por parte de la acción típica. Ello no obsta a que, tanto en la fundamentación del injusto como en su exclusión, pueda aparecer, de manera excepcional —y siempre que el legislador así lo establezca— un componente intencional o tendencial. Una clara manifestación de este punto de vista lo encontramos en el artículo 59 del Código Penal italiano, según el cual, «las circunstancias que excluyen (o atenúan) la pena se valoran a favor del agente incluso si no las conoce o por error las considera inexistentes», de donde se desprende, según la doctrina italiana dominante, la eficacia puramente objetiva de las causas de justificación. En palabras de MARINUCCI, «se da toda causa de justificación ya con la existencia (...) de las circunstancias que la constituyen»³⁷.

b) En el polo opuesto tendríamos a quienes, desde una perspectiva subjetiva radical hacen girar, tanto la fundamentación del injusto, como su exclusión, en torno al desvalor (subjetivo) de acción; esto es, la finalidad o intención que anima el com-

portamiento externo. De este modo, la producción de un resultado jurídicamente desaprobado o, por el contrario, la objetiva salvaguarda del interés preponderante mediante la acción del sujeto nada añaden a una valoración de ésta realizada ya exhaustivamente en función de su contenido intencional. Como es notorio, el desarrollo más coherente de este punto de vista se debe a ZIELINSKI. Atribuye este autor exclusiva relevancia, en la fundamentación del injusto, al desvalor de acción, concebido como «desvalor de la intención» (*Intentionsunwert*); y de modo paralelo, «la proposición permisiva se refiere solamente a acciones dirigidas a la defensa, salvación o conservación del objeto de protección y sólo se refiere a ellas en la medida en que muestren esa finalidad», pues aquel «desvalor de intención» fundamentador del injusto sólo puede ser compensado por un correlativo «valor de intención» (*Intentionswert*)³⁸.

c) La doctrina dominante se aleja, sin embargo, de los dos planteamientos reseñados y busca soluciones de compromiso. Puesto que, como destacara desde sus inicios el finalismo, el Derecho no puede prohibir causaciones de resultados, sino comportamientos humanos, el juicio desvalorativo que comporta la antijuricidad debe proyectarse no sólo sobre el resultado, sino también sobre la acción que lo produce. El «desvalor de acción» pasa, por tanto, a cobrar una consideración central en la fundamentación del injusto y, correlativamente, se abandona el modelo de la justificación puramente objetiva. Por otra parte, se rechaza la subjetivización extrema del juicio de antijuricidad propuesta por ZIELINSKI, entendiendo sus críticos que la renuncia a la consideración del desvalor de resultado en el injusto supondría un abandono del «principio del hecho» (*Tatprinzip*). En suma, la doctrina mayoritaria mantiene, frente al «monismo» (objetivo o subjetivo, respectivamente) de las concepciones mencionadas, una visión «dualista», en cuya virtud, el injusto apare-

36. Para lo que sigue, es fundamental la ya clásica contribución de GALLAS, W., «Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriff», en BOCKELMANN-Fs., München, 1979, pp. 155-179. Cfr. también, entre los trabajos más recientes, RUDOLPHI, H. J., «Rechtfertigungsgründe...», cit. (nota 33) y PUPPE, I., «Zur Struktur der Rechtfertigung», en *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für W. STREE und J. WESSELS zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, pp. 183-201. En la literatura penal española véase, por todos, HUERTA TOCILDO, S., *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, 1984. En contra de esta «teoría de la simetría» (como él la denomina), se manifiesta recientemente, en nuestra doctrina, CARBONELL MATEU, J. C., «El sistema de la justificación en el art. 20 C.P. 1995», en *Cuadernos de Derecho Judicial XXVII/1996. El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal*, pp. 99-129 (pp. 105 y ss.)

37. Véase MARINUCCI, G., «Rechtfertigung und Entschuldigung im italienischen Strafrecht», en A. ESER/W. PERRON (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung III*, Freiburg i. Br. 1991, pp. 55-67 (p. 58). En esta misma perspectiva objetiva destacan, en nuestra doctrina, las contribuciones ya citadas de CARBONELL MATEU, J. C., *La justificación penal...* (nota 22) y RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Consideraciones...» (nota 17). En la literatura penal latinoamericana debemos mencionar la notable defensa de la concepción objetiva de la justificación ofrecida por NINO, C. S., *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, 1980, especialmente pp. 167 y ss., 300-301 y 331 y ss.

38. Véase ZIELINSKI, D., *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlin 1973, pp. 230 y ss.

ce constituido tanto por el desvalor de acción como por el de resultado y, correlativamente, la justificación plena comporta la presencia de momentos objetivos y subjetivos. Ahora bien, se manifiestan grandes discrepancias, dentro de este punto de vista dominante, a la hora de determinar el contenido y alcance respectivo de estos diversos componentes.

En anteriores contribuciones hemos tenido ocasión de reflejar nuestra posición al respecto. Permítasenos recordarlo aquí muy brevemente³⁹. Frente al causalismo tradicional, defendemos la existencia en el injusto de un desvalor de acción; pero éste no se concibe, como quieren los finalistas más ortodoxos, en términos exclusivamente subjetivos, sino objetivo-subjetivos. Más aún, dado que la función primordial del Derecho Penal reside en la protección de bienes jurídicos, será preferente el aspecto objetivo-final (peligrosidad de la acción para el bien jurídico), frente al subjetivo. Por otra parte —también frente al finalismo más consecuente—, se destaca en esta construcción el papel codeterminante en el injusto del desvalor de resultado, consecuencia asimismo de la mencionada perspectiva protectora. Trasladando este planteamiento al ámbito de la justificación, iremos viendo en los siguientes apartados cómo también aquí es momento central el «valor» objetivo de acción, al que se vincula la existencia de un «valor» subjetivo de acción (elemento subjetivo de justificación) y el correspondiente «valor» de resultado (existencia del estado de cosas objetivamente justificante). En palabras de RUDOLPHI, «sede de la teoría de la justificación es, por tanto, sobre todo la teoría del desvalor objetivo de acción, es decir, del injusto de la peligrosidad (*Gefährlichkeitsunrecht*) de la acción prohibida. Justificación significa que el desvalor de la peligrosidad (*Gefährlichkeitsunwert*) de una acción peligrosa en sí misma prohibida se ve compensado por una posibilidad de salvación (*Rettungschance*) fundamentada simultáneamente por dicha acción, desapareciendo así el desvalor objetivo de acción que presuponen de igual modo los delitos (consumados) dolosos y culposos de lesión y de peligro»⁴⁰.

