

Sobre el concurso entre causas de justificación

ANTONIO CUERDA RIEZU

Catedrático de Derecho Penal.
Universidad de León

I

Aunque tradicionalmente los problemas concursales suelen suscitarse en el ámbito de las normas que prevén infracciones penales, cabe plantear también si es posible el concurso entre causas de justificación. Y en caso de que se responda afirmativamente a esa cuestión, resulta preciso determinar si los criterios de solución que se emplean en la teoría del concurso son transvasables a la concurrencia de causas de justificación.

La hipótesis de un concurso entre causas de justificación tiene no sólo relevancia teórica sino también práctica. En primer lugar, porque dado que las causas de exclusión del injusto presentan distintos presupuestos objetivos y subjetivos, no resulta irrelevante decidir cuál de las varias causas de justificación —en principio aplicables— va a dar lugar finalmente al efecto de conformidad de la conducta; desde una perspectiva *ex ante*, al sujeto que actúa le interesa saber qué requisitos debe cumplir para alcanzar la justificación: si los de una o los de otra causa de justificación; y desde una perspectiva *ex post*, el juez estará igualmente interesado en conocer si tiene que comprobar el cumplimiento de los presupuestos sólo de una o bien de varias causas de justificación, aunque sólo sea por el distinto esfuerzo y tiempo que conlleva cada una de esas posibilidades. Pero en segundo lugar, la importancia teórica y práctica de las hipótesis concursales entre causas de justificación se pone de relieve cuando una misma conducta resultaría conforme a Derecho según una causa de exclusión del injusto, pero contraria a Derecho según otra causa de justificación; la respuesta de un policía en el desempeño de sus funciones a una agresión ilegítima, consistente en la muerte del agresor, puede calificarse de desproporcionada desde el punto de vista del cumplimiento del deber (art. 8, 11) y por lo tanto no conforme a Derecho, pero simultáneamente puede entenderse que esa misma acción cumple

el requisito de la necesidad racional y los demás de la legítima defensa (art. 8, 4), con lo que la conducta quedaría justificada desde la perspectiva de esta última causa de exclusión del injusto. La alternativa que se presenta en este caso es la siguiente: o apreciar la legítima defensa con la consiguiente impunidad del policía, o desestimar el cumplimiento del deber, imponiendo al policía una pena, aunque posiblemente atenuada. Tal alternativa —impunidad o punición— acreditada por sí sola la necesidad de dedicar algunas reflexiones generales a las cuestiones concursales entre causas de justificación.

El planteamiento de estas cuestiones no debe resultar demasiado sorprendente. Es cierto que las situaciones concursales no sólo se dan entre figuras de delitos, sino también entre las circunstancias que excluyen alguna de las categorías del delito, es decir, entre las denominadas normalmente por doctrina y jurisprudencia «eximentes», que aparecen enumeradas en el artículo 8 del Código Penal español. Resulta perfectamente posible que en un supuesto de hecho concurren dos o más eximentes de distinta naturaleza. Así, por ejemplo, si el menor de dieciséis años actúa en legítima defensa, son apreciables las eximentes de minoría de edad penal (art. 8, 2) y de legítima defensa (art. 8, 4). Ahora bien, cada una de estas circunstancias ostenta una distinta naturaleza: en un caso se trata de una causa de inimputabilidad (o de incapacidad de culpabilidad), mientras que en el otro se trata de una causa de justificación. La solución de este concurso no debe sin embargo plantear especiales problemas: por razones sistemáticas y lógicas, derivadas de la teoría jurídica del delito, la eximente de legítima defensa debe ser considerada preferente, pues elimina la categoría del injusto que es previa a la de imputabilidad (o capacidad de culpabilidad); no es necesario atribuir a un sujeto una conducta que es conforme a Derecho. Ahora bien, la estimación de que un hecho se encuentra justificado comporta consecuencias más beneficiosas que las que se derivan de un hecho cometido por un inimputable: en materia de legítima defensa frente a esos hechos, de participación, de error, de imposición de medidas de seguridad y de responsabilidad civil. Por consiguiente, la preferencia de la causa de justificación sobre la de inimputabilidad constituye una consecuencia jurídica concursal que no coincide con las habituales en la teoría tradicional del concurso: acumulación, asperación, absorción, etc.; se asemeja únicamente a la del efecto oclusivo del tipo más benigno, pero en el caso que nos ocupa el concurso no se resuelve aplicando un tipo, en el sentido de un tipo de injusto, sino la calificación jurídica más benigna.

A la misma solución habría que llegar en los casos de concurso entre eximentes y atenuantes; por ejemplo, el menor de dieciséis años (eximente del art. 8, 2) es también necesariamente menor de dieciocho años (atenuante del art. 9, 3), pero obviamente en el caso de que realice un tipo de injusto, su responsabilidad quedará excluida y no

meramente atenuada (1). La regla de la calificación jurídica más benigna rige también cuando concurren atenuantes entre sí; Antón Oneca ofreció un supuesto suficientemente ilustrativo de ello: «los Tribunales han vacilado a veces entre el estado de necesidad incompleto y el arrebató y obcecación, y la decisión en el caso de que sean realmente incompatibles, debe recaer a favor de la eximente por determinar un descenso de la pena en uno o dos grados» (2).

La posibilidad de que se origine un concurso de eximentes de distinta naturaleza, de eximentes y atenuantes o de atenuantes entre sí, habla ya en favor de las hipótesis concursales en las eximentes de la misma naturaleza y, más en concreto, en las causas de justificación. Incluso creo que no se me podrá acusar de precipitado si respondo ya afirmativamente a una de las preguntas que formulaba al comienzo de este trabajo: estimo que es posible el concurso entre causas de justificación. El ejemplo ya formulado del policía que en acto de servicio mata al injusto agresor, avala esa afirmación. Pero también cabe pensar en otros supuesto: el que está amparado por legítima defensa (art. 8, 4), obra normalmente en el ejercicio legítimo de un derecho (art. 8, 11); el que actúa en virtud de obediencia debida (art. 8, 12), cumple un deber (art. 8, 11); quien en una situación de necesidad consistente en una colisión de deberes infringe uno de ellos (art. 8, 7), cumple asimismo un deber (art. 8, 11).

Queda pues por contestar a la cuestión de si los criterios de solución que se barajan en la tradicional teoría del concurso son también aplicables en el ámbito de las causas de justificación. Para intentar responder a ella, voy a contemplar a continuación el estado de la doctrina y de la jurisprudencia españolas sobre este tema; analizaré después las posiciones de la ciencia penal alemana; y, por último, dedicaré un apartado a las modalidades de concurso que pueden surgir entre causas de justificación, sin olvidar a las causas de justificación incompletas.

II

Pero lo que alcanzo a ver, en la doctrina española no se ha abordado en profundidad el concurso entre causas de justificación, pero sí se han estudiado aspectos parciales del problema o bien se han efectuado planteamientos que ciertamente tienen relación con el problema que aquí nos interesa.

(1) Admite también el concurso entre eximentes y atenuantes CÓRDOBA RODA en CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO *Comentarios al Código Penal* t. 1 1976 p. 334.

(2) ANTÓN ONECA *Derecho penal* 2.ª ed. 1986 (anotada y corregida por HERNÁNDEZ GUIJARRO y BENEYTES MERINO) p. 497. La referencia a la atenuante de arrebató u obcecación corresponde en la actualidad a la circunstancia 8.ª del artículo 9.

Una de estas manifestaciones consiste en la preocupación por delimitar con bastante rigor el ámbito de aplicación de las distintas causas de justificación. Esta tendencia delimitadora se constata claramente en los criterios de distinción que se ofrecen para diferenciar la legítima defensa del estado de necesidad (3), pero también se aprecia a la hora de distinguir otras causas de justificación: así, el cumplimiento del deber y el estado de necesidad por colisión de deberes (4); o el ejercicio legítimo de un derecho y la legítima defensa (5); o la legítima defensa y el cumplimiento de un deber (6); o la obediencia debida y el cumplimiento de un deber (7); o el consentimiento y el estado

(3) Cfr., por ejemplo: CÓRDOBA RODA en *Comentarios al Código Penal* t. I cit. p. 245; LUZÓN PEÑA *Aspectos esenciales de la legítima defensa* 1978 p. 79 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General* 1984 pp. 285, 315, 322, 325, 370 ss.; LUZÓN PEÑA «Legítima defensa y estado de necesidad defensivo» en *Comentarios a la legislación penal* t. V vol. I 1985, pp. 228-229; MIR PUIG *Derecho penal. Parte General* 2.ª ed. 1985 p. 381 y ss.; SÁINZ CANTERO *Lecciones de Derecho penal. Parte General* t. II 2.ª ed. 1985 p. 354; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ *Derecho penal español. Parte General* 12.ª ed. 1989 p. 556 y ss.; QUINTERO OLIVARES *Derecho penal. Parte General*, 2.ª ed. 1989 pp. 452 470 y 472; MUÑOZ CONDE *Teoría general del delito* 2.ª ed. 1989 p. 98.

(4) Cfr. diversos criterios de distinción en: RODRÍGUEZ MOURULLO *La omisión de socorro en el Código Penal* 1966 p. 238 ss.; MIR PUIG «Problemas del estado de necesidad en el artículo 8, 7.º del Código Penal» en *Estudios jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez Vitoria*, t. I 1983 p. 513 y ss.; CUERDA RIEZU *La colisión de deberes en Derecho penal* 1984 p. 253 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ *Teoría jurídica del delito*, cit. pp. 403, 405, 411; BACIGALUPO *Principios de Derecho penal. II: El hecho punible* 1985 p. 81; MIR PUIG *PG* cit., p. 414 y ss.; CEREZO MIR «Noción del estado de necesidad como requisito básico de la eximente del núm. 7 del artículo 8.º del Código Penal español. Estado de necesidad y colisión de deberes» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* núm. 11 monográfico 1986 p. 205 ss.; Díez RIPOLLES «La huelga de hambre en el ámbito penitenciario» en *Cuadernos de Política Criminal* núm. 30 1986 pp. 636-637; el mismo «El artículo 417 bis del Código Penal y su naturaleza jurídica» en *Comentarios a la legislación penal*, t. IX 1989 p. 116 nota 165; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *Honor y libertad de expresión. Las causas de justificación en los delitos contra el honor* 1987 p. 45 ss., especialmente pp. 46-48 nota 51; QUINTERO OLIVARES *PG* cit., pp. 445-446.

(5) Cfr. por ejemplo: MIR PUIG *PG* cit. p. 420; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ *PG* cit. p. 512.

(6) Cfr. por ejemplo: CÓRDOBA RODA en *Comentarios al CP* cit. pp. 366-369; LUZÓN PEÑA *Aspectos básicos*, cit. pp. 51, 103 y ss., especialmente p. 104 nota 405; QUERALT I JIMÉNEZ, «Coacción directa y justificación» en *Revista Jurídica de Cataluña* 1983 núm. 3 pp. 112, 115 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ *Teoría jurídica del delito* cit. pp. 401 ss., 405, 411 y s.; MIR PUIG *PG* cit. pp. 417 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA *Tocildo Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito* 2.ª ed. 1986 pp. 260 s.; CEREZO MIR «La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales* t. 40 1987 pp. 282-283; CEREZO MIR «Cumplimiento del deber por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* núm. 12 (homenaje al Prof. José Antonio Sáinz Cantero) 1987 (publicado en 1989) vol. I pp. 61-62; MUÑOZ CONDE *Teoría general del delito* cit. p. 110.

(7) Cfr. QUERALT I JIMÉNEZ *La obediencia debida en el Código Penal* 1987 pp. 445 ss., con más indicaciones bibliográficas; QUINTERO OLIVARES *PG* cit. pp. 444-445; MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito* cit. p. 107.

de necesidad (8). Por otra parte, si se estima que la exigente de miedo insuperable es también una causa de justificación, opinión que yo comparto (9), puede incluirse también aquí la distinción entre miedo insuperable y estado de necesidad (10), o entre miedo insuperable y legítima defensa (11).

Tal vez este interés en trazar límites entre unas y otras causas de justificación obedezca al amplio catálogo de éstas que ofrece el propio Código Penal; esta amplitud determina a su vez que algunas de ellas muestren unos rasgos semejantes; ahora bien, la similitud de dos preceptos obliga al intérprete a buscar las diferencias que los separan, con el fin de reconocer un ámbito de aplicación distinto a cada uno de ellos. El principio de vigencia da preferencia a la interpretación que otorga sentido a un precepto o grupo de preceptos, frente a aquella otra interpretación que les niega su sentido y se inclina por su carácter superfluo (12).

Me parece, no obstante, indudable que una estricta diferenciación entre las causas que excluyen el injusto, tiene una directa repercusión sobre las posibilidades de concurso entre ellas. Puede formularse la regla de que cuanto mayor sea la diferenciación menos serán los supuestos de concurso que puedan surgir. Si, por ejemplo, para definir el ámbito de aplicación de la causa de justificación A se exige que no se dé el ámbito de aplicación de la causa de justificación B, entonces queda claro que no es posible que concurren A y B.

Otro planteamiento cercano al problema que nos ocupa tiene lugar cuando se reconoce que alguna de las causas de justificación presenta un carácter genérico frente a todas las demás. Así, Cobo del Rosal y Vives Antón afirman que el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo es una causa de justificación genérica, frente a la cual las demás no representan sino supuestos específicos (13); de forma similar, Carbonell Mateu estima que la exigente undécima del artículo 8 desempeña el papel de cláusula general de justificación (14). No obstante, otros autores descar-

(8) Cfr. MIR PUIG *PG* cit. p. 457, si bien este autor no atribuye al consentimiento, con carácter general, la naturaleza de una causa de justificación; MUÑOZ CONDE *Teoría general del delito* cit. pp. 114-115.

(9) En este sentido: GIMBERNAT ORDEIG *Introducción a la Parte General del Derecho penal español* 1979 p. 66; CUERDA RIEZU *La colisión de deberes* cit. pp. 250 y ss. nota 11; GÓMEZ BENÍTEZ *Teoría jurídica del delito* cit. pp. 435 y ss.

(10) Cfr. al respecto: CÓRDOBA RODA en *Comentarios al Código Penal* t. I cit. pp. 356 y 358; CUERDA RIEZU *Colisión de deberes* cit. pp. 250 y ss. nota 11, con más indicaciones bibliográficas; GÓMEZ BENÍTEZ *Teoría jurídica del delito* cit. pp. 429-435 ss.

(11) Cfr. por ejemplo: CÓRDOBA RODA en *Comentarios al Código Penal* t. I cit. pp. 346 s.; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito* cit. pp. 355-357.

(12) Sobre el principio de vigencia cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN *Derecho penal. Parte General* 3.^a ed. 1990 p. 93.

(13) Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN *PG* cit. p. 359.

(14) Cfr. CARBONELL MATEU *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes* 1982 pp. 128-129. QUINTERO OLIVARES *PG* cit. pp. 446/447 pone de manifiesto

tan este planteamiento; así Octavio de Toledo y Huerta Tocildo estiman que dicha causa de exclusión del injusto tiene un carácter subsidiario y residual frente a las demás, de modo que sólo será aplicable cuando no sean apreciables otras causas de justificación, como la legítima defensa o el estado de necesidad (15).

Por otro lado, un sector de la doctrina ha efectuado una contraposición entre causas de justificación genéricas y causas de justificación específicas. Cabe mencionar aquí a autores como Rodríguez Muñoz (16), Jiménez de Asúa (17), Rodríguez Mourullo (18), Sáinz Cantero (19) o Cerezo Mir (20). Parten de la idea de que las causas de justificación incluidas en el artículo 8 son *en principio* aplicables a todas las figuras delictivas previstas en la Parte Especial del Código, y de ahí que reciban la denominación de genéricas; pero existen además concretas causas de justificación previstas para una determinada infracción y que por lo tanto son específicas. Rodríguez Mourullo explica que la subsistencia de tales causas de justificación específicas obedece a motivos históricos: inicialmente las causas de justificación se regulaban en referencia a concretos delitos, pero progresivamente, y por razones de técnica y economía legislativa, los Códigos actuales se ocuparon de ellas en su Parte General; no obstante, alguna de estas causas de justificación específicas vinculadas a determinados delitos, ha subsistido a pesar del proceso de generalización (21). Se observa pues que el carácter de causas específicas se vincula al hecho de que son aplicables a un delito y no a la circunstancia de que sean concreciones de una causa de justificación más genérica.

Si bien se acepta esta categoría de las causas de justificación específicas, no existe acuerdo sobre todos los supuestos que deben incluirse dentro de ella. El caso que menos discusión plantea es la disposición contenida en el artículo 491, que exime de la pena prevista para el delito de allanamiento de morada, cuando el que entra en la morada ajena lo hace para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, o al que efectúa la misma conducta para prestar

que «del ejercicio legítimo del derecho se ha dicho que constituye la *matriz* de todas las causas de justificación, que podrían resumirse en ella ya que expresa la esencia de todas las demás» (cursiva en el original).

(15) Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO *PG* cit. p. 250.

(16) Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ *Notas a la traducción del Tratado de Derecho penal de MEZGER* t. I 1935 p. 167, manifestando que la existencia de causas de justificación específicas constituye «un defecto en la estructura técnica del Código».

(17) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA *Tratado de Derecho penal* t. III 3.ª ed. 1965 p. 1060.

(18) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO «Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad» en *Estudios penales. Libro Homenajes al Prof. J. Antón Oneca* 1982 p. 511.

(19) Cfr. SÁINZ CANTERO *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, t. II 2.ª ed. 1985 p. 324.

(20) Cfr. CEREZO MIR *Curso de Derecho penal español. Parte General I* 3.ª ed. 1985 p. 404.

(21) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO *ibidem*.

algún servicio humanitario o a la justicia (22). Se suele reconocer también que una modalidad de *exceptio veritatis*, la que consiste en la prueba de la verdad de las imputaciones injuriosas dirigidas contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo, prevista en el primer inciso del párrafo primero del artículo 461, constituye una causa de justificación específica (23), si bien algún autor no comparte esta opinión (24). Un sector de la doctrina menciona en este contexto la salvedad incluida en el actual artículo 489 ter, relativo al delito de omisión del deber de socorro, salvedad expresada en los siguientes términos: «cuando pudiese hacerlo [sc. prestar socorro] sin riesgo propio ni de tercero» (25), postura que ha sido rechazada por otro sector doctrinal (26). Más discutible es la exención de responsabilidad, regulada en el párrafo tercero del artículo 497, por descubrimiento de secretos y que alcanza «a los padres, tutores o quienes hagan sus veces en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia» (27). La inclusión en 1985 del artículo 417 bis, que contiene las llamadas indicaciones del aborto, suscitó la polémica en torno a su naturaleza, siendo dominante en la actualidad la concepción que las considera causas de justificación específicas (28).

(22) Cfr. en este sentido, por ejemplo: JIMÉNEZ DE ASÚA *Tratado* cit. p. 1060; SUÁREZ MONTES *El delito de allanamiento de morada separata de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1986 pp. 36 y 38-39; QUINTANO RIPOLLES *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal* t. I vol. II 2.^a ed. (puesta al día por GIMBERNAT ORDEIG) 1972 p. 991; CEREZO MIR *Curso* cit. p. 404; BUSTOS RAMÍREZ *Manual de Derecho penal. Parte Especial* 1986 p. 104; JORGE BARREIRO *El delito de allanamiento de morada* 1987 p. 85; MUÑOZ CONDE *Derecho penal. Parte Especial* 7.^a ed. 1988 p. 156; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU en COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN/BOIX REIG/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU *PE* cit. p. 732; BAJO FERNÁNDEZ *Manual de Derecho penal (Parte Especial). Delitos contra la libertad y seguridad, honestidad, honor y estado civil* 1989 p. 93; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ *Derecho penal español. Parte Especial* 12.^a ed. 1989 pp. 325 y ss.

(23) Así, entre otros: JIMÉNEZ DE ASÚA *ibidem*; CEREZO MIR *ibidem*; CUERDA RIEZU *Colisión de deberes* cit. pp. 75 y s.; BUSTOS RAMÍREZ *PE* cit. p. 170; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *Honor y libertad de expresión* cit. p. 89, con indicación de doctrina más antigua en el mismo sentido; MUÑOZ CONDE *PE* cit. p. 120; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ *PE* cit. p. 244.

(24) Cfr. VIVES ANTÓN en COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN/BOIX REIG/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU *PE* cit. pp. 605 y s.

(25) Cfr. en este sentido RODRÍGUEZ MOURULLO en *Libro Homenaje a Antón* cit. p. 511.

(26) Cfr. CEREZO MIR *Curso* cit. pp. 404-405 nota 12.

(27) Cfr. la controversia sobre si este precepto constituye una causa de justificación específica o una excusa absolutoria, en CEREZO MIR *Curso* cit. pp. 404-405 nota 12 con bibliografía en ambos sentidos, otorgando este autor a dicho precepto la naturaleza de una excusa absolutoria.

(28) En este sentido ya me manifesté en relación al precepto análogo recogido en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal (art. 148); cfr. CUERDA RIEZU «El delito de aborto ante la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal» en *Documentación Jurídica* núm. 37-40 vol. 1 1983 pp. 375 y ss. Una visión exhaustiva de la doctrina actual ofrece Díez RIPOLLES en *Comentarios a la legislación penal* t. IX cit. pp. 91 ss., quien se manifiesta también partidario de considerar que las indica-

Sin embargo, no se acostumbra a mencionar dentro de esta categoría el segundo párrafo del artículo 428, que exime de la pena correspondiente a las lesiones cuando media consentimiento libre y expresamente emitido en los supuestos de trasplantes de órganos efectuados con arreglo a la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo; seguramente, este olvido tiene su razón en los graves problemas que suscita el artículo 428 y en la polémica que reina en torno a la naturaleza del consentimiento, pero por lo general se admite que este precepto, cuando se acomete su estudio más particularizado, representa una causa de justificación (29); creo que esta opinión puede ser compartida cuando la actuación del facultativo realiza la parte positiva del tipo de lesiones, bien por no perseguir una finalidad curativa, bien por no tener éxito la intervención. Por otra parte, no se califica de causa de justificación específica la cláusula «como no sea en justa defensa», que aparece en el vigente artículo 585, 1.º, relativo a la falta de amenazas leves con armas o sacándolas en riña, tal vez por entender que supone una simple remisión a la causa de justificación de legítima defensa del artículo 8, 4. Tampoco se ha extendido la calificación de causas de justificación específicas a los denominados por la doctrina alemana «elementos de valoración global del hecho» (30); estos elementos se manifiestan a veces con expresiones tales como «sin estar legítimamente autorizado» (art. 496), «fuera de los casos permitidos por la Ley» (art. 482), etc. (31); se trata pues de elementos de los que depende la total anti-juridicidad de la conducta y que remiten por lo general a todas las causas de justificación, no añadiendo por tanto ningún dato específico que permita considerarlos causas de justificación especiales o específicas frente a las genéricas (32) (33).

ciones son causas de justificación específicas (pp. 102 y 110 ss.). Con posterioridad, también en el mismo sentido, LUZÓN PEÑA «Indicaciones y causas de justificación en el aborto» *Poder Judicial* núm. 13 1989 pp. 30 y ss.

(29) Cfr. en este sentido, y por citar sólo algunas obras generales: GÓMEZ BENÍTEZ *Teoría jurídica del delito* cit. pp. 400 y 426; BAJO FERNÁNDEZ *Manual de Derecho penal (Parte Especial). Delitos contra las personas* 1986 p. 163; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TUCILDO *PG* cit. p. 256; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU en COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN/BOIX REIG/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU *PE* cit. p. 580; MUÑOZ CONDE *Teoría general del delito* cit. p. 116.

(30) Cfr., por ejemplo: ROXIN *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico* 1979 p. 131; JESCHECK *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil* 4.ª ed. 1988 p. 223.

(31) Cfr. sobre estos y otros supuestos, su naturaleza y alcance, MIR PUIG *Adiciones al Tratado de Derecho penal. Parte General* de JESCHECK vol. I 1981 pp. 344 y s.

(32) El problema que plantean estos elementos es ante todo si pertenecen al tipo o a la antijuridicidad y, correlativamente, si pueden dar lugar a causas de atipicidad o a causa de justificación, con las consiguientes implicaciones en materia de error. Según PERRON «Justificación y exclusión de la culpabilidad a la luz del Derecho comparado» *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* t. 41 1988 p. 147 en España «la delimitación entre exclusión de la tipicidad y justificación se ha cuestionado mucho

Otro planteamiento de la doctrina española, que se aproxima aún más a los problemas concursales entre causas de justificación, se observa en el empleo de una técnica que podría designarse «de remisión a otra causa de justificación»; dicha técnica consiste en lo siguiente: ante la ausencia de uno de los presupuestos de una causa de justificación, se indica que no es posible amparar la conducta bajo esa causa de justificación, pero sí cabe considerar conforme a Derecho esa misma conducta de acuerdo a otra causa de justificación. Ello ocurre con bastante frecuencia en la legítima defensa: si falta alguno de sus requisitos, hay autores que admiten la posibilidad de recurrir al estado de necesidad (34), o al miedo insuperable (35); pero también se procede de la misma manera en el ámbito del estado de necesidad, recurriéndose al miedo insuperable (36); o en el del consentimiento, recurriéndose al estado de necesidad (37); o en el de la obediencia

menos que en Alemania, decidiéndose en general desde perspectivas predominantemente formales, en función de la posición del precepto correspondiente en la Parte General o en la Parte Especial del Código», si bien reconoce (p. 147, nota 36) que algunos autores españoles admiten la existencia de causas de justificación en la Parte Especial del Código Penal.

(33) Según QUINTERO OLIVARES *PG* cit. p. 443, cuando se presentan estos elementos «no procede invocar la eximente 11.ª del artículo 8, la cual queda reservada precisamente para conductas típicas cuya justificación no ha sido prevista “a priori” por el derecho».

(34) Cfr., por ejemplo: MAGALDI *La legítima defensa en la Jurisprudencia española* 1976 pp. 132-133 (cuando el ataque a los bienes jurídicos no procede de una acción); LUZÓN PEÑA: *Aspectos esenciales* cit. pp. 147 (en la misma hipótesis) 474/475 (cuando el ataque a la propiedad o a la morada no constituye agresión según el art. 8, 4, pero remitiendo en tal caso a un estado de necesidad defensivo propuesto *de lege ferenda*); GIMBERNAT ORDEIG *Introducción a la Parte General del Derecho penal español* 1979 pp. 55-56 (cuando falta la acción) y 57 (cuando el ataque a la propiedad o a la morada no constituye agresión según el art. 8, 4); GÓMEZ BENÍTEZ *Teoría jurídica del delito* cit. pp. 335 (cuando la defensa se dirige contra hechos imprudentes), 336 y s. (cuando la defensa se dirige contra omisiones), 341/342 (cuando la defensa se dirige contra un hecho que constituye legítima defensa incompleta por exceso intensivo, pero cubierto éste por miedo insuperable) y 371/372 (cuando el ataque a la propiedad o a la morada no constituye agresión en el sentido del art. 8, 4 y cuando la agresión es ilícita según otros sectores no penales del ordenamiento jurídico); SÁINZ CANTERO *Lecciones* t. 2 cit. pp. 342 (cuando el ataque a la morada no constituye agresión del art. 8, 4) y 345 (cuando el ataque proviene de animales); BACIGALUPO *Principios* cit. pp. 73 (cuando el ataque proviene de animales) y 175 (cuando el que se defiende legítimamente lesiona bienes ajenos por imprudencia); ANTÓN ONECA *Derecho penal* cit. p. 275 (cuando el ataque a la propiedad o a la morada no constituye agresión según el art. 8, 4). LUZÓN PEÑA en *Comentarios a la legislación penal* t. V cit. remite bien al estado de necesidad genérico (pp. 242, 248 y 250), bien al estado de necesidad defensivo, propuesto por él ahora como causa de justificación supralegal (pp. 235, 240, 242 y 262).