En los próximos apartados se desarrollará sucintamente este esquema, constatando en qué términos se exige la presencia de los presupuestos

objetivos de las causas de justificación (punto 7) y analizando las dos dimensiones que vienen en consideración cuando se habla del aspecto subjetivo de la justificación: la cuestión del denominado «elemento subjetivo de justificación» (punto 8) y el problema del error sobre la justificación (punto 9).

7. Acabamos de indicar cómo la justificación, al igual que la fundamentación del injusto, se deciden prioritariamente en el terreno objetivo de los intereses en conflicto. Se da un estado de cosas que objetivamente compensa la lesión típica del bien jurídico por salvaguardar un interés de rango superior (valor de resultado). Además, y como consecuencia de la aplicación a este campo del planteamiento metódico propio de la teoría de la imputación objetiva, se exige que la peligrosidad objetiva característica de la acción típica se vea compensada por la posibilidad de salvación del interés superior creada objetivamente por esta misma acción. De este modo quedarían neutralizados no sólo el desvalor de resultado, sino también el desvalor objetivo de acción inherentes a la acción típica.

Sí no concurren, en la situación concreta, los presupuestos objetivos de la causa de justificación correspondiente, abandonamos el terreno de la justificación real y sólo cabe plantear entonces la eventual existencia de una justificación putativa. La separación entre justificación real y justificación putativa aparece, por el contrario, difuminada cuando, desde una concepción subjetivo-monista del injusto, se prescinde por completo del desvalor de resultado (*Erfolgsunwert*) en la fundamentación del injusto, o del valor de resultado (*Erfolgswert*) en su exclusión, en la línea desarrollada sobre todo por ZIELINSKI, a la que nos referimos en el apartado precedente.

Pero también entra en crisis la separación entre justificación real y putativa cuando se sustituye la presencia efectiva de los presupuestos objetivos de la causa de justificación por su existencia meramente hipotética, en virtud del juicio *ex ante* de la situación desde la perspectiva del autor o de un observador imparcial situado en la posición del autor. Este punto de vista, que tiene su antecedente inmediato en las contribuciones de ARMIN KAUFMANN y R. F. SUÁREZ MONTES para el Libro-

39. Véase SANZ MORÁN, A. J., *Los elementos subjetivos de justificación*, Barcelona, 1993, especialmente, pp. 3 y ss. y 92 y ss. Un punto de vista muy próximo en SÁNCHEZ GARCÍA, I., *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, Barcelona, 1995, pp. 78 y ss. En ambos casos, con apoyo explícito en los planteamientos del Profesor TORIO LÓPEZ (cfr. las referencias en los lugares citados en esta nota).

40. Véase RUDOLPHI, H. J. «Rechtfertigungsgründe...», cit. (nota 33), p. 379. Nuestra discrepancia con este autor se centra, sobre todo, en el modo de determinar la presencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación, como veremos inmediatamente.

Homenaje a Welzel, en 1974, se ha extendido en la literatura alemana más reciente y ha penetrado también con fuerza en la ciencia penal española⁴¹. En palabras de RUDOLPHI, uno de los más caracterizados defensores de este planteamiento, «para la permisión de una conducta peligrosa en sí prohibida, carece de significación si ésta —contemplada desde una perspectiva *ex post*— se muestra idónea para la salvación o no (...) Más bien lo decisivo (...) es, simplemente, que dicha conducta —contemplada desde una perspectiva *ex ante*— genere, según el saber empírico de nuestro tiempo, posibilidades de salvación para otros bienes jurídicos amenazados, y que el ordenamiento jurídico valore en mayor medida tales posibilidades de salvación generadas por ella que la peligrosidad inherente a la misma»; si no fuera así, «el ciudadano escrupuloso no podría hacer uso del permiso allí donde los presupuestos de éste no sean reconocibles *ex ante* con seguridad»⁴². A una solución semejante se puede llegar también por otras vías. Así, para un sector de la literatura penal anglosajona la conducta estaría ya justificada y no sólo exculpada —es decir, estaríamos ante una justificación «real» y no sólo «putativa»— cuando, pese a no darse los presupuestos objetivos de la causa de justificación, el sujeto actuante supone razonablemente su existencia: la percepción razonable de un ataque equivaldría así al ataque real como presupuesto de la legítima defensa. Criterio este que ha encon-

trado asimismo acogida en nuestra doctrina⁴³. Y también se prescinde de la efectiva existencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación en los casos de la denominada «justificación procedimental», a la que se acudiría, según HASSEMER, allí donde resulte inevitable la adopción de una decisión pese a un desconocimiento específico. En esta hipótesis, sea cual sea la decisión, estará justificada siempre que se ajuste al procedimiento establecido al efecto⁴⁴.