(35) Cfr. en este sentido CÓRDOBA RODA en *Comentarios al Código Penal* t. 1 cit. pp. 347 y s. con indicaciones jurisprudenciales en la misma dirección.

(36) Cfr., por ejemplo: GÓMEZ BENÍTEZ *Teoría jurídica del delito* cit. pp. 377-378 y 381; MUÑOZ CONDE *Teoría general del delito* cit. p. 101.

(37) Así, cuando el paciente que no consiente es sometido a una intervención médica con resultado positivo, porque concurre una situación de necesidad que justificaría las coacciones; cfr. en este sentido: CÓRDOBA RODA en *Comentarios al Código Penal*

debida, recurriéndose al estado de necesidad o al miedo insuperable (38); o finalmente, en el del ejercicio de un derecho, recurriéndose a la legítima defensa o al estado de necesidad (39). Esta técnica de la remisión presupone implícitamente que las causas de justificación no se encuentran aisladas entre sí —como islotes en el mar— sino que mantienen relaciones más o menos fluidas, relaciones en las que no se ha profundizado. Parece deducirse de ello que alguna causa de justificación ejerce una «función de recogida» —como ocurre con las normas subsidiarias (40)— de supuestos no abarcados por otra causa de justificación. Sin embargo, no todos ven las cosas de la misma manera: un sector doctrinal se opone a esta técnica de la remisión. Así, Mir Puig estima que «que si el “mal” que amenaza constituye un hecho típicamente antijurídico, será una *agresión antijurídica* frente a la cual no procede la aplicación del estado de necesidad, sino de la *legítima defensa*», añadiendo que en tal caso queda desplazado el estado de necesidad frente a la conducta típica, por ser preferente la aplicación de la legítima defensa (41). Por su parte, Rodríguez Devesa y Serrano Gómez niegan que el ejercicio de un derecho del artículo 8, 11 pueda tener una función de recogida respecto a conductas que no se encuentran amparadas por la legítima defensa, indicando que «cuando una persona es víctima de un *ataque* a uno de sus derechos no actúa lícitamente si no es dentro del ámbito de la legítima defensa» (42). Y Bacigalupo, por último, rechaza que en caso de ausencia de consentimiento por parte del paciente, se pueda justificar la transfusión de sangre coactiva mediante el estado de necesidad, argumentando que «es un principio general del estado de necesidad, reconocido hoy en la teoría, que no se le puede invocar para dejar de lado la aplicación de causas de justificación específicas o “reglas especiales de solución de conflictos”, sobre todo cuando la acción afecta a derechos fundamentales» (43). De estas opiniones —contrarias a la técnica de la remisión— cabría deducir que cada causa de justificación tiene un ámbito propio de aplicación, de manera que si la conducta se adecúa a dicho ámbito, no está permitido

1. I p. 366; GÓMEZ BENÍTEZ *Teoría jurídica del delito* cit. p. 395; OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA *TOCILDO PG* cit. p. 255; MUÑOZ CONDE *Teoría general del delito* cit. p. 113.

(38) Cfr. en este sentido: MUÑOZ CONDE *Teoría general del delito* cit. pp. 107/108.

(39) Cfr. en este sentido: MUÑOZ CONDE *Teoría general del delito* cit. p. 111.

(40) Cfr. SANZ MORÁN *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa* 1986 p. 123.

(41) MIR PUIG *PG* cit. p. 395 (cursivas en el original). Este autor admite, no obstante, un caso en que frente a una agresión ilegítima se actúa amparado por estado de necesidad: cuando el agredido interpone entre él y el agresor a un tercero sobre el que ha de recaer la agresión; este caso es denominado «defensa que recae sobre un tercero» (op. cit., pp. 382 y 395).

(42) RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ *PG* cit. p. 512 (cursivas en el original).

(43) BACIGALUPO «El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física» *Poder Judicial* núm. especial XII (Jornadas de estudio sobre la nueva reforma del Código Penal) 1989-1990 p. 161.

salir de él mediante el recurso de amparar la conducta bajo otra causa de justificación.

La admisión del concurso en sentido estricto entre causas de justificación ha sido una postura minoritaria en la ciencia penal española. Inicialmente, la doctrina se sirve de las soluciones concursales al ocuparse de las relaciones entre la legítima defensa y otras causas de justificación, en especial con el cumplimiento del deber; pero con la introducción en el Código del artículo 417 bis, se extiende el campo de aplicación del concurso a las relaciones entre el estado de necesidad del artículo 8, 7 y las indicaciones que justifican el aborto. En 1978 Luzón Peña reconoce por vez primera en España, según creo, la posibilidad de que la legítima defensa quede desplazada por otra causa de justificación más especial (44). Y posteriormente este mismo autor pone de relieve que hay causas de justificación específicas que imponen límites más estrictos, lo que excluye el recurso a otras causas de justificación; en su opinión esto ocurre con la actuación de la autoridad o sus agentes: éstos no pueden quedar justificados por legítima defensa sino por otras causas de justificación —como el ejercicio del cargo, el cumplimiento del deber o la obediencia debida—, que son más restrictivas para apreciar la conformidad a Derecho, y todo ello en virtud de las reglas del concurso de normas (45). En el mismo sentido se ha manifestado Queralt y Jiménez, admitiendo que la actividad policial debe ampararse en el ejercicio del cargo, por hallarse esta causa de justificación en relación de especialidad frente a la legítima defensa por razón del sujeto (46). También Cerezo Mir admite la misma solución, entendiendo que existe un concurso de leyes entre la legítima defensa propia y el cumplimiento del deber por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, si son víctimas de una agresión ilegítima en el ejercicio de sus funciones o con motivo de las mismas; en opinión de Cerezo tal concurso debe resolverse en favor de la causa de justificación del número 11 del artícu-

(44) LUZÓN PEÑA *Aspectos esenciales* cit. p. 412, expresa lo siguiente: «En efecto, si se puede demostrar que para la protección de un determinado bien jurídico ya existe una norma o una serie de normas, que conceden unas concretas facultades defensivas menos amplias que las de la legítima defensa y que constituyen una legislación protectora cerrada, terminante, definitiva y concluyente —y por tanto, excluyente—, no hay más remedio que excluir para ese bien jurídico la aplicación de la norma general de la legítima defensa en virtud del principio “lex specialis derogat legi generali”. Ahora bien, lo difícil será saber si en el caso concreto realmente esas otras normas protectoras tienen ese carácter de regulación cerrada, definitiva, concluyente y, por tanto, excluyente de la legítima defensa, pues ello supone un complicado problema de interpretación del sentido y finalidad de la correspondiente norma jurídica, los posibles criterios para decidir en uno u otro sentido en cada caso no son muy precisos, con lo que la respuesta frecuentemente será algo arbitraria y en la práctica habrá grandes dificultades para ponerse de acuerdo sobre si los bienes jurídicos en cuestión son o no legítimamente defendibles».

(45) Cfr. LUZÓN PEÑA en *Comentarios a la legislación penal* t. V cit. pp. 250/251.

(46) Cfr. QUERALT I JIMÉNEZ *Revista Jurídica de Cataluña* 1983 núm. 3 p. 123.

lo 8, de conformidad al criterio de la especialidad (47). Sin embargo, Portilla Contreras se inclina en principio por la preferencia del cumplimiento del deber, quedando desplazados la legítima defensa y el estado de necesidad; pero excepcionalmente, cree admisible que el funcionario policial quede amparado por legítima defensa o por estado de necesidad, siempre que su actuación no cumpla el requisito de la proporcionalidad (48).

Como he mencionado antes, también en el ámbito de las indicaciones del artículo 417 bis se ha utilizado la teoría del concurso. Díez Ripollés opina que este precepto se halla, por lo que se refiere al primer requisito del artículo 8, 7, en relación de especialidad respecto a éste, puesto que las indicaciones contemplan una específica constelación de intereses, que son ponderados de forma especial y con un resultado legalmente establecido, que puede ser distinto del que se derivaría de aplicar la ponderación genérica del estado de necesidad (49).

Por mi parte, en otro lugar he efectuado algunas referencias al problema general del concurso entre causas de justificación, indicando que alguna de ellas podía ostentar el carácter de especial frente a otras (50).

III

Este es, pues, el panorama que presenta la ciencia penal española en relación al tema que nos ocupa. Si se centra ahora la atención en la postura que adopta en torno a estas cuestiones la jurisprudencia española más reciente, cabe observar unas tendencias similares a las que se acaban de analizar.

El Tribunal Supremo también manifiesta una preocupación por diferenciar las causas de justificación entre sí. Así, distingue entre legítima defensa y estado de necesidad (51); entre legítima defensa y cumplimiento del deber (52); entre cumplimiento del deber y ejerci-

(47) Cfr. CEREZO MIR *ADPCP* t. 40 1987 p. 283; el mismo *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* núm. 12 1987 vol. 1 pp. 61-62.

(48) Cfr. PORTILLA CONTRERAS «El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber» *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* núm. 13 (Homenaje al Prof. José Antonio Sáinz Cantero) t. II 1987 (publicado en 1989) pp. 176-179.

(49) Cfr. DIEZ RIPOLLES en *Comentarios a la legislación penal* t. IX cit. pp. 118 ss.

(50) Cfr. CUERDA RIEZU *Colisión de deberes* cit. pp. 77 nota 64 y p. 266.

(51) La STS 3-12-1987 (A. 9529) exige en el estado de necesidad que el mal que amenaza sea actual o inminente «por similitud con la exigente general de legítima defensa». En la STS 29-10-1988 (A. 8250) se indica que «[...] el estado de necesidad invocado carece de todo soporte fundamentador, pues el ataque o acción que lo caracteriza es, dentro de una nota común dada por la situación de necesidad, contradictorio con la legítima defensa como lo son en todos los órdenes la acción y la reacción».

(52) La importante STS 9-12-1986 (A. 7859), en su Fundamento de Derecho quinto, crítica, con abundantes citas de resoluciones, la línea jurisprudencial ya abandona-

cio legítimo del cargo (53). Aunque la práctica califica el miedo insuperable como una causa de inculpabilidad, de inexigibilidad o incluso de exclusión de la acción —y no como causa de exclusión de la antijuridicidad—, es posible incluir aquí aquellas resoluciones que diferencian esta eximente de otras causas de justificación, dado que en mi opinión el miedo insuperable constituye una causa de exclusión del injusto. La jurisprudencia ha establecido criterios de distinción entre estado de necesidad y miedo insuperable (54). Particular atención merece el tratamiento de las relaciones entre legítima defensa y miedo insuperable; en ocasiones se atribuye al miedo frente al agresor la función de fundamentar un exceso putativo en la legítima defensa (55); pero más frecuentemente la jurisprudencia acepta que el miedo insuperable exculpe el exceso defensivo (56). En este sentido, alguna resolución, aunque reconoce que en el supuesto de hecho se cumple el requisito segundo de la legítima defensa, declara que «en todo caso, es indudable, que procede estimar la concurrencia del miedo que, como es sabido, constituye el prototipo de las emociones asténicas de fondo endotímico, con trascendencia sobre la culpabilidad, apreciable al menos en el grado en que fue apreciado por el Tribunal de Instancia el que, como este Tribunal ha declarado con reiteración, cubre el posible exceso en la defensa, que no son incompatibles como se dice en la sentencia recurrida, sino que por el contrario, la fórmula mixta de exención combinando defensa y miedo, ha venido siendo aceptada por la Doctrina y tenido reflejo en Códigos tanto antiguos como modernos» (57).

Tampoco ha desconocido el Tribunal Supremo la existencia de causas de justificación específicas, encuadradas en la Parte Especial del Código, y ha calificado de tal manera, por ejemplo, la disposición

da, que exigía agresión ilegítima como presupuesto para justificar el uso de la fuerza por la Autoridad o sus agentes en virtud del artículo 8, 11, por entender que tal requisito oscurecía la distinción entre esta causa de justificación y la legítima defensa. En el mismo sentido se manifiesta la STS 24-6-1988 (A. 5318). Sin embargo, la STS 8-3-1986 (A. 1415), aprecia legítima defensa a un miembro de la Guardia Civil que se encontraba de servicio.

(53) Así, la STS 24-6-1988 (A. 5318) indica al respecto que «aunque no coinciden plenamente [...], no hay duda de que se produce un amplio solapamiento en el contenido de ambas causas de justificación cuando el interesado es la Autoridad o agente de la autoridad que desempeña un cargo público [...].»

(54) La STS 10-10-1988 (A. 7723) aproxima la esencia de ambas eximentes, al emplear la siguiente definición: «situación de necesidad *sui generis* en que el miedo insuperable eventualmente consiste».

(55) En este sentido vid. SSTS 2-10-1981 (A. 3597) y 18-11-1987 (A. 8542). Cfr. sobre ello en la doctrina RODRÍGUEZ MOURULLO *Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo* 1976 pp. 92-94. Contra la construcción de un «exceso putativo en la legítima defensa» se han pronunciado GÓMEZ BENÍTEZ *Teoría jurídica del delito* cit. pp. 358 y s. y MIR PUIG *PG* cit. p. 376.

(56) Así, las SSTS 23-5-1975 (A. 2327); 30-10-1985 (A. 5073); 10-10-1988 (A. 9186).

(57) STS 29-9-1984 (A. 4780).

contenida en el artículo 491 (58), reconociendo además la posibilidad de que otros preceptos regulen causas de justificación específicas (59). Por otra parte, alguna decisión jurisprudencial se ha referido a los elementos de valoración global del hecho (aunque sin emplear esta denominación), en particular al contenido en el delito de coacciones, y ha entendido «la cláusula de obrar “sin estar legítimamente autorizado”, en el sentido de no concurrir ninguna causa de justificación»; la misma sentencia se plantea más adelante, aunque sin resolverlo, el problema de si tal elemento pertenece al tipo o a la antijuridicidad, con las consecuencias que de ahí se derivan para la calificación de error de tipo o error de prohibición si el sujeto se equivoca sobre la legitimidad de la autorización (60).

Cuando el Tribunal Supremo ha suscitado la cuestión de la compatibilidad de varias causas de justificación, ha sido para negar tal posibilidad. Esta negativa a apreciar simultáneamente dos causas de justificación se fundamenta en el conocido principio de que un mismo hecho no puede dar lugar a varias circunstancias. Ahora bien, dicho principio ha sido elaborado sobre todo en el marco de las circunstancias modificativas genéricas de los artículos 9, 10 y 11 del Código Penal (61). Sin embargo, también se emplea dicho principio para deducir la incompatibilidad de eximentes y atenuantes (62). E incluso entre atenuantes genéricas y declaraciones específicas de atenuación, como por ejemplo entre el estado de necesidad incompleto y el párrafo tercero del antiguo artículo 344, que atribuía a los Tribunales la facultad de imponer pena inferior (o superior) en un grado para el delito de tráfico de drogas, en atención a las circunstancias del culpable y del hecho (63); o entre el estado de necesidad incompleto y la disposición común a las falsedades del artículo 318 (64).

(58) La STS 16-10-1974 (A. 3909) declara que «el artículo 491 del Código Penal establece un singular estado de necesidad “ex lege”, para el delito de allanamiento de morada».

(59) La STS 23-9-1987 (A. 6627) admite en su Fundamento de Derecho cuarto que las causas de justificación estén comprendidas «en el artículo 8.º del Código Penal o en alguno de los delitos en especie (tal el allanamiento de morada) que contemplan particulares justificantes».

(60) Vid. STS 23-9-1987 (A. 6627).

(61) Vid. entre las más modernas SSTS 2-1-1984 (A. 1); 29-9-1986 (A. 4859), Fundamento de Derecho noveno; 15-12-1986 (A. 7915); 29-1-1988 (A. 508); 10-10-1988 (A. 7722); 28-10-1989 (A. 601).

En la doctrina cfr.: QUINTANO RIPOLLES *Comentarios al Código Penal*: 2.ª ed. (a cargo de GIMBERNAT ORDEIG) 1966 p. 203; BAJO FERNÁNDEZ *El parentesco en Derecho penal* 1973 p. 206; CÓRDOBA RODA en *Comentarios al Código Penal* t. 2 1976 p. 248; GIMBERNAT ORDEIG *Introducción* cit. pp. 78/79. Con matizaciones COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN *PG* cit. pp. 616 y s.; y GONZÁLEZ CUSSAC *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal* 1988 pp. 221 s.

(62) Así, por ejemplo, las SSTS 7-4-1980 (A. 1238); 25-9-1987 (A. 6638); 18-11-1987 (A. 8542).

(63) Vid. STS 23-6-1982 (A. 3575). El párrafo tercero del antiguo artículo 344 del Código Penal disponía lo siguiente: «Los Tribunales, atendidas las circunstancias del

Como comprobaremos inmediatamente, el principio de que un mismo hecho no puede originar varias circunstancias, ha sido aplicado también a las causas de justificación. Pero, a pesar de declarar dicho principio en este ámbito, lo cierto es que el Tribunal Supremo no duda en analizar las causas de justificación una tras otra, sin cuestionar si son o no son incompatibles entre sí. Quizá esta forma de proceder obedezca a la circunstancia de que los motivos alegados en el recurso de casación sean presentados igualmente de forma sucesiva —para el supuesto de que no prosperen los anteriores—, y el Tribunal se limita entonces a seguir el orden de eximentes que le suministrarán las alegaciones de los recurrentes. La consecuencia es que predomina el estudio sucesivo de las causas de justificación (65).

El problema del concurso entre las causas de exclusión del injusto ha sido atisbado por algunas resoluciones jurisprudenciales. En una de ellas, tras hacerse referencia al cumplimiento del deber y a la legítima defensa, se lee lo siguiente: «consecuentemente, y pese a que, como sostiene el Ministerio Fiscal, determinadas situaciones o comportamientos pueden ofrecer una opción técnica entre diferentes causas eximentes [...]» (66). Y en otra, se desestima el cumplimiento del deber, pero se aprecia no obstante la legítima defensa (67). Más importante en este contexto es la sentencia de 13 de mayo de 1982 (68): en ella no sólo se ponen de relieve las cuestiones concursales, sino que se ofrecen criterios de solución para los problemas que se plantean.

Esta decisión de 13 de mayo de 1982 vino determinada por los siguientes hechos: el 17 de noviembre de 1979 el procesado Jesús M. C., agente de la Policía Municipal de Oviedo, se ocupaba de retirar con la grúa los coches que se encontraban indebidamente aparcados; en el desempeño de esta labor trató de remolcar el coche propiedad

culpable y del hecho, podrán imponer la pena inferior o superior en un grado, según proceda».

(64) Vid. STS 19-7-1989 (A. 6269). El artículo 318 del Código Penal determina lo siguiente: «En todos los casos comprendidos en este capítulo y en los capítulos precedentes, con excepción del II, los Tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, la naturaleza del documento, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada».

(65) Vid., por ejemplo, SSTS 4-5-1965 (A. 2050), estado de necesidad y caso fortuito; 26-2-1986 (A. 914), legítima defensa y miedo insuperable; 4-2-1986 (A. 561), caso fortuito y legítima defensa; 24-3-1987 (A. 2206), legítima defensa y cumplimiento del deber; 15-2-1988 (A. 1057), legítima defensa y miedo insuperable; 19-4-1988 (A. 2821), legítima defensa y cumplimiento del deber; 8-6-1988 (A. 4908), legítima defensa y cumplimiento del deber; 24-6-1988 (A. 5318), cumplimiento del deber y legítima defensa; 21-9-1988 (A. 6976), legítima defensa y miedo insuperable; 29-10-1988 (A. 8250), segunda sentencia, legítima defensa, estado de necesidad y miedo insuperable; 16-12-1988 (A. 9518), legítima defensa, miedo insuperable y caso fortuito; 6-3-1989 (A. 2503), miedo insuperable y legítima defensa.

(66) STS 24-6-1988 (A. 5318), Fundamento de Derecho séptimo.

(67) Vid. STS 6-6-1989 (A. 5038), especialmente Fundamento de Derecho undécimo.

(68) A. 2669, Ponente: Gómez de Liaño y Cobaleda.

de José B. F., vehículo que éste había dejado en doble fila. Al iniciarse la operación llegó José, quien trató de impedir la introducción para ello en el automóvil, al tiempo que se dirigía al agente Jesús con palabras y ademanes violentos. En la discusión que se entabló, intervino Francisco B. F., hermano del propietario del vehículo, lo que dio lugar a que el público se aglomerase profiriendo gritos ofensivos para la autoridad. Ante esta situación, Jesús optó por retirar la grúa, pese a la oposición física de José; mientras el vehículo avanzaba, se acercó más gente con la misma actitud agresiva, siendo zarandeado Jesús por personas no identificadas. Jesús extrajo entonces su pistola para intimidar a los dos hermanos José y Francisco, pero como éstos no cejaban en su actitud, el Policía municipal, perdida la seneridad de ánimo y el equilibrio emocional, con conciencia disminuida pero no plenamente abolida, hizo un disparo sobre Francisco a corta distancia, produciéndole una herida de la que murió al cabo de un mes. Jesús se alejó del lugar, siendo asistido al día siguiente de lesiones leves, mientras que el conductor de la grúa sufrió lesiones graves.

Condenado Jesús como autor de un delito de homicidio con la exigente incompleta de cumplimiento de un deber y la atenuante muy calificada de arrebató u obcecación, recurre en casación. El propio Tribunal Supremo resume las cuestiones alegadas por el recurrente, indicando que «toda la problemática del presente recurso se puede concretar a los siguientes motivos: 1.º A determinar si son susceptibles de apreciación conjuntamente una y otra exigente de legítima defensa y cumplimiento del deber; 2.º En el supuesto de incompatibilidad, especificar cuál de ellas debe ser apreciada; y 3.º A concretar si la operatividad de los efectos de la circunstancia que se aprecie, son completos o incompletos».

Para responder a la pregunta de si las dos causas de justificación pueden ser apreciadas simultáneamente, el Tribunal Supremo acude al criterio de que los mismos hechos que influyen en la determinación de la responsabilidad penal, no pueden servir de fundamento para aplicar diferentes normas. Puesto que la legítima defensa y el cumplimiento del deber descansan en la misma dinámica delictiva, y por lo tanto en los mismos hechos, entiende la Sala que ambas circunstancias «han de operar de forma excluyente», derivándose «la imposibilidad de aplicar conjuntamente ambas eximentes». La segunda cuestión estriba en determinar cuál de ellas ha de ser la que resulte estimada. Para resolverla, esta resolución dilucida si el supuesto de hecho se adapta mejor al fundamento y requisitos de la legítima defensa o a los del cumplimiento del deber, manifestando que la legítima defensa se fundamenta «en la necesidad de autotutela del bien lesionado», y el cumplimiento del deber «en el mantenimiento del servicio público»; por otro lado, se declara que la legítima defensa muestra como requisito la agresión ilegítima, en tanto que el cumplimiento del deber

presupone el obrar por exigencias de lo ordenado legalmente. En aplicación de estos criterios, el Tribunal Supremo concluye que ha de «apreciarse el cumplimiento de un deber en lugar de la legítima defensa, porque sobre toda la dinámica delictiva, se perfila con mayor intensidad la actuación del agente en la misión que tenía encomendada, que la presencia de la agresión permisiva de su defensa, ya que con la actitud violenta que se describe, en los hechos probados, se pone de relieve una discusión en la que se originan amenazas e insultos recíprocos (“haciéndose objeto de amenazas e insultos” dice la sentencia), al mismo tiempo que el procesado es empujado y zarandeado por varias personas, sufriendo lesiones leves, cuya autoría no queda establecida, así como de las sufridas por el conductor de la grúa que fueron de carácter grave, con lo que, en su conjunto, predomina la resistencia al mandato del agente de la autoridad, sobre la agresión al mismo».

Una vez determinado que la causa de justificación que ha de aplicarse al supuesto de hecho es la del artículo 8, 11, la sentencia en cuestión se ocupa de analizar si se presenta en su modalidad completa o incompleta, decidiéndose por la forma incompleta, al entender que hubo un exceso intensivo por parte del Policía municipal, y en consecuencia se confirma la sentencia de instancia, desestimándose los motivos.

De la resolución del Tribunal Supremo parece deducirse que es posible el concurso entre causas de justificación, pero este concurso debe resolverse siempre en favor de una sola de ellas. Sólo cuando sean varios los hechos a justificar, podrán ser apreciadas también distintas causas de exclusión del injusto (69). Luego, cabría concluir que el Tribunal Supremo admite las hipótesis de concurso de leyes (cuando se trate de un solo hecho) y concurso real (cuando se trate de varios hechos) entre causas de justificación. En el caso del concurso aparente de leyes, resulta preciso según la jurisprudencia aplicar una sola de las causas de justificación, siendo preferente aquella cuyo fundamento y requisitos se adapte en mayor medida al supuesto de hecho. Una última consecuencia que cabe extraer de la sentencia comentada es que la causa de justificación desplazada no produce ningún efecto, aunque ésta pudiera darse en su modalidad completa y sin embargo la causa de justificación preferente sólo sea apreciable como incompleta.

(69) La Sala apunta en esta dirección al declarar que la legítima defensa y el cumplimiento del deber «son compatibles por fundamentación y condicionamientos, cuando tengan supuestos [sc., de hecho] diferentes en que basarse».

IV

En la ciencia penal alemana, el concurso entre causas de justificación ha sido objeto de un tratamiento más genérico pero también más detenido que en la doctrina y jurisprudencia españolas. Se debe a Warda el mérito de haber iniciado la discusión en 1972 y de haber planteado soluciones en este ámbito (70).

El punto de partida de Warda puede formularse con una pregunta: ¿qué ocurre cuando son aplicables varias causas de justificación, por cumplirse todos sus presupuestos, a un mismo supuesto de hecho? Un caso de estas características se suscita en el ejemplo, ya contemplado, de la agresión al agente de la Policía municipal que se encuentra de servicio, pero con una modificación: el agente repele la agresión con su arma reglamentaria, causando, no la muerte, sino lesiones al agresor; para justificar aquí el hecho de las lesiones cabe recurrir a la legítima defensa y al cumplimiento del deber, e incluso al estado de necesidad. La solución de Warda es que las causas de justificación son *por regla general* independientes entre sí, y en consecuencia aplicables una junto a otra; pues aunque todas ellas den lugar a la misma consecuencia jurídica de la conformidad a Derecho, nada se opone a que un mismo efecto se derive de varias razones jurídicas (71). Desde un punto de vista práctico reconoce no obstante este autor que el juez podrá fundamentar la exclusión del injusto solamente en una causa de justificación, eligiendo aquella cuyos presupuestos sean más fáciles de comprobar o cuyo enjuiciamiento resulte más sencillo (72). Según esto, en la variante propuesta del ejemplo del policía que lesiona al agresor, el fallo de la resolución absolutoria podría quedar fundamentado apreciando solamente el cumplimiento del deber, puesto que los requisitos que rigen en esta eximente —condición de agente de la Autoridad, necesidad y proporcionalidad— son menos numerosos que los exigidos para la legítima defensa o para el estado de necesidad.