Lo cierto es que con estos distintos criterios se llega, en mayor o menor medida, a confundir justificación real y justificación putativa, con lo que ello comporta desde la perspectiva de la necesaria separación, de la que ya nos hemos ocupado (supra, punto 2) de los juicios de antijuricidad y culpabilidad. Por otra parte, la doctrina ha aducido, con razón, frente a planteamientos como los que aquí estamos considerando, la necesidad de atender a los derechos del afectado por la acción emprendida sobre la hipótesis de una situación objetiva justificante que —por más que se perciba de otro modo por quien actúa o por un hipotético observador imparcial situado en su lugar— realmente no existe. Salvo que se estime, contraviniendo toda lógica, que el Derecho programa situaciones de conflicto de dos derechos de agresión igualmente legítimos. Especialmente en relación a la denominada «justificación *ex ante*» cabe además oponer la necesidad de atender a la dimensión va-

41. Más detalles en nuestra monografía citada (nota 39), pp. 61-63. En la literatura española posterior, defienden el punto de vista objeto de consideración en el texto, fundamentalmente, BALDO LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona, 1994, pp. 107 y ss., 123 y ss., 138 y ss., 264 y ss. (y *passim*); SUÁREZ MONTES, R. F., «Reflexiones en torno al injusto penal», en D. M. LUZÓN PEÑA/S. MIR PUIG (Coords.), *Causas de justificación...*, cit. (nota 15), pp. 187-198 y VALLE MUÑIZ, J. M., *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, Barcelona, 1994, pp. 55, 56-57, 67, 71, etc. Mayor complejidad ofrece la posición de CARBONELL, J. C., «El sistema...», cit. (nota 36), pp. 111 y ss., para quien la justificación operará *ex post* cuando se ha neutralizado el desvalor de resultado y *ex ante* cuando subsiste dicho desvalor. Pero con este planteamiento —si no lo entendemos mal— se amplía enormemente el ámbito de las conductas justificadas, pues lo estarán tanto si sólo concurren los presupuestos objetivos de la correspondiente causa de justificación (la ausencia del componente subjetivo se torna entonces irrelevante), como si, estando ausentes aquéllos, oora el sujeto con voluntad justificante. Es decir, en el primer caso, la justificación opera en términos puramente objetivos, mientras que en el segundo lo hace en clave subjetiva.

42. Véase RUDOLPHI, H. J. «El fin del Derecho Penal y las formas de imputación jurídico-penal», en SHÜNEMANN, B. (Comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, trad. J. M. SILVA SÁNCHEZ, Madrid 1991, pp. 81-93 (p. 88) y, del mismo autor, «Rechtfertigungsgründe...», cit. (nota 33), pp. 382 y ss. Cuestión diversa, analizada por el autor en las pp. 384 y ss. del trabajo citado en último lugar es la del baremo con arreglo al cual se debe llevar a cabo este juicio *ex ante*.

43. Véase, por todos, GREENAWALT, K., «The Perplexing Borders...», cit. (nota 3), *passim*. Más detalles, en FLETCHER, G. P., *Conceptos básicos...*, cit. (nota 10), pp. 139 y ss., 195 y ss. y 219 y ss. A favor también de excluir la antijuricidad del comportamiento «de quien actúa como lo hubiera hecho cualquier persona normal» se manifiesta, entre nosotros, MUÑOZ CONDE, F., «¿Legítima defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación», en B. SCHÜNEMANN/J. DE FIGUEROA DIAS (Coords.), *Fundamentos...*, cit. (nota 5), pp. 183-199 (especialmente, pp. 192 y ss. y nota 16 de la p. 193). Profundiza en este mismo planteamiento su discípula REQUEJO CONDE, C., *La legítima defensa*, Valencia, 1999, *passim*.

44. Véase HASSEMER, W., «Justificación procedimental en el derecho penal», en W. HASSEMER/E. LARRAURI, *Justificación...*, cit. (nota 7), pp. 12-48 (especialmente, pp. 37 y ss.). Insiste, no obstante, este autor en que «la justificación procedimental sigue siendo la excepción, la comprobación penal de la existencia de un mejor derecho sigue siendo la regla de la justificación penal» (p. 47). Cfr. también WOLTER, J., «Verfassungsrechtliche Strafrechts-, Unrechts- und Strafausschlussgründe im Strafrechtssystem von Claus Roxin», en GA 1996, pp. 207-232 (especialmente, pp. 226 ss.) y, en nuestra doctrina, MUÑOZ CONDE, F. «La esterilización de deficientes psíquicos: comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 de julio de 1994», en *Revista de Derecho y Genoma Humano* núm. 2 (enero/junio 1995), pp. 185-207 (especialmente, pp. 200 y ss.).

lorativa del Derecho –decisiva en el contexto de la ponderación de intereses inherente al juicio de antijuricidad– frente a la exclusiva consideración de su función de determinación, propia de quienes defienden aquel punto de vista⁴⁵.

Todas estas consideraciones nos llevan, en consecuencia, a rechazar el planteamiento que pretende suplir la efectiva presencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación por su «apariencia social objetiva», según un juicio *ex ante*. Rechazo correlativo al expresado por TORIO frente a quienes, en el ámbito de la fundamentación del injusto, pretenden sustituir la peligrosidad objetiva real de la acción, en cuanto contenido fundamental del juicio de desaprobación jurídica, por la «apariencia social objetiva de peligrosidad»⁴⁶. A lo sumo, cabrá plantearse el enjuiciamiento objetivo *ex ante* de la situación justificante cuando ésta tenga carácter prospectivo. En el resto de los casos, los requisitos objetivos de la justificación tienen que darse realmente en el momento del hecho, lo cual en muchos casos sólo podrá verificarse *ex post*⁴⁷.

8. Pasamos al «aspecto subjetivo» de la justificación. Bajo esta expresión cabe sin embargo, referirse a dos cuestiones distintas, aunque estrechamente relacionadas⁴⁸. Por una parte, la del error sobre la justificación: el sujeto cree que su conducta aparece amparada por una causa de justificación realmente inexistente, o que en ningún modo capta aquella acción, o bien yerra sobre la presencia de los presupuestos objetivos a los que el legislador vincula en cada caso el efecto justificante. Se habla, en todos estos casos, de justifica-

ción «subjetiva», pues la misma sólo existe en la mente del sujeto actuante. De ella nos ocuparemos en el siguiente epígrafe (punto 9). Tenemos, por otro lado, el problema de los «elementos subjetivos de justificación». Aquí, a diferencia del último de los supuestos de error que acabamos de mencionar, se parte de la presencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación correspondiente y lo que se discute entonces es si –y, en caso afirmativo, con qué alcance– dicha situación objetiva debe encontrar reflejo en la conciencia (y voluntad) de quien actúa. De momento nos centraremos sólo en este segundo problema⁴⁹.

El fundamento de la exigencia de un elemento subjetivo en las causas de justificación –como ha destacado, de manera precisa, W. FRISCH– sólo puede residir «en la especificidad de aquello que debe ser anulado por las causas de justificación: el injusto». Más concretamente, los elementos subjetivos de justificación suponen «una consecuencia necesaria de la doctrina del injusto personal» y del peso fundamental que ésta otorga al «injusto de la acción» (*Handlungsunrecht*)⁵⁰. Ahora bien, ya hemos observado anteriormente cómo existen planteamientos divergentes a la hora de determinar el contenido de este «injusto de la acción» y su relación con el «injusto del resultado». Discrepancias que van a traducirse también en la diversidad de contenidos asignados al elemento subjetivo de justificación y, lo que tiene mayor relevancia, en las consecuencias jurídicas que se vinculan a su ausencia.

En relación a la primera de estas cuestiones, surgen fundamentalmente dos respuestas: la que cifra el contenido del elemento subjetivo de justi-

45. Como se percibe, de forma muy clara, en las argumentaciones de BALDO LAVILLA y SUÁREZ MONTES, tal como aparecen formuladas en los trabajos citados en la nota 41, y en el punto de arranque del planteamiento de RUDOLPHI, H. J., «Rechtfertigungsgründe...», cit. (nota 33), según el cual, es también tarea de las normas permisivas dirigir, encauzar (*steuern*) el comportamiento humano (p. 377). El mismo HASSEMER, W., «Justificación...», cit. (nota 44), al separar la «justificación procedimental» de criterios próximos, como el de la «justificación *ex ante*», opone a este último criterio que con él se «privilegia el momento de la determinación por encima del de valoración de la norma» y se favorece «los intereses del atacante por encima de los de la víctima» (pp. 37-38) y reconoce, incluso frente a la «justificación procedimental» por él defendida, que «resta abierta la pregunta de qué posibilidades de reaccionar tiene la persona afectada por un ataque amparado en una justificación procedimental» (p. 40, nota 84).

46. Véase TORIO LÓPEZ, A., «Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa», en *Presupuestos para la reforma penal*, Universidad de la Laguna, 1992, pp. 169-182 (pp. 173, 176 y *passim*).

47. Cfr., en sentido análogo, SÁNCHEZ GARCÍA, I., *Ejercicio legítimo...*, cit. (nota 39), pp. 97 y ss. Asimismo, en la doctrina italiana más reciente, DE VERO, G., «Le scriminanti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina», en *Riv.it.D.P.P.* 1998, pp. 773-844 (pp. 798 y ss.). Sobre la apreciación *ex ante* o *ex post* de los requisitos de la legítima defensa, véase el profundo análisis de GRAUL, E., «¿legítima defensa o defensa putativa?» (trad. C. REQUEJO CONDE), en *Rev. de D.P. y Crim.*, 2.ª época, núm. 3 (1999), pp. 183-205, quien llega a la (sorprendente) conclusión de que las dos perspectivas conducen a los mismos resultados.

48. Un análisis en profundidad de los dos problemas nos ofrece la tesis doctoral (todavía inédita) de TRAFFRO BARREALES, M. A., *El error sobre las causas de justificación y de atipicidad penal*, León, 1997.

49. Dado que sobre los elementos subjetivos de justificación nos hemos ocupado monográficamente (cfr. la referencia en nota 39), nos limitaremos aquí a un apretado resumen de las consideraciones efectuadas entonces. Cfr. también la monografía de VALE MUÑOZ, J. M. *El elemento subjetivo...*, cit. (nota 41).

50. Véase FRISCH, W., «Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements», en LACKNER-Fs., Berlín/New York, 1987, pp. 114-148 (especialmente, pp. 115-129).

ficación en términos correlativos al *dolo* —discutiéndose incluso, como en el caso del *dolo*, la exigencia o no de un momento volitivo— y aquella otra que, siguiendo básicamente las tesis finalistas, exige en la justificación una finalidad, ánimo o tendencia que trasciende al «conocer y querer» (*Wissen und Wollen*) propios del *dolo*. Por el contrario, casi todos los autores rechazan (aunque la confusión terminológica al respecto sea notable) características subjetivas de la índole de los motivos, móviles, etc., como contenido propio del elemento subjetivo de justificación.

Cada uno de estos planteamientos alternativos conduce, de ordinario, a una respuesta diferente en relación a la segunda de las cuestiones que antes mencionábamos: los efectos jurídicos de la ausencia del elemento subjetivo de justificación, siempre que concurren los presupuestos objetivos de la correspondiente eximente. Conforme a la primera de las tesis —correlación con el *dolo*— se aplicará en estos supuestos el tratamiento penal previsto para la tentativa inidónea. Del segundo punto de vista —contenido intencional del elemento subjetivo de justificación— se sigue generalmente la solución del castigo a título de hecho consumado. Además de esta consecuencia básica —no siempre coherentemente observada por los autores⁵¹—, la opción por uno u otro planteamiento se va a manifestar en otros efectos indirectos. Por ejemplo, únicamente desde el punto de vista indicado en primer lugar cobra sentido el reconocimiento de las denominadas «causas de justificación mutiladas de dos actos», o la discusión en torno al problema del conocimiento «eventual» de la situación justificante. Por otra parte, sólo para los partidarios de la tesis de la consumación ofrece trascendencia práctica el estudio de si también la justificación de los hechos culposos —y, en caso afirmativo, con qué alcance— reclama la presencia de un componente subjetivo.