Una vez establecida la regla de que las causas de justificación son independientes entre sí y aplicables una junto a otra, se plantea Warda la cuestión de si tal principio general cuenta con *excepciones* (73). En su opinión, tales excepciones tienen lugar cuando entre dos causas de justificación se origina una relación de especialidad, de manera que una goza de preferencia, desplazando a la otra. Ahora bien, este efecto de preferencia sólo tiene relevancia práctica cuando se da la «situación de regulación» de la causa de justificación especial pero

(70) Cfr. WARDÁ «Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen» en *Festschrift für Maurach* 1972 pp. 143-171.

(71) Cfr. WARDÁ op. cit. p. 149.

(72) Cfr. WARDÁ op. cit. p. 150.

(73) Cfr. WARDÁ op. cit. p. 151.

sin embargo no se cumplen sus requisitos, es decir, cuando se presenta una situación que se corresponde al ámbito en que actúa una causa de justificación, pero no obstante no es aplicable dicha causa de justificación al caso concreto por faltarle alguno de sus presupuestos; en tal caso, no resulta permitido recurrir a la causa de justificación general (a la causa de justificación desplazada), aunque con ella se llegara a la conclusión de que el hecho está justificado (74). Dicho con otras palabras: la causa de justificación especial o preferente tiene un efecto oclusivo, de forma tal que si se presenta en el caso concreto su situación o ámbito de regulación, la conformidad o contrariedad a Derecho de la conducta sólo puede ser enjuiciada a la luz de tal causa de justificación especial. Si por ejemplo se practica un aborto para salvar la vida de la embarazada por una persona lega en medicina, la conducta abortiva se adecúa al ámbito de regulación de la indicación terapéutica contenida en el artículo 417 bis, 1, 1.ª del Código Penal, pero como no se cumple el requisito exigido por el precepto de que el aborto sea «practicado por un médico, o bajo su dirección», resultará —siguiendo a Warda— la contrariedad a Derecho del aborto efectuado, sin que haya posibilidad de recurrir al estado de necesidad genérico del artículo 8, 7 (75). El efecto oclusivo de la causa de justificación especial que aparece en el artículo 417 bis impide, según esto, aplicar la eximente del artículo 8, 7, aunque se cumplieran todos los requisitos de esta última.

Warda advierte que en este ámbito se suscita una paradoja (76). En efecto, los casos problemáticos de especialidad entre causas de justificación aparecen cuando la causa de justificación especial (por ejemplo, indicación terapéutica en el aborto) no produce el efecto justificante por no cumplirse sus presupuestos, y sin embargo el hecho sigue quedando amparado por la causa de justificación general (en ese mismo ejemplo, por el estado de necesidad genérico). ¿Cómo es posible entonces hablar de un «concurso» —que exige la aplicabilidad de todas las normas en juego— entre dos causas de justificación, si una de ellas no es aplicable? Y ¿cómo es posible resolver este concurso a favor de la causa de justificación especial que no es aplicable —con la consecuencia entonces de la contrariedad a Derecho de la conducta—, y no a favor de la causa de justificación genérica que

(74) Cfr. WARDÁ op. cit. pp. 159 y 170.

(75) Ya apunté este problema en CUERDA RIEZU «El delito de aborto ante la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal» *Documentación Jurídica* núms. 37-40 1983 vol. 1 p. 376.

(76) WARDÁ op. cit. pp. 170-171 se expresa en los siguientes términos: «es digno de resaltar sin embargo, en relación a esto, que el desplazamiento de una causa de justificación que se da típicamente, tiene lugar no a través de la existencia, sino en consideración a la *no existencia* de otra norma determinada de justificación, en cuyo ámbito de regulación encaja el supuesto de hecho que hay que enjuiciar, sin que tal supuesto de hecho cumpla los presupuestos que para la exclusión de la antijuridicidad están previstos de forma definitiva en esa norma para la situación regulada por ella».

sigue siendo aplicable por entero al caso? Con posterioridad a Warda, otro autor alemán, Seelmann, ha intentado resolver esta paradoja, alegando que los límites del ámbito de regulación de una causa de justificación no son idénticos a los límites de su efecto de justificación; de conformidad a este planteamiento, las causas de justificación regulan también una clase parcial de aquellos casos en los que la conducta que cumple el tipo positivo no está justificada (77). Aplicado esto a nuestro ejemplo, significa que en caso de que se efectúe una práctica abortiva, es preciso constatar en primer lugar si concurre la indicación terapéutica, pues tal supuesto encaja en el ámbito de regulación del artículo 417 bis, 1, 1.ª; y si no se dan los requisitos de la indicación, la conducta es definitivamente contraria a Derecho, sin que esté permitido recurrir al estado de necesidad genérico del artículo 8, 7 (78).

Hasta ahora se ha considerado la opinión de Warda, que resumidamente se puede concretar en dos enunciados: primero, como *regla general* las causas de justificación son aplicables una junto a otra; segundo, *excepcionalmente* puede surgir una relación de especialidad entre dos causas de justificación, que obligue a estimar solamente la causa especial (efecto oclusivo). A ello hay que añadir que en estas excepciones sólo surgirán problemas cuando el supuesto de hecho no cumpla todos los requisitos que exija la causa especial de exclusión del injusto; paradójicamente, seguirá existiendo un concurso en estos casos. Si por el contrario, la causa de justificación especial cumple todos sus presupuestos en relación al caso concreto, no se origina ninguna dificultad, pues evidentemente también habrá que estimar esta causa de justificación especial, pero la consecuencia sería la misma si se aplicara la causa de justificación general (conformidad a Derecho de la conducta).

La siguiente cuestión que se plantea ante tales excepciones a la regla general, consiste en determinar cuándo surge una relación de especialidad entre dos causas de justificación. Para Warda no basta

(77) Vid. SEELMANN *Das Verhältnis von § 34 zu anderen Rechtfertigungsgründen* 1978 p. 61.

(78) Para determinar el ámbito de regulación de una causa de justificación especial, SEELMANN *Das Verhältnis* cit. pp. 63 ss., elabora el concepto de «tipo de conflicto» (*Konfliktstypus*); este concepto equivale en gran medida a la noción de «*typus*» que se emplea en la labor jurídica de la subsunción, y que consiste en la imagen rectora que el legislador determina normativamente y que se encuentra presupuesta en la ley. La delimitación del «tipo de conflicto» sólo se puede alcanzar según Seelmann poniendo en conexión tres elementos: el marco de valoración del § 34 StGB, la causa especial de justificación y el caso concreto. Desde un punto de vista práctico, Seelmann manifiesta que constituye un indicio de que un supuesto de hecho se ajusta a un «tipo de conflicto» el que la conducta en cuestión únicamente no cumpla alguno de los presupuestos de la causa de justificación.

Una crítica al concepto de «tipo de conflicto» ha dirigido PETERS, «Wertungsrahmen» und «Konflikttypen» bei der Konkurrenz zwischen § 34 StGB und den besonderen Rechtfertigungsgründen?» *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1981 pp. 444-471.

con apreciar una «relación de especialidad lógica», o expresado de otra forma, no es suficiente que la *lex specialis* contenga todos los elementos de la *lex generalis* y además alguno suplementario; en su opinión, no se puede aceptar que la ley especial derogue sin más a la general, sino que ello depende del tenor literal, contenido y fin de los preceptos en cuestión, así como del objeto y conexiones entre sus consecuencias jurídicas (79). Por ello, este autor prefiere exigir una relación de especialidad «en sentido funcional», que es en parte más reducida y en parte más amplia que la especialidad en sentido lógico; es más reducida, en cuanto que de la constatación de que la ley especial contiene todos los elementos de la general, no se deriva el efecto de derogación de la ley general, sino que es preciso acudir a una interpretación literal, lógico-sistemática y teleológica para determinar si se impone o no el efecto de derogación; y, por otra parte, el concepto de especialidad funcional es más amplio que el de especialidad lógica, dado que aquél se aplica no sólo a los casos en que la ley especial contiene todos los elementos de la general y además alguno suplementario, sino también a los supuestos en que los tipos de los preceptos se solapan parcialmente, como círculos que tienen una parte en común, produciéndose una interferencia entre ellos (80).

Warda pone de relieve que esta relación de especialidad funcional en el ámbito de las causas de justificación se da sobre todo en tres casos (81):

- a) cuando una causa de justificación exige presupuestos más estrictos o suplementarios que otra (82);
- b) cuando una causa de justificación está prevista para determinadas acciones típicas o cuando de forma similar está limitada según su clase o ámbito (83); y
- c) cuando una causa de justificación, además del efecto de la conformidad a Derecho, impone o excluye otras consecuencias jurídicas, como por ejemplo, la reparación del daño (84).

La doctrina alemana ha aceptado en líneas generales el planteamiento de Warda consistente en formular una regla —las causas de justificación son independientes y aplicables una junto a otra—, que no obstante conoce excepciones —la conformidad o contrariedad a

(79) Cfr. WARDÁ en *Festschrift für Maurach* cit. p. 158.

(80) Cfr. WARDÁ op. cit. p. 166.

(81) Cfr. WARDÁ op. cit. pp. 165-166.

(82) Warda incluye en esta modalidad el estado de necesidad agresivo del § 904 BGB como especial frente al estado de necesidad genérico del § 34 StGB.

(83) Warda ofrece el siguiente ejemplo: el § 26 BJagdG, que autoriza al propietario de una finca o al legitimado para su aprovechamiento a apartar o ahuyentar la caza de su finca para evitar los daños provocados por la caza, es especial frente al estado de necesidad defensivo del § 228 BGB.

(84) Según Warda esta modalidad de especialidad funcional se da en el estado de necesidad defensivo del § 228 BGB en referencia al estado de necesidad agresivo del § 904 BGB.

Derecho sólo puede derivarse de la causa de justificación específica—; si bien y como es lógico no siempre reina el acuerdo sobre los casos concretos en que se puede reconocer la especialidad de una causa de justificación frente a otra ni sobre otras particularidades (85).

En contra de este planteamiento mayoritario han surgido sin embargo algunas voces discrepantes. Una de ellas es la de Seelmann (86). En su análisis de las relaciones del estado de necesidad del § 34 del Código Penal alemán con otras causas de justificación, este autor admite la especialidad lógica —lo que Warda rechazaba— y amplía las posibilidades de tal relación de especialidad. Para ello parte Seelmann de una teoría monista sobre el fundamento de las causas de justificación, conforme a la cual todas ellas responden al principio de la ponderación de intereses, valores o bienes jurídicos, con la sola excepción del consentimiento (87). Con la teoría monista le resulta fácil a este autor llegar a la conclusión de que el estado de necesidad del § 34 del Código Penal alemán ostenta la categoría de una ley general frente a todas las demás causas de justificación: pues el § 34 sólo expresa el principio general de justificación, esto es, la necesidad de ponderar intereses y de elegir el de mayor rango, mientras que las restantes causas de justificación consisten en valoraciones más concretas del principio de ponderación de intereses, siendo pues especiales, y por tanto preferentes, respecto a aquél (88). Por lo que respecta al consentimiento, Seelmann estima que no se da en él la estructura de la ponderación de intereses, puesto que si el titular de un bien jurídico individual consiente en su menoscabo, no hay en realidad lesión del bien jurídico y por consiguiente no puede haber un conflicto con otro bien jurídico o con otro interés (89).

Así pues, de la mano de la teoría monista fundamenta Seelmann la especialidad en sentido lógico de la mayoría de las causas de justificación en sus relaciones con el § 34. Pero no se contenta con esa relación de especialidad lógica, sino que busca argumentos teleológicos en favor de la preferencia de las causas de justificación especiales sobre el estado de necesidad del § 34. El primer argumento es la primacía de las valoraciones ya resueltas por el legislador en una causa de justificación especial, sobre la valoración que ha de realizar el juez en virtud del principio general de la ponderación de intereses; si el

(85) Aceptan el planteamiento «regla-excepción»: SCHMIDHAUSER *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch* 1982 pp. 137 y ss.; JAKOBS *Strafrecht. Allgemeiner Teil* 1983 p. 293; HIRSCH en *Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar)* 10.^a ed. 1985 núm. marg. 46 previo al § 32; BAUMANN/WEBER *Strafrecht. Allgemeiner Teil* 9.^a ed. 1985 pp. 342 s.; MAURACH/ZIPF *Strafrecht. Allgemeiner Teil* TB 1. 7.^a ed. 1987 p. 337; ROXIN «Grundfragen der Unrechtslehre» (ponencia mecanografiada presentada en Barcelona en 1989) p. 15.

(86) SEELMANN *Das Verhältnis von § 34 zu anderen Rechtfertigungsgründen* 1978.

(87) Cfr. SEELMANN op. cit. pp. 32 74.

(88) Cfr. SEELMANN op. cit. pp. 32 ss., 43 y 74.

(89) Cfr. SEELMANN op. cit. pp. 30 ss.

legislador ha adoptado ya una decisión, ésta no puede quedar desplazada por una decisión judicial distinta; la primacía de la ley sobre la decisión judicial se deriva, según este penalista, del artículo 20, párrafo segundo de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (90). El segundo argumento recurre al principio de legalidad; para Seelmann este principio quedaría infringido en el caso de que se dejara a la decisión del juez la determinación de si el interés salvaguardado supera esencialmente al menoscabado, cuando ya existe una causa de justificación especial que decide la cuestión de forma definitiva; pues una interpretación restrictiva de una causa de justificación aumenta la punibilidad del que ejercita esa causa de justificación, mientras que una interpretación amplia de una causa de justificación aumenta el deber de tolerancia del afectado por ella y, en consecuencia, reduce su derecho a la legítima defensa; puesto que estos riesgos no se corren cuando la decisión se adopta en virtud de la causa de justificación específica, resulta preferente ésta, impidiéndose así una posible infracción del principio de legalidad (91).