Obviamente, quienes desde una posición objetivista rechazan los elementos subjetivos de la justificación, se conformarán siempre con la existencia del estado de cosas objetivo justificante, de tal manera que la falta del correspondiente momento subjetivo para nada obsta a la completa justificación del hecho y, por tanto, a su impunidad. Pero también desde esta perspectiva surgen dificultades cuando lo que está ausente es un particular

dato subjetivo a cuya presencia vincule el legislador —de forma excepcional— el efecto justificante, de modo correlativo a lo que sucede en aquellos tipos penales que contienen «elementos subjetivos del injusto».

En la monografía antes mencionada expusimos detalladamente nuestra posición al respecto, que cabe resumir como sigue. La concepción dualista del injusto, en los términos defendidos más arriba (*supra*, punto 6), choca absolutamente con dos de los planteamientos mencionados: la concepción puramente objetiva de la justificación, vinculada a una visión causal del injusto unilateralmente orientada hacia el desvalor (valor) de resultado, y la solución del delito consumado en caso de faltar el elemento subjetivo de justificación, tesis que sólo resulta perfectamente coherente desde una concepción monista-subjetiva del injusto, atenta exclusivamente al desvalor (valor) subjetivo de acción. Nos adherimos, por tanto, a la posición de quienes reclaman, para la plena producción del efecto justificante, el conocimiento, por parte de quien actúa, de que están presentes los presupuestos objetivos de la correspondiente causa de justificación, imputándosele, en caso contrario, el hecho a título de tentativa inidónea. Lo que inmediatamente nos lleva al debatido problema —que desborda ampliamente los límites de esta contribución— de si esta forma de tentativa resulta punible en el nuevo Código Penal español de 1995. Pues una respuesta negativa obligaría seguramente a entender que nuestro sistema legal ha optado por una concepción puramente objetiva de la justificación⁵².

9. Conforme al esquema anteriormente trazado (*supra*, punto 6), cierra esta caracterización del contenido del «tipo de justificación» una referencia, también muy somera, al problema del error sobre la justificación; sin duda, uno de los más debatidos en la dogmática penal de las últimas décadas. Existe amplio acuerdo en entender que si el sujeto yerra sobre la existencia misma, o sobre el alcance (los límites) de una causa de justificación, nos encontraremos ante una hipótesis de error de prohibición, reconducible —según opinión casi unánime en nuestra doctrina— a la previsión del art. 14.3 Cp.: si es invencible, «excluye la responsabilidad penal», mientras que «si el error fuera

51. Sobre la coherencia interna de las distintas concepciones del injusto sigue siendo fundamental el trabajo de HRUSCHKA, J., «Der Gegenstand des Rechtswidrigkeitsurteils nach heutigem Strafrecht. Zur Konsistenz möglicher Konzeptionen von der Bedeutung der Tatbestandsirrtums», en GA 1980, pp. 1-22. Cfr. también, más recientemente, SCHEFFLER, U., «Der Erlaubnistatbestandsirrtum und seine Umkehrung, das Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente», en Jura, 1993, pp. 617-626.

52. Para más información sobre estas cuestiones, permítasenos remitir a SANZ MORÁN, A. J., «Los elementos subjetivos de justificación», en el Libro-Homenaje al Profesor Valle Muñiz [en prensa].

vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados». Nuestro Código omite, sin embargo, toda referencia al supuesto de error más controvertido en este contexto (y posiblemente también, el más frecuente): el que se refiere a la presencia de los presupuestos objetivos (reales) de la correspondiente causa de justificación; la creencia errónea, por ejemplo, de ser objeto de una agresión ilegítima. Como es notorio, la calificación de esta clase de error como «de tipo» o «de prohibición» resulta indiferente desde el punto de vista de las teorías del *dolo* (hoy casi abandonadas), pues fijan los mismos efectos a las dos clases de error señaladas. La opción por una u otra calificación cobra, sin embargo, clara relevancia en aquellos sistemas legales —como sucede en el caso español— que asignan distintos efectos al error de tipo y al error de prohibición. Más concretamente, conforme al criterio del art. 14 Cp., si el error que estamos considerando se entiende que es de prohibición (y siempre que dicho error sea vencible) la conducta conllevará necesariamente la sanción correspondiente al tipo doloso realizado, por más que se rebaje la pena; mientras que si es considerado error de tipo vencible, dada la excepcionalidad de la tipificación imprudente, el hecho resultará impune en muchos casos. El primer punto de vista se aproxima así más a la vieja idea de la irrelevancia del error de prohibición (*error iuris nocet*)⁵³.

Como es bien sabido, la concepción finalista que podríamos denominar «ortodoxa», entiende que estamos aquí ante un error de prohibición («teoría estricta de la culpabilidad»); es decir, quien lesiona a otro creyéndose erróneamente agredido por éste, incurrirá en responsabilidad penal por las lesiones dolosas correspondientes, por más que se rebaje luego la pena en uno o dos grados. Sin embargo, la doctrina dominante en Alemania rechaza este punto de vista, entendiendo que el error vencible sobre los presupuestos ob-

jetivos de una causa de justificación debe —al igual que el error sobre un elemento del tipo de injusto— excluir la responsabilidad a título de *dolo*, perviviendo la posibilidad de imputar el hecho como culposo (dada la vencibilidad del error), allí donde la correspondiente figura delictiva sancione también la comisión imprudente del hecho. A esta solución se llega, sin embargo, por distintas vías. No hay duda de que la más coherente es la de quienes defienden la teoría de los elementos negativos del tipo, de la que nos ocupábamos críticamente más arriba (*supra*, punto 3). Por el contrario, las distintas versiones de la denominada «teoría limitada de la culpabilidad» (teoría de la doble posición del *dolo*, teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas, etc.)⁵⁴ suscitan serias dudas en cuanto a la respectiva fundamentación de aquel mismo resultado.

Ahora bien, no es preciso acudir a la teoría de los elementos negativos del tipo para fundamentar adecuadamente esta solución —que estimamos también la más satisfactoria— de excluir el *dolo* en los supuestos que estamos examinando. Basta con aplicar aquí —en palabras de TORIO— «el principio metódico de que el error sobre datos existentes en la realidad ha de reconducirse al criterio del error de tipo y el error sobre la justificación al criterio del error de prohibición»⁵⁵. Se debe, pues, mantener, en este punto, el paralelismo con lo que sucede en el ámbito de la fundamentación del injusto y distinguir también, en las causas de justificación —como ya propusiera ENGISCH—, entre el tipo y la valoración jurídica, separando así, dentro de ellas, entre error de tipo y error de prohibición⁵⁶. La solución indicada resulta, por otra parte, plenamente compatible con el régimen de la tentativa inidónea que proponíamos más arriba (punto 8) para los supuestos de desconocimiento de la situación objetiva justificante efectivamente existente.

53. Sobre los aspectos político-criminales del problema que aquí se discute, sigue siendo fundamental TORIO LÓPEZ, A., «El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código Penal. Indicaciones de política legislativa sobre la 'teoría de la culpabilidad'», en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, pp. 247-269.

54. Un análisis muy interesante de estas distintas versiones, nos lo ofrece GRÜNWARD, G., «Zu den varianten der eingeschränkten Schuldtheorie», en *NOLL-Fs.*, Zurich, 1984, pp. 183-196, quien concluye que «entre las variantes de la teoría limitada de la culpabilidad no existe diferencia objetiva alguna, sino sólo terminológica, consistente en que la palabra *dolo* se utiliza en cada caso para un concepto diverso» (p. 191). Expresamente en contra de esta posición, PAEFFGEN, H. U., «Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum», en *Gedächtnisschrift für Armin KAUFMANN*, Köln, 1989, pp. 399-425 (pp. 400 ss.). Un completo resumen del debate en ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit. (nota 29), pp. 579 y ss. Cfr. también, entre nosotros, la amplia información que ofrece REQUEJO CONDE, C., *La legítima defensa*, cit. (nota 43), *passim*, así como la clara síntesis de HUERTA TOCILDO, S., «Problemática del error sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación», en *Cuadernos de Derecho Judicial: El consentimiento. El error*, Madrid, 1993, pp. 249-283. En la doctrina italiana más reciente véase, por todos, DE VERO, G., «Le scriminanti...», cit. (nota 47), pp. 809 y ss.

55. Véase TORIO LÓPEZ, A., «Tipo, error de tipo...», cit. (nota 21), p. 110.

56. Véase ENGISCH, K., «Tatbestandsirrtum und Verbotirrtum bei Rechtfertigungsgründen», en *ZStW* 70 (1958), pp. 566-615 (especialmente, pp. 584, 586-587).

10. Una vez enunciados los problemas fundamentales que presenta el denominado «tipo de justificación», con sus componentes objetivo y subjetivo, es hora ya de centrarse en la consideración de los efectos jurídicos que acompañan a la presencia de una causa de justificación. También aquí tenemos que conformarnos con una caracterización muy general.

Como efectos comunes a todas las causas de justificación se señalan, convencionalmente, los siguientes (todos ellos vinculados a la idea central de que la conducta amparada por una causa de justificación está jurídicamente autorizada, es lícita, conforme a derecho)⁵⁷:

a) El partícipe (inductor, cómplice) de una conducta justificada está exento de responsabilidad penal, en virtud del principio de la «accesoriedad limitada» que rige en este campo, de conformidad con la doctrina absolutamente dominante. Sí cabría, por el contrario, autoría mediata de quien se sirve instrumentalmente de otro que actúa justificadamente.

b) Frente al autor de un comportamiento justificado no cabe imponer medidas de seguridad o de corrección. Éstas se vinculan siempre, en nuestro derecho positivo, a la realización de una conducta antijurídica por un sujeto inimputable o que actúa con imputabilidad disminuida, como se desprende inequívocamente de los artículos 95 y 101 a 104 del Código Penal de 1995.

c) El carácter lícito de la acción amparada por una causa de justificación permite excluir no sólo la responsabilidad penal, sino también la responsabilidad civil derivada del delito. Una aparente excepción lo constituye la previsión expresa de responsabilidad civil de las personas «en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado», establecida en el art. 118.1, regla 3.ª Cp., en relación de la exención de responsabilidad penal de quien actúa en estado de necesidad (art. 20.5 Cp.) Pero la doctrina absolutamente dominante, siguiendo la interpretación que de esta regla propusiera el Profesor

ANTÓN ONECA, entiende que no estamos aquí ante una hipótesis de responsabilidad civil *ex delicto*, sino vinculada más bien al enriquecimiento sin causa.

Como poníamos de manifiesto anteriormente, uno de los aspectos centrales de la discutida propuesta de GÜNTHER reside en la distinción entre verdaderas causas de justificación, que excluirían no sólo la responsabilidad penal, sino también la civil, administrativa, etc., y simples «causas de exclusión del injusto penal», que harían decaer éste, perviviendo, sin embargo, el carácter antijurídico general de la conducta. Pero de los problemas suscitados por la construcción del mencionado autor ya nos hemos ocupado sucintamente en otro lugar⁵⁸.