Indirectamente rechaza Seelmann la regla formulada por Warda de que las causas de justificación son aplicables en principio una junto a otra; para aquél los casos de especialidad son más numerosos que para éste. Seelmann tampoco acepta como fundamento de la especialidad el que una causa de justificación exija presupuestos más estrictos o suplementarios frente a otra (92), ni que en los casos en que una causa de justificación establezca, además del efecto de la conformidad a Derecho, otra consecuencia jurídica (como la reparación del daño), haya que aceptar necesariamente la especialidad (93). No obstante, Seelmann sí que coincide con Warda en la consecuencia que se deriva de la aceptación de la especialidad respecto de una causa de justificación: en tal caso, se produce una derogación de la causa de justificación general y el consiguiente efecto oclusivo de la causa de justificación específica, con lo que la conformidad o contrariedad a Derecho de la conducta típica sólo puede enjuiciarse a la luz de la causa de justificación especial (94).

Otro autor que se separa de la opinión mayoritaria es Günther. En su obra sobre «Antijuridicidad jurídicopenal y exclusión del injusto penal», se ocupa del concurso de preceptos permisivos de Derecho civil y de autorizaciones e intervenciones del Derecho administrativo con las que él denomina causas de exclusión del injusto penal (95).

(90) Cfr. SEELMANN op. cit. pp. 46 s. y 75.

(91) Cfr. SEELMANN op. cit. pp. 47 s. y 75.

(92) Cfr. SEELMANN op. cit. pp. 39 ss.

(93) Cfr. SEELMANN op. cit. pp. 36 ss.

(94) Cfr. SEELMANN op. cit. pp. 60 y 76.

(95) Cfr. GÜNTHER *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß* 1983 pp. 365

Günther parte también de la idea de que si a un supuesto de hecho son aplicables esos preceptos civiles o administrativos por un lado y las causas de exclusión del injusto penal por otro, cumpliéndose las presupuestos de unos y otras, rigen todos ellos, por lo general y salvo excepciones, de forma cumulativa (96), con lo que en este punto no se opone a la «regla» formulada por la mayoría de la ciencia penal alemana. Sin embargo, en los supuestos en que no conducen a la misma consecuencia jurídica los preceptos civiles de autorización o de intervención administrativa por un lado y las causas de exclusión del injusto penal por otro, cree Günther que no se puede aceptar la solución mayoritaria que propone un efecto oclusivo del precepto más especial; a su juicio, para el ámbito de la exclusión del injusto penal rige el precepto más amplio, el más beneficioso para el autor, incluso aunque no se cumplan los presupuestos del precepto más estricto (97). Este autor fundamenta esa solución en su teoría de la antijuridicidad juridicopenal, según la cual es posible que una causa de exclusión del injusto juridicopenal no produzca efectos en los restantes sectores del ordenamiento jurídico; sin embargo —objeta Günther— la teoría que aboga por un concepto unitario de la antijuridicidad, se ve forzada a aceptar el efecto oclusivo del precepto más estricto, porque en caso contrario surgiría una contradicción de normas: el ordenamiento jurídico aprobaría en Derecho Penal lo que desaprobaría en Derecho civil o en Derecho administrativo (98).

V

Para tomar posición sobre algunas de las cuestiones suscitadas en este repaso de opiniones doctrinales y jurisprudenciales, resulta preciso ocuparse de las concretas modalidades de concurso que pueden originarse entre las causas de justificación.

Puede pensarse, en primer lugar, en la hipótesis del concurso real. En el ámbito de los delitos, el concurso real surge cuando a una pluralidad de hechos hay que aplicar también una pluralidad de normas. Pero esta posibilidad no plantea ningún problema en relación a las causas de justificación; pues si se presentan varios hechos es preciso comprobar la conformidad o contrariedad a Derecho de cada uno de ellos, con independencia de los demás. Desde un punto de vista práctico no se plantean diferencias entre el supuesto de varias causas de justificación aplicables a distintos hechos y el supuesto de una causa de justificación aplicable a un solo hecho, pues la categoría del injusto o su exclusión debe comprobarse necesariamente respecto

(96) Cfr. GÜNTHER op. cit. p. 365.

(97) Cfr. GÜNTHER op. cit. p. 366.

(98) Cfr. GÜNTHER op. cit. pp. 3 y 365.

a cada hecho. Cada una de las detenciones que lleva a cabo un policía en cumplimiento de su deber ha de estar justificada para no constituir un injusto (99).

Ahora bien, si es cierto que el presupuesto del concurso real no suscita ningún problema entre causas de justificación, conviene determinar si la consecuencia jurídica de esta modalidad concursal tiene algún sentido en esta ámbito. Recordemos que según Warda y el sector de la doctrina que está de acuerdo con él, en el caso de que sean aplicables a un mismo hecho varias causas de justificación por cumplirse todos sus presupuestos, todas ellas producirán sus efectos una junto a otra, si bien el juez podrá fundamentar la exclusión del injusto solamente en la causa de justificación más sencilla de comprobar. Esta aplicación conjunta y simultánea resulta similar al principio de acumulación que todavía rige en el Código Penal español para determinar la penalidad del concurso real. Pero en mi opinión no resulta necesaria tal acumulación de consecuencias jurídicas por obra de varias causas de justificación. Si el hecho ya no representa un injusto porque ha intervenido una causa de justificación, ¿qué es lo que tendrían que justificar las restantes causas de justificación? Desde un punto de vista lógico no es posible recurrir a otras causas de justificación cuando ya ha intervenido una produciendo el efecto de la conformidad a Derecho. Y desde un punto de vista formal, tampoco existen razones para que todas las causas de justificación aplicables a un hecho por cumplirse todos sus presupuestos tengan que aparecer en el tenor de la sentencia absolutoria. Basta, pues, que se demuestre la presencia de una sola causa de justificación. Y esto no se corresponde con el principio de la acumulación, sino más bien con todo lo contrario: podría hablarse del principio de la libertad de elección de la causa de justificación que excluye el injusto, siempre que las demás causas concurrentes sean aplicables al supuesto de hecho y se cumplan todos sus presupuestos.

La modalidad del concurso real, tal y como la conocemos en el campo de los delitos, no se adapta por consiguiente ni en sus presupuestos ni en sus consecuencias jurídicas al ámbito de las causas de justificación. De esto se deduce que únicamente surge un concurso entre ellas, cuando varias son aplicables respecto a *un solo hecho* (100). No se plantea pues una situación de concurso cuando existen diferentes hechos que originan un «conflicto» o «colisión» entre diversas causas de justificación (lo que es distinto a un verdadero concurso); por ejemplo: A obliga a B bajo amenaza de muerte a lesionar a C, y cuando B, sometido a la intimidación, se dispone a lesionar a C, este último a su vez lesiona a B (101); aquí se presentan dos hechos,

(99) Descarta también el concurso real entre causas de justificación WARDA en *Festschrift für Maurach* cit. p. 151.

(100) Cfr. en este sentido también WARDA op. cit. p. 148.

(101) El ejemplo proviene de GALLAS; cfr. BAUMANN/WEBER *AT* cit. p. 343.

el de B y el de C, que dan lugar a distintas posiciones jurídicas de ambos sujetos, y en consecuencia no surge un verdadero concurso (se trataría en mi opinión de dos estados de necesidad enfrentados) (102). Lo mismo ocurre en el supuesto imaginado por Mir Puig: el policía A detiene a B en virtud de una orden cuya antijuridicidad no puede resultar manifiesta, pero B se defiende contra A (se trataría de una obediencia debida enfrentada a un estado de necesidad) (103).

Afirmada la necesidad de la unidad de hecho, cabe preguntarse si es imaginable en este ámbito el concurso ideal. La esencia del concurso ideal entre delitos radica en que un mismo hecho contiene elementos de injusto de dos o más infracciones, de manera que es preciso aplicar a ese hecho las distintas normas infringidas, porque ninguna de ellas por sí sola acoge totalmente el desvalor del hecho. Con el objeto de analizar si cabe un concurso ideal entre causas de justificación, resulta conveniente tratar de forma separada las modalidades de concurso medial (también denominado concurso teleológico o relación de medio a fin), de concurso ideal y del «efecto abrazadera».

Dentro de la figura del concurso medial es posible discutir dos grupos de casos. En primer lugar, aquellos supuestos en que una misma causa de justificación ampara tanto al delito-medio como al delito-fin; así, por ejemplo, cuando un sujeto falsifica un documento público para realizar con él un delito de estafa, siendo esta la única vía que tiene el autor para conseguir recursos económicos con los que sobrevivir. En estos supuestos no existe un concurso de causas de justificación, puesto que se trata de *una sola* causa de justificación, de un estado de necesidad —y por tanto no es posible hablar de concurso—, que surge en virtud de una única situación de necesidad (104). El segundo grupo de supuestos se caracteriza por la circunstancia de que cada uno de los delitos de la relación medio a fin está cubierto por una diferente causa de justificación; un caso así se da en el siguiente ejemplo: A tiene en su domicilio secuestrado a B; C, padre de B, allana la morada de A para liberar a B, pero como el secuestrador A le intenta agredir, C se defiende matando a A. Aquí el delito-medio (allanamiento de morada) está amparado por estado de necesidad, o más concretamente por auxilio necesario, mientras que el delito-fin (homicidio) está amparado por legítima defensa propia. Verdaderamente, este caso no se diferencia de las hipótesis de concurso real de causas de justificación, pues se trata de va-

(102) Cfr. sobre esta posibilidad CUERDA RIEZU *Colisión de deberes* cit. pp. 287 ss., especialmente pp. 311 ss.

(103) Vid. MIR PUIG PG, cit. pp. 438 s.

(104) La única particularidad de este supuesto de estado de necesidad es que no «se lesiona un bien jurídico», como exige el artículo 8, 7 del Código Penal, sino varios, que «el mal causado» no es único sino plural. No creo sin embargo que ello impida la apreciación de tal causa de justificación; el problema se desplaza a determinar si se cumple en este caso el requisito de la proporcionalidad.

rias infracciones realizadas mediante varios hechos y cubiertas cada una de ellas por una distinta causa de justificación. No existe pues un único hecho, que como sabemos es el presupuesto del concurso ideal.

La segunda modalidad consiste en los casos de auténtico concurso ideal. Imaginemos ahora que un concurso ideal de delitos está justificado por una sola causa de exclusión del injusto; por ejemplo, una atracadora embarazada amenaza con matar al cajero del banco, por lo que éste se defiende efectuando un disparo con el propósito de provocar la muerte de la mujer y el aborto, consiguiendo ambos objetivos. En este ejemplo, hay un solo hecho (disparo) que da lugar a varios tipos positivos (homicidio y aborto), pero no existen diferentes causas de justificación, sino una sola, la legítima defensa y, por lo tanto, no se presenta un concurso. Pero también es posible que cada una de las infracciones que concurren idealmente esté amparada por una distinta causa de justificación, como cuando ante la agresión de C, A toma el jarrón de B, y lo arroja contra C, provocando la destrucción del jarrón y lesiones a C; aquí el hecho es único (arrojar el jarrón) y existe un tipo positivo de daños cubierto por estado de necesidad y un tipo positivo de lesiones cubierto por legítima defensa. Ahora bien, en mi opinión no surge en este supuesto un concurso ideal de causas de justificación, puesto que cada causa de justificación se limita a determinar la conformidad a Derecho de un tipo positivo distinto, actuando de manera separada, y por lo tanto aquéllas no concurren idealmente (105). De esto cabe deducir una regla: el concurso ideal de causas de justificación además de exigir un único hecho, requiere un *único tipo positivo*, cuya justificación total solamente es posible mediante la intervención conjunta de dos o más causas de justificación. Esta es la única manera de que el concurso ideal entre causas de justificación sea la contrapartida exacta del concurso ideal de delitos, puesto que en este último resulta preciso aplicar todas las normas infringidas —con independencia del sistema de determinación de la pena que se siga— para abarcar completamente todos los desvalores del hecho; por consiguiente, lo mismo debe regir *mutatis mutandis* en el concurso ideal entre las causas que excluyen el injusto: resultará preciso aplicar todas las causas de justificación concurrentes para alcanzar la consecuencia jurídica de la conformidad

(105) Esta es la solución coherente con la teoría de la pluralidad, a la que me adhiero, y que afirma que en el concurso ideal de delitos hay una pluralidad de infracciones aunque se haya producido mediante una única acción o hecho. Sin embargo, desde el punto de vista de la teoría de la unidad, para la que el concurso ideal de delitos constituye una sola infracción, la circunstancia de que intervengan distintas causas de justificación, como ocurre en el ejemplo propuesto en el texto, obliga a aceptar un auténtico concurso ideal de causas e justificación. Sobre la polémica entre teoría de la unidad y teoría de la pluralidad en el concurso ideal cfr. SANZ MORÁN *El concurso de delitos* cit. pp. 144 s.

a Derecho de la conducta. Si se dan estas condiciones —unidad de hecho y de tipo positivo, y necesidad de aplicar conjuntamente dos o más causas de justificación—, creo que es posible un concurso ideal de causas de justificación. Con ello me separo del parecer de Warda, para quien no cabe un concurso ideal de causas de justificación (106), y me aparto asimismo de la opinión del Tribunal Supremo, conforme a la cual no se pueden apreciar conjuntamente dos causas de justificación.

Mediante esa regla es posible abordar la modalidad del concurso ideal por efecto de abrazadera. Esta tiene lugar cuando un delito A que se prolonga en el tiempo tiene elementos comunes con otros dos delitos B y C, pero estos dos no tienen entre sí nada en común. Pues bien, como el efecto abrazadera implica al menos tres infracciones, no cabe trasladarlo al ámbito de las causas de justificación.