d) La acción justificada no puede constituir en modo alguno una «agresión ilegítima» y no cabe, por tanto, frente a ella, legítima defensa. Sobre esto no existen dudas. Surgen, sin embargo, dificultades allí donde —como veíamos anteriormente— se sustituye la efectiva presencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación por su «apariencia social objetiva». Es decir, cuando se estima suficiente para la justificación (real, y no sólo putativa) que quien actúa —o un observador imparcial situado en su lugar— tenga razones fundadas para creer que concurren aquellos presupuestos. Al ocuparnos con esta construcción (supra, punto 7) veíamos cómo el problema central de la misma reside en los derechos del afectado por dicha acción; pues, pese a resultar éste «realmente» agredido, el carácter justificado de tal agresión le privaría del derecho a la legítima defensa. Quienes defienden el planteamiento que comentamos tratan de salvar la dificultad a través de la vía del estado de necesidad defensivo⁵⁹. Pero al margen de las dificultades dogmáticas inherentes a esta construcción, lo cierto es que, como afirma la penalista portuguesa VALDAGUA, constituye «una inversión valorativa privar del derecho a la legítima defensa a la víctima inocente de una auténtica agresión y concederlo al defensor putativo

57. Para una caracterización general de los efectos de las causas de justificación, véase, por todos, LARRAURI, E., «Causas de justificación...», cit. (nota 7), *passim*; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Barcelona, 1998, pp. 425-426; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Consideraciones...», cit. (nota 17), pp. 520-522 y ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit. (nota 29), pp. 602-604. Por su parte, LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho penal...*, cit. (nota 27), pp. 575 y ss. propone distinguir entre causas de justificación del resultado y causas de justificación (sólo) de la acción, asignando eficacia parcialmente distinta a cada una de ellas (pp. 577-579).

58. Cfr. supra, punto 2, y allí las referencias de la nota 15. Entre nosotros, LUZÓN PEÑA ofrece una construcción próxima a la de GÜNTHER pero, quizá con mayor precisión, califica de «causas de atipicidad» —por ser el tipo instrumento de selección, específicamente penal, de conductas antijurídicas— a las denominadas por GÜNTHER «causas de exclusión del injusto penal» (*Strafrechtsausschliessungsgründe*). Véase LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de Derecho penal...*, cit. (nota 27), pp. 563 y ss. y, ya antes, del mismo autor, «Causas de atipicidad y causas de justificación», en D. M. LUZÓN PEÑA/S. MIR PUIG (Coords.), *Causas de justificación...*, cit. (nota 15), pp. 21-43.

59. Véase, por todos, BALDO LAVILLA, F., *Estado de necesidad...*, cit. (nota 41), *passim*.

puesto que éste, por «razonable» y «fundado» que sea su error, ataca efectivamente un bien jurídico protegido penalmente»⁶⁰.

Hasta aquí los principales efectos comunes a todas las causas de justificación⁶¹. Pero no podemos cerrar este epígrafe sin referirnos a algún otro aspecto complementario. En primer lugar, tenemos el problema de la provocación (intencional o imprudente) de la situación justificante por parte de quien alega después obrar justificadamente. Se trata de un planteamiento que manifiesta una estructura paralela a la que está presente en las hipótesis de *actio libera in causa*. De ahí el empleo, en los casos que nos ocupan, de la expresión: *actio illicita in causa*, discutiéndose qué supuestos abarca y cuáles son los efectos de su concurrencia. Tampoco podemos detenernos aquí en el análisis de estas cuestiones. Pero hay que tener presente, a la hora de abordarlas, que el derecho positivo español ofrece pautas que resuelven, al menos parcialmente, el problema, al establecer, como requisito particular de algunas causas de justificación –en concreto, la legítima defensa (art. 20.4 Cp.) y el estado de necesidad (art. 20.5 Cp.)–, referencias expresas a la falta de provocación de la situación justificante correspondiente⁶².

También presenta particularidades el Derecho español en lo que se refiere al último de los problemas que vamos a mencionar en este contexto. Como ya destacara KERN, en una contribución clásica, la antijuricidad de una acción no es una dimensión que simplemente concurre o no, sino

que posee una naturaleza graduable, por más que el legislador alemán pareciera no tenerlo en cuenta⁶³. No existe duda, sin embargo, en nuestro sistema legal, sobre la posibilidad de graduar el contenido de injusto del hecho a través de la técnica de la justificación parcial o incompleta. Como es bien sabido, el art. 21.1 Cp. contiene una regla en cuya virtud se podrá rebajar, en uno o dos grados, la pena (según establece el art. 68 Cp.), «cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad», en los distintos supuestos recogidos en el artículo precedente. Estamos aquí ante la categoría conocida como «eximente incompleta», que permite una sensible rebaja de la pena, pese a la ausencia de alguno de los requisitos –aunque no de los esenciales, según opinión dominante– de la correspondiente causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad⁶⁴. Más aún, según la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, cabe incluso la aplicación de la circunstancia atenuante analógica del art. 21.6 Cp., con los efectos que sobre la pena aplicable prescribe el art. 66 Cp., en algunos casos en que no sea posible acudir a la mencionada eximente incompleta. Por lo que a la justificación se refiere, tendríamos, según esto, una escala que va desde la apreciación de la causa de justificación, con los efectos arriba reseñados, pasando por la admisión de una causa de justificación incompleta o una circunstancia atenuante análoga a ella –con distinto grado de aminoración de la pena en cada caso–, hasta la plena antijuricidad de la conducta

60. Véase VALDAGUA, M.ª de C. S., «Legítima defensa y legítima defensa putativa. Observaciones a la ponencia de Muñoz Conde» (trad. D. FELIP I SABORTI), en B. SCHÜNEMANN/J. DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.), *Fundamentos...*, cit. (nota 5), pp. 201-204 (p. 202). Una vía, en cierto modo conciliadora, nos ofrece LENCKNER, TH., en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, cit. (nota 17), núms. margs. 9 y ss., antes del párrafo 32, con su distinción entre las causas de justificación que confieren un «derecho de intervención» (*Eingriffsrecht*), con el correspondiente «deber de tolerancia» (*Duldungspflicht*) del afectado y aquellas otras que otorgan una simple «autorización de la conducta» (*Handlungsbefugnis*). De modo semejante, entre nosotros, LARRAURI, E., «causas de justificación...», cit. (nota 7), p. 105. Una diferenciación más compleja propone JAKOBS, G., *Strafrecht...*, cit. (nota 31), pp. 288 y ss. Dada la índole de la presente contribución, no podemos detenernos en el análisis de estos planteamientos.