Aunque admito la figura del concurso ideal de causas de justificación, reconozco la dificultad de que se dé un caso con estas características en la realidad. No obstante, pienso que algunos grupos de tipos pueden resultar más accesibles a esta modalidad concursal; me estoy refiriendo a aquellos tipos que se pueden descomponer en otros más simples, como los tipos complejos, los tipos cualificados por el resultado, los tipos de hábito en los que cada acto es constitutivo por sí de otra infracción, etc. (107). Efectivamente, en estos tipos son imaginables supuestos en los que interviene una causa de justificación distinta respecto de cada uno de los tipos simples en los que se pueden descomponer. Un ejemplo concreto, si bien rebuscado y de laboratorio, podría ser el siguiente: A, líder de una banda criminal, se quiere vengar por cualquier medio de B, que se ha salido ya de la organización, habiendo ordenado a los miembros de la banda que den muerte a B, mientras A por su parte ha ideado publicar en la prensa calumnias sobre B; enterado B de que A pretende difamarle, B planea apoderarse de la información que posee A y que éste quiere hacer pública; cuando B se dispone a sustrar esa información, C, un miembro de la banda que no tiene conocimiento de las intenciones de B y que sólo quiere cumplir la orden de muerte que pesa sobre B, va a agredir a B, por lo que éste para defenderse se ve obligado a matar a C. En este caso el tipo positivo realizado por B es el de robo por homicidio, pero la sustracción está justificada por estado de necesidad mientras que la muerte está justificada por legítima defensa; el injusto total de la conducta sólo queda excluido mediante

(106) Cfr. WARDÁ op. cit. p. 151.

(107) Debo hacer público mi agradecimiento al profesor Suárez Montes, quien precisamente me hizo ver la posibilidad de un concurso ideal entre causas de justificación, haciendo referencia a algunas de estas clases de tipos. La observación de Suárez Montes tuvo lugar en el debate que siguió a la exposición de esta ponencia en el Seminario Hispano-Alemán sobre «Causas de justificación y de exclusión de la tipicidad y del injusto penal» celebrado en marzo de 1990 en Barcelona y Alcalá de Henares, bajo la dirección de los Profesores Mir Puig y Luzón Peña.

la aplicación conjunta de ambas causas de justificación, por lo que concurren indealmente.

Me interesa en este momento analizar aquellas resoluciones de nuestro Tribunal Supremo que aceptan la apreciación conjunta de legítima defensa y miedo insuperable, atribuyendo a este último la función de cubrir el exceso en la legítima defensa. De entrada, debo resaltar —y criticar— la contradicción que se suscita entre esta opinión y el principio general afirmado reiteradamente por la jurisprudencia de que de unos mismo hechos no se pueden derivar varias eximentes. Ambas tendencias no se presentan en la jurisprudencia según la relación regla-excepción, sino más bien como declaraciones carentes de conexión entre sí. Pero entonces es preciso reconocer que o una cosa o la otra, *tertium non datur*. En mi opinión, el pretendido principio de que un mismo hecho no puede dar lugar a varias circunstancias eximentes no es cierto, precisamente por la generalidad con que está expresado. Aunque encierra un núcleo de verdad, que se puede reconducir al principio más general del *non bis in idem*, comparto las objeciones de un sector doctrinal según las cuales no es el hecho, sino que es el mismo objeto de valoración el que se opone a la duplicidad de efectos jurídicos (108). Pero a mi juicio ello no impide, conforme acabo de argumentar, que pueda surgir un concurso ideal entre causas de justificación. La cuestión que debe plantearse ahora es si es ésta la modalidad concursal que se presenta en los casos que según la jurisprudencia son compatibles la legítima defensa (normalmente incompleta) y el miedo insuperable. Desde el punto de vista —que comparto— que atribuye al miedo insuperable la naturaleza de una causa de justificación, opino que hay que responder negativamente. Pues si el exceso debido al miedo constituye otro hecho diferente de la reacción defensiva (por ejemplo, tras el disparo que hiere al agresor y le deja fuera de combate, el agredido le dirige un segundo disparo por miedo (109), no se da el presupuesto exigido en el concurso ideal de que se trate de un solo hecho y un solo tipo positivo; sería más bien un «concurso real» de causas de justificación, es decir, de legítima defensa y de miedo insuperable. Y si desde un principio la legítima defensa es incompleta por exceso intensivo, pero se actúa así movido por miedo insuperable, deberá aplicarse únicamente la causa de justificación completa del miedo insuperable en virtud del principio de preferencia de la calificación jurídica más benigna, que otorga en este caso la primacía a la causa de justificación (art. 8, 10) frente a la circunstancia de atenuación (art. 9, 1) (110).

(108) Cfr. al respecto las opiniones de COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC indicadas *supra* nota 61.

(109) En realidad, el segundo hecho de esta hipótesis no constituye legítima defensa ni completa ni incompleta, puesto que se trata de un exceso extensivo.

(110) Estoy de acuerdo en este punto con la opinión de GÓMEZ BENÍTEZ; vid. la referencia *supra* nota 55.

Una vez tratadas las figuras del concurso real y del concurso ideal, sólo resta por analizar la posibilidad del concurso de leyes entre causas de justificación. Mediante el concurso de leyes (también denominado unidad de ley) se resuelve la aparente contradicción de varias normas, aplicando finalmente sólo una de ellas. Evidentemente, es factible transportar esta idea al ámbito de la exclusión del injusto, resultando que el concurso de leyes entre causas de justificación se presenta cuando aparecen aplicables varias de ellas a un mismo hecho, pero mediante el uso de diversos criterios de solución se va a aplicar finalmente una sola. La pregunta que surge entonces es cuál de los principios que resuelven el concurso de leyes rige en materia de justificación. Warda rechaza el criterio de la alternatividad — como la mayoría de la doctrina germana actual (111)—, basándose en que tal figura o bien carece ya de objeto al haber evitado el legislador duplicidades legales, o bien es innecesaria en cuanto que se pueden alcanzar los mismo resultados con la especialidad o con la subsidiariedad (112). En mi opinión, sin embargo, puede aceptarse la idea de la alternatividad cuando existan varias causas de justificación aplicables a un hecho por cumplirse todos sus presupuestos, con la consecuencia de que en tal caso habrá libertad para optar por cualquiera de ellas.

También se opone Warda al pensamiento de la consunción en el campo de las causas de justificación, con el argumento de que este criterio sólo es imaginable entre tipos delictivos con distinto contenido de injusto y con distintos marcos penales, lo que no ocurre entre causas de justificación, pues todas ellas conducen a la misma consecuencia jurídica (113). Por mi parte, creo que ciertamente la consunción no puede darse en sentido técnico entre las causas de exclusión del injusto, pero sí es verdad que en ocasiones el legislador convierte en simple presupuesto o elemento de una causa de justificación, lo que en otros casos constituye una causa de justificación autónoma e independiente. Así ocurre, por ejemplo, con el consentimiento del donante y del receptor en los casos de trasplante de órganos efectuados de conformidad a lo que dispone la Ley que regula esta materia (114).

Por lo que se refiere al criterio de la subsidiariedad, éste consiste como es sabido en que un precepto (ley subsidiaria) sólo es aplicable en el caso de que no sea aplicable otro (ley principal). En relación

(111) Cfr. SANZ MORÁN «Alternatividad de leyes penales» en *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández Albor* 1989 p. 669.

(112) Cfr. WARDA op. cit. p. 152, quien a su vez se remite a GEERDS *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht* 1961 pp. 244 ss.

(113) Cfr. WARDA op. cit. pp. 152-153.

(114) La Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, exige además del consentimiento del donante y del receptor otros requisitos; cfr. sobre ello ROMEO CASABONA *El médico ante el Derecho* 1985 p. 17.

al Derecho alemán, manifiesta Warda que no se presenta ningún caso de subsidiariedad expresa entre causas de justificación (115). Lo mismo cabe decir del Derecho español, pues en efecto no existe ninguna causa de justificación que disponga que sólo será aplicable en el caso de que no lo sean otra u otras. En cuanto a la subsidiariedad tácita, nuevamente es rechazada por Warda con similares argumentos a los utilizados para descartar la consunción (116).

Debo advertir, no obstante, que el término «subsidiariedad» tiene un doble significado: subsidiariedad en el ejercicio de una causa de justificación y subsidiariedad como relación concursal (117). El primer sentido hace referencia a la cuestión de si una causa de justificación tiene o no carácter residual, es decir, si para ejercitar una causa de exclusión del injusto es preciso o no haber agotado otras vías, si es o no preciso recurrir a otros medios de solución. Así por ejemplo, se reconoce sin discusión que la colisión de intereses encuadrada en el estado de necesidad es subsidiaria, queriéndose expresar con ello que no quede otro medio menos lesivo para salvaguardar un interés que la lesión de otro interés; en ocasiones, se pretende designar lo mismo aunque se emplee otra expresión, y así la jurisprudencia y un sector doctrinal exigen que el estado de necesidad tenga «carácter absoluto» (118). Sin embargo, la misma cuestión es objeto de mayor debate en la legítima defensa, de manera que algunos autores afirman la no subsidiariedad de esta causa de justificación (119), mientras que otros manifiestan lo contrario (120). Pero el término subsidiariedad tiene también un segundo significado, y éste es estrictamente concursal. Con este sentido de subsidiariedad entre causas de justificación se manifiesta que la conducta a enjuiciar encaja en el ámbito de aplicación de dos causas de justificación distintas, ahora bien sólo va a ser estimada una de ellas, la que tenga carácter de principal.

Una vez centrada la subsidiariedad como categoría concursal, me parece demasiado aventurado negar, como hace Warda, toda posibilidad de subsidiariedad tácita entre dos causas de justificación. Quizá pueda aceptarse tal relación de subsidiariedad en los casos en que un sujeto se enfrenta a una situación de conflicto de intereses que se encuentran ambos en la esfera de decisión de otra persona, siendo entonces el estado de necesidad subsidiario respecto del consentimiento

(115) Cfr. WARDA op. cit. p. 168.

(116) Cfr. WARDA op. cit. p. 169.

(117) Cfr. sobre esta distinción CUERDA RIEZU *Colisión de deberes* cit. pp. 265/266.

(118) Vid. las referencias bibliográficas en CUERDA RIEZU *Colisión de deberes* cit. pp. 190-191 notas 286 y ss.

(119) Cfr., por ejemplo, LUZÓN PEÑA en *Comentarios a la legislación penal* t. V cit. pp. 246 s.

(120) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO «Todavía sobre el carácter subsidiario y el ámbito de aplicación de la legítima defensa» en *Estudios jurídicos. Homenajes al Profesor Alfonso Otero* 1981 pp. 771 ss.

to; esto es lo que ocurre en el caso de intervenciones médicas, en las que es preciso el consentimiento por escrito del paciente, excepto «cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento» (art. 10.6, c de la Ley General de Sanidad); luego entonces el médico debe intentar conseguir en primer lugar el consentimiento del paciente, y sólo en el supuesto de que ello no sea posible podrá recurrir al estado de necesidad (121).

En el contexto de la subsidiariedad deben recordarse también las opiniones de la doctrina española favorables o contrarias a lo que he denominado «técnica de la remisión a otra causa de justificación», que parece aludir a una relación de subsidiariedad tácita. Pero esta discusión se centra más que en la relación misma, en la consecuencia jurídica que se deriva de dicha relación, aspecto sobre el que trataré más adelante.

Queda por comprobar la relación de especialidad entre causas de justificación, que para Warda es la única posible situación concursal que se puede originar en esta ámbito. Lo característico de la especialidad entre causas de justificación es, como ya se puso de relieve, que sólo tiene relevancia cuando el supuesto de hecho no cumple todos los presupuestos de la causa de justificación especial. Y esto es lo que diferencia tal especialidad con la que surge entre las normas que prevén delitos. En la especialidad «normal», es decir: entre delitos, tanto la ley general como la ley especial son aplicables al supuesto de hecho; mientras que en la especialidad entre causas de exclusión del injusto, sólo se plantean problemas cuando la causa de justificación especial no es aplicable al caso concreto aunque sí se dé su ámbito de regulación. Se constatan pues la diferencias que afectan al concurso entre causas de justificación.

Al abordar la especialidad resulta necesario tratar la cuestión de su ámbito, esto es, los grupos de casos que pueden ser incluidos bajo este criterio concursal según el Derecho español. La situación de especialidad lógica no se da entre causas de justificación. La especialidad lógica surge cuando la ley especial contiene todos los elementos de la ley general más uno suplementario: la ley general incluye los elementos a y b, y la ley especial contiene los elementos a, b y c. Pero si se pretende descubrir esta especialidad lógica en los supuestos en que podría resultar más evidente, enseguida surgen dificultades. Me refiero a los casos en que el legislador ha previsto una causa de justificación para una concreta figura delictiva. El artículo 491 prevé en relación al allanamiento de morada una exclusión de pena para los

(121) En contra de que estos casos constituyan un supuesto de subsidiariedad, se manifiesta WARDa op. cit. p. 168, con el argumento de que entonces la aplicabilidad del estado de necesidad no se hace depender de la no existencia del consentimiento, sino de la imposibilidad de obtener el consentimiento.

supuestos en que la entrada en la morada ajena se efectúa para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, o para prestar algún servicio humanitario o a la justicia. En principio, el artículo 491 parece regular una concreta modalidad de estado de necesidad, en la que preponderan otros intereses públicos o privados frente a la inviolabilidad de la morada. La doctrina española ha puesto de manifiesto sin embargo que este precepto no exige expresamente los requisitos de proporcionalidad, falta de provocación suficiente y ausencia de la obligación de sacrificarse, que sí se precisan para alcanzar la justificación del 8.º, 7 (122). Ante estos «silencios» de la norma contenida en el artículo 491, la doctrina española se enfrenta a una alternativa: o bien interpretar el artículo 491 analógicamente con el estado de necesidad del artículo 8.º, 7, o bien interpretar el artículo 491 *a contrario sensu* del 8.º, 7. Con la primera posibilidad regirían en el 491 los requisitos no mencionados del estado de necesidad, mientras que con la segunda no regirían tales requisitos. En cualquier caso, para llegar a uno u otro resultado, la doctrina utiliza argumentos históricos y teleológicos. Pero con una estricta lógica, es preciso reconocer que el artículo 491 no contiene todos los elementos del artículo 8.º, 7 más alguno suplementario. Solamente cabe admitir entonces una especialidad funcional en el sentido de Warda. Lo mismo ocurre con las indicaciones previstas para el delito de aborto; pues tampoco se mencionan en el artículo 417 bis los requisitos de la falta de provocación intencionada ni la ausencia de la obligación de sacrificarse.

Si se acepta esa conclusión, debe rechazarse la opinión de Seelmann de que el estado de necesidad ostenta la condición de una causa de justificación genérica frente a las restantes causas de justificación (con la excepción del consentimiento). Pues Seelmann fundamenta esa especialidad lógica en la circunstancia de que las causas de justificación son concreciones efectuadas por el legislador del principio de la ponderación de intereses. Pero eso sólo es posible mediante una «espiritualización» de las causas de justificación, mediante una referencia a su fundamento o a los principios de justificación, olvidando los concretos requisitos o presupuestos que exige la ley para cada una de ellas (123). Ha de tenerse en cuenta además que la postura de Seelmann no resuelve todos los problemas, pues la especialidad ha de analizarse respecto de cada causa de justificación en sus relaciones con otra u otras causas de justificación. Seelmann sólo pretende determinar las relaciones que surgen entre el estado de necesidad y otras causas de justificación, pero no las de éstas entre sí.

(122) Cfr. en este sentido: SUÁREZ MONTES *El delito de allanamiento* cit. p. 39; QUINTANO RIPOLLES *Tratado* cit. p. 991; JORGE BARREIRO *El allanamiento* cit. p. 86.

(123) Efectúa también esta crítica PETERS *GA* 1981 p. 453.

En definitiva: puede suscitarse una relación de especialidad entre causas de justificación, pero difícilmente en sentido lógico. Como indica Warda, las causas de exclusión del injusto presentan zonas de interferencia y zonas distintas entre sí.

De la hipótesis de relación de especialidad en sentido funcional mencionadas por Warda, pueden plantearse en Derecho español algunos supuestos. Debo advertir, no obstante, que no pretendo sentar conclusiones definitivas, sino sólo suscitar posibles situaciones de especialidad, cuyo análisis más profundo no puede efectuarse aquí:

a) Como supuestos en que una causa de justificación exige presupuestos más estrictos o suplementarios que otra, cabría mencionar la legítima defensa (art. 8.º, 4) o el estado de necesidad (art. 8.º, 7) como especiales frente al ejercicio de un derecho (art. 8.º, 11). También podrían entrar en esta constelación de casos, supuestos como el que dio lugar a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1982, es decir: la especialidad del cumplimiento de un deber (art. 8.º, 11) frente a la legítima defensa (art. 8.º, 4).

b) En cuanto a las causas de justificación previstas para determinadas figuras delictivas, es posible someter a discusión si los artículos 491 y 417 bis son especiales frente al genérico estado de necesidad (art. 8.º, 7).

c) Por último, existe especialidad según Warda cuando una causa de justificación impone además de la conformidad a Derecho otras consecuencias jurídicas, como por ejemplo la responsabilidad civil. En Derecho Penal español, éste es el caso del estado de necesidad del artículo 8.º, 7. Pero en mi opinión, el solo dato de la imposición de responsabilidad civil no es capaz de fundamentar la especialidad. Únicamente cuando el estado de necesidad sea especial en sentido funcional respecto a otra causa de justificación, será aquél preferente.

Hasta ahora sólo me he ocupado de las modalidades concursales que pueden jugar un papel en el ámbito de las causas de justificación, habiendo reconocido la posibilidad de un «concurso real» (aunque carente de dificultades y de importancia práctica), de un concurso ideal y de un concurso de leyes por relación de alternatividad, subsidiariedad y especialidad. Pero en este capítulo es preciso todavía abordar un segundo grupo de problemas: el relativo a las consecuencias jurídicas que se derivan de esas figuras concursales.

Nada hay que añadir a lo que ya he manifestado en referencia al «concurso real» de causas de justificación; de estos casos cada circunstancia operará por separado respecto al hecho al que afecta. En cuanto al concurso ideal, cabría calificar el efecto que produce de «acumulación» de consecuencias jurídicas, dado que la justificación total del hecho se deriva de la suma de dos o más causas de justificación. En el caso de que el tipo complejo esté justificado sólo en parte, de modo que únicamente exista una causa de justificación que ampare uno de sus componentes, habrá que proceder a desmembrar

el tipo de complejo, imponiendo una pena sólo respecto al componente no justificado (124).

Más problemas plantea la determinación de la consecuencia jurídica que se deriva del concurso de leyes. Ya me he pronunciado sobre el efecto que corresponde a la alternatividad; cuando las causas de justificación concurrentes no se encuentran en relación de especialidad ni subsidiariedad, y además se cumplen todos sus presupuestos, creo que es preciso reconocer la libertad de elección de la causa de exclusión del injusto que va a ser aplicada; en mi opinión, no tiene ningún sentido aplicarlas todas conjuntamente.

La consecuencia jurídica que corresponde a la especialidad merece un tratamiento más detenido. La opinión mayoritaria en Alemania entiende que la causa de justificación especial es preferente en relación a la causa de justificación genérica, quedando esta última desplazada. Ahora bien, este efecto de desplazamiento carece de consecuencias prácticas cuando el supuesto de hecho cumple todos los presupuestos de la causa de justificación especial; pues entonces la conformidad a Derecho se va a derivar de una y no de otra causa de justificación, pero en definitiva se va a producir la consecuencia de la exclusión del injusto. El problema se plantea cuando, una vez afirmada la relación de especialidad, el supuesto de hecho se adecúa al ámbito de regulación de la causa de justificación especial, pero sin embargo no cumple todos los requisitos que ésta exige. En esta hipótesis, la mayoría de los penalistas alemanes mantiene el efecto de preferencia de la causa de justificación especial, es decir, un efecto oclusivo que obliga a enjuiciar el hecho desde la perspectiva de esa causa de justificación. Ello impide, por tanto, recurrir a la causa de justificación genérica que daría lugar a la conformidad a Derecho de la conducta. El resultado final es que la conducta no estará justificada por no cumplir los presupuestos de la causa de justificación especial. Si, por ejemplo, el aborto no se efectúa dentro del plazo exigido en el artículo 417 bis para la indicación criminológica (doce primeras semanas de gestación), no es posible ya ampararlo en el estado de necesidad genérico del artículo 8.º, 7, y en consecuencia la conducta abortiva será contraria a Derecho.

Por mi parte, estoy de acuerdo en principio con el efecto oclusivo de la causa de justificación especial. Si el legislador regula en un precepto una causa de justificación de forma más estrecha o para una determinada conducta, el principio de vigencia de ese precepto obliga a reconocerle un ámbito de aplicación. En caso contrario, podría eludirse recurriendo a otro precepto del que se derivara una consecuen-

(124) Me parece preferible esta solución a la de castigar por todo el delito complejo con causa de justificación incompleta, puesto que la causa de justificación se presenta en realidad completa, si bien en relación a uno de los componentes.

cia jurídica más beneficiosa. Pero si se opera así, se estaría negando la vigencia del precepto especial.

Algún autor, sin embargo, admite excepciones al efecto oclusivo. Cabe mencionar aquí a Seelmann (125) y a Roxin. Este último es partidario de permitir el recurso a la causa de justificación genérica cuando el supuesto de hecho no se adapta exactamente al ámbito de regulación de la causa de justificación especial por la inclusión de algún elemento adicional; Roxin ofrece un caso de estas características que puede ser trasladado *mutatis mutandis* al Derecho español: entre otros supuestos, el artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza al particular a detener al delincuente *in fraganti*; si el particular se encuentra varios días más tarde del hecho al presunto delincuente, no le podrá detener amparándose en el genérico estado de necesidad del artículo 8.º, 7, porque si el legislador hubiera querido permitir esa posibilidad, habría previsto una excepción en tal sentido al requisito de que el hecho fuera flagrante; ahora bien, si ese mismo delincuente, varios días después del hecho, se dispone a pasar la frontera y desaparecer, la situación ya no está abarcada por la *ratio* del artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; pues la estricta limitación de la autorización a los particulares para que detengan, se basa en la idea de que siempre resulta posible una detención por los órganos estatales competentes, por lo que si ya no existe esa posibilidad, cabrá alcanzar la justificación mediante el estado de necesidad genérico del artículo 8.º, 7 (126).

Creo que es correcta esta matización. En efecto, resulta imaginable que el supuesto de hecho se adapte en principio al ámbito de regulación de la causa de justificación especial (en el caso anterior, la detención por un particular), pero bajo una interpretación más detenida se compruebe que ese supuesto de hecho contiene elementos suplementarios que no se adaptan ya a tal causa de justificación especial. Si ante el peligro para la vida de la mujer embarazada, no es posible localizar a un médico para realizar el aborto, y la conducta es efectuada por un estudiante de medicina, surge una nueva situación de necesidad en la que además de un riesgo de muerte de la embarazada existe la imposibilidad de encontrar un facultativo, lo que a mi juicio permite recurrir a la causa de justificación genérica del artículo 8, 7, que regula el estado de necesidad. Pero si por el contrario el aborto necesario para salvar la vida de la mujer es efectuado por un alumno de medicina, a pesar de que no hubiera resultado difícil localizar a un médico, se produce el efecto oclusivo del artículo 417 bis, con la consecuencia de que en tal caso no quedará excluido el injusto (aunque sí fuertemente atenuado). La única duda

(125) Cfr. SEELMANN *op. cit.* pp. 65 ss.

(126) Cfr. ROXIN «Grundfragen der Unrechtslehre» *cit.* p. 18.

que me surge al respecto es si aquellos casos que permiten recurrir a la causa de justificación genérica representan una excepción al efecto oclusivo, o más bien constituyen situaciones que no dan lugar a una relación de especialidad en sentido funcional, pues en realidad no se da exactamente el ámbito de regulación de la causa de justificación especial.

Parecidas cuestiones surgen respecto a la consecuencia jurídica que hay que atribuir una vez que se ha determinado que dos causas de exclusión del injusto se encuentran en relación de subsidiariedad. No plantean problemas aquellos casos en los que la conducta cumple todos los requisitos tanto de la causa de justificación subsidiaria como de la causa de justificación principal, pues entonces habrá que apreciar la principal, pero la justificación se produciría igualmente con la estimación de la subsidiaria. Las dificultades aparecen nuevamente cuando no se cumplen todos los requisitos de la causa de justificación principal y por el contrario se cumplen todos los presupuestos de la causa de justificación subsidiaria. Pienso que en tal caso, y como regla general, se produce también el efecto oclusivo, con lo que la consecuencia será que la conducta no estará justificada. No me parece legítimo aplicar aquí el principio de preferencia de la calificación jurídica más benigna. Cuando el médico no recaba el consentimiento del paciente pudiendo hacerlo, y no obstante le somete a una intervención quirúrgica porque pelagra su vida, habrá que desestimar el estado de necesidad y, por consiguiente, imponer una pena por la ausencia de consentimiento. Sólo en el supuesto de que la conducta no se adapte al ámbito de regulación de la causa de justificación principal por la inclusión de algún elemento suplementario, será posible que la causa de justificación subsidiaria ejerza una «función de recogida», produciendo el efecto de la conformidad a Derecho de la conducta.

VI

A lo largo de toda la exposición anterior ya se ha efectuado alguna mención a las causas de justificación incompletas, pero no está de más, creo yo, dedicarles una atención específica (127).

En la modalidad de «concurso real» cada uno de los hechos afectados por una causa de justificación incompleta gozará de la atenuación del artículo 9, 1. En los casos de concurso de leyes, será preciso en primer lugar determinar la relación que surja entre las circunstancias. Si esta relación consiste en especialidad o en subsidiariedad, será

(127) En lo que sigue he efectuado algunas modificaciones respecto a mi planteamiento inicial del tema, gracias a las observaciones que me dirigió el profesor Mir Puig en el coloquio citado en nota 107.

preciso aplicar la consecuencia jurídica que corresponda, según se ha especificado en el apartado anterior; ello implica que habrá que hacer abstracción en un primer momento de si la causa de justificación se presenta en su versión completa o en su versión incompleta. Si la relación que se suscita entre dos causas de justificación incompletas es de alternatividad, entrarán en juego las reglas sobre compatibilidad o incompatibilidad entre atenuantes, sin que sea desacartable *a priori* la posibilidad de que ambas actúen conjuntamente; en tal caso, creo que son acumulables los efectos que determina el artículo 66, es decir, que habrá que aplicarlo tantas veces como causas de justificación incompletas —pero compatibles entre sí— se presenten. A la misma solución habrá que llegar cuando las causas de justificación incompletas concurren idealmente.

VII

Comencé este trabajo planteando la pregunta de si el concurso entre causas de justificación se puede regir por los mismos criterios que los de la teoría «tradicional» del concurso. Según he tratado de fundamentar, pienso que el bagaje de conceptos que ofrece la teoría tradicional del concurso tiene un gran valor en el ámbito de las causas de justificación, pero a mi juicio ni los presupuestos concursales ni las consecuencias jurídicas concursales son exactamente equiparables en ambos casos.

En la teoría del concurso entre causas de justificación queda todavía un largo camino por recorrer; con el presente trabajo he pretendido analizar los aspectos generales del problema, pero aún queda abierto a la investigación el estudio de las particulares relaciones concursales que mantiene cada causa de justificación con las demás.