61. Otra consecuencia, menos determinante, que se aduce en este contexto es la del tratamiento diverso del error sobre las causas de justificación y el error sobre las causas de exculpación. Sobre esta cuestión, de la que no podemos ocuparnos aquí, cfr., por todos, CORTÉS ROSA, M., «La función...», cit. (nota 7), pp. 252-255, con una clara comparación de los modelos alemán y portugués y, en nuestra doctrina, ALONSO ÁLAMO, M., «Error sobre los presupuestos reales de las causas de exclusión de la culpabilidad», en *Estudios de Derecho penal y criminología en homenaje al Profesor José María Rodríguez Devesa*, t.I, Madrid, 1989, pp. 59-81.

62. Para el debate comparado, con base en los modelos anglosajón y alemán, cfr. las contribuciones de P. H. ROBINSON («Causing the Conditions of One's Own Defense: A Study in the Limits of Theory in Criminal Law Doctrine») y J. HERRMANN («Causing the Conditions of One's Own Defense: The Multifaceted Approach of German Law»), publicadas ambas en A. ESER/G. P. FLETCHER (Hrsg.), *Rechtfertigung...I*, cit. (nota 2), pp. 657-743 y 745-773, respectivamente. En nuestra literatura, cfr., especialmente, LUZÓN PEÑA, D. M., «Actio illicita in causa y provocación en las causas de justificación», en *ADPCP 1994*, pp. 61-86 (publicado también en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona 1997, pp. 243-267).

63. Véase KERN, E., «Grade der Rechtswidrigkeit», en *ZStW 64* (1952), pp. 255-291. Cfr. también NOLL, P., «Tatbestand und Rechtswidrigkeit...», cit. (nota 18), pp. 17 y ss.

64. Véase la ya clásico monografía de CORDOBA RODA, J., *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, Oviedo, 1996. De la literatura más reciente, destaca VALLE MUÑOZ, J. M., «Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español», en *ADPCP 1992*, pp. 561-612.

típica. Todo ello pone inequívocamente de manifiesto el reconocimiento legislativo del carácter eminentemente gradual de los juicios de antijuricidad y culpabilidad, lo que posibilita una gran flexibilidad en el tratamiento de los distintos supuestos particulares⁶⁵.

11. Cerramos esta contribución a la teoría general de las causas de justificación con una breve referencia al problema del concurso de causas de justificación. Se trata de una cuestión que sólo ha sido objeto de atención desde hace pocos años, fechándose en 1972 la primera contribución monográfica, debida a WARDA⁶⁶. Ello hace que nos encontremos aquí con un terreno todavía poco explorado y que, lógicamente, no se hayan obtenido aún resultados concluyentes⁶⁷.

Dejando de lado la posibilidad o no de concursos efectivos (difícilmente en forma de concurso real, con mayor probabilidad como concurso ideal) de «tipos de justificación», la cuestión central objeto de debate reside en determinar si son posibles relaciones de preferencia entre causas de justificación *prima facie* aplicables a un mismo hecho, en el sentido de la teoría del concurso aparente de normas penales y, en tal caso, si vienen en consi-

deración también aquí los principios informadores que, para el tratamiento de estos conflictos, se barajan cuando el aparente concurso lo es de leyes penales *stricto sensu*, tal y como aparecen reflejados aquellos en el artículo 8 del Código Penal de 1995⁶⁸.

Más concretamente, el problema que, ante todo, ha ocupado a nuestra doctrina es el de si cabe apelar a la legítima defensa, en los mismos términos que el particular, por parte del agente ejecutivo del Estado que actúa en el cumplimiento de su función. Los términos de este problema han sido analizados con detalle por SÁNCHEZ GARCÍA quien, frente al criterio de un amplio sector de la doctrina, en el sentido de considerar «*lex specialis*» a la causa de justificación prevista en el art. 20.7 Cp. frente a la legítima defensa y negar, por tanto, la aplicabilidad de esta última a la hipótesis que nos ocupa, entiende —a nuestro juicio, con razón— que nos encontramos aquí más bien ante una relación de subsidiariedad, puesto que los ámbitos de aplicación de las referidas eximentes se comportan como círculos secantes, y en tal situación, será *lex principalis* la legítima defensa, perfectamente aplicable, por tanto, en este contexto⁶⁹.

65. Esta flexibilidad del modelo legislativo español hace en alta medida innecesarias aquí, según DIEZ RIPOLLÉS, J. L., «La categoría...», cit. (nota 15), pp. 739 y ss., construcciones como la de GÜNTHER y otros autores próximos a sus planteamientos.

66. Véase WARDA, G., «Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen», en MAURACH-Fs., Karlsruhe 1972, pp. 143-172. En la doctrina española, la primera contribución monográfica se debe a CUERDA RIEZU, A., «Sobre el concurso entre causas de justificación», en ADPCP 1990, pp. 519-556 (publicado también en D. M. LUZÓN PEÑA/S. MIR PUIG (Coords.), *Causas de justificación...*, cit. (nota 15), pp. 215-257).

67. Así, expresamente, ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit. (nota 29), p. 576. Cfr. también las breves consideraciones dedicadas a este problema en algunas obras generales; por ejemplo, JAKOBS, G., *Strafrecht...*, cit. (nota 31), pp. 293-294 o, entre nosotros, LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho penal...*, cit. (nota 27), pp. 581-582.

68. Para una crítica de este precepto, permítasenos remitir a SANZ MORÁN, A. J., «Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código Penal de 1995», en el *Libro-Homenaje al Profesor Torja López* (en prensa).

69. Véase SÁNCHEZ GARCÍA, I. *Ejercicio legítimo...*, cit. (nota 39), pp. 319-349 (especialmente, pp. 343 y ss.)