

La categoría de la antijuricidad en Derecho Penal

JOSE LUIS DIEZ RIPOLLES

Catedrático de Derecho penal.

Universidad de Málaga.

1. INTRODUCCION

Sin duda, el emblemático trabajo de Roxin «Política criminal y sistema del Derecho penal» supuso en las dos últimas décadas el mayor impulso para repensar la actual dogmática jurídico-penal. El punto de mira apuntaba a lograr su enriquecimiento, fundamentalmente a través de la aportación de contenidos político-criminales en las diferentes secuencias valorativas de la teoría jurídica del delito (1). Su influencia sobre numerosos trabajos posteriores es generalmente reconocida (2).

El grupo de autores cuyas tesis, nucleadas alrededor de la teoría elaborada por Günther sobre el contenido de la antijuricidad en Derecho penal, pasamos a exponer a continuación para luego analizar críticamente, no es exagerado afirmar que ha emprendido la difícil tarea de extender consecuentemente la postura programática de Roxin a una categoría del delito, la antijuricidad, en la que éste no había estado especialmente afortunado, a juzgar por las críticas recibidas (3).

La averiguación de la medida en que tales construcciones teóricas, singularmente la más acabada de Günther, han conseguido su propósito, es el objetivo de este trabajo.

(1) Véase Roxin. «Política criminal y sistema del Derecho penal», Bosch. 1972, traducción del alemán por Muñoz Conde.

(2) Sobre la confluencia metodológica de las aspiraciones a enriquecer políticamente la teoría jurídica del delito, y la progresiva normativización de ésta, véase Díez Ripolles. «Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas». Tirant lo blanch, 1990, pp. 21-27. Recientemente alude también a ello Silva Sánchez. «Introducción». En Schönemann y otros, «El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales», Tecnos, 1991, pp. 19-22.

(3) Véase por ejemplo las recogidas en Nota 268 de Apartado VII.

2. LA POSTURA DIFERENCIADORA DE GÜNTHER

Resulta difícil condensar en unos pocos párrafos las continuas aportaciones que este autor realiza a su teoría, que viene enriqueciendo desde su trabajo fundamental publicado en 1983 (4). A continuación se intenta exponer del modo más ordenado posible lo que constituye sin duda uno de los esfuerzos más elaborados por introducir contenidos políticocriminales en las categorías del delito, singularmente en la de la antijuricidad:

El principio de la unidad del ordenamiento jurídico no debe hacer olvidar que cada uno de los sectores de éste, además de atender a la finalidad general, es decir, garantizar las condiciones de existencia internas y externas de una comunidad, ha de satisfacer fines parciales derivados de ese fin general y ligados a las peculiaridades de su materia de regulación. Es en ese contexto que debe entenderse la prohibición de contradicciones valorativas, y con mayor razón normativas, atribuida a tal principio: El rechazo de las primeras pretende evitar un tratamiento diferenciado de realidades sustancialmente idénticas pero no pasar por alto las peculiaridades de esas realidades a las que cada sector específicamente atiende, mientras que las segundas, en la misma dirección pero más crasas, consisten en que el ordenamiento jurídico atribuye a una misma conducta consecuencias jurídicas mutuamente excluyentes. Ahora bien, el principio de la unidad del ordenamiento no nos suministra los criterios materiales para identificar tales contradicciones valorativas, constituyendo un mero principio regulador que no exime de averiguar las diferenciadas referencias teleológicas de los diversos conceptos y sectores jurídicos (5).

El Derecho penal en su conjunto, y el concepto de delito a él ligado, poseen consecuentemente unas referencias teleológicas específicas. No les corresponde una función configuradora del orden social o estatal sino una más limitada, centrada en la mera protección de determinados bienes jurídicos. No obstante, no debe exagerarse tal referencia dada la imprecisión del concepto de bien jurídico, su presencia en otros sectores jurídicos y su proclividad a una protección demasiado exhaustiva. Tal función se enriquece con las referencias derivadas de que estamos ante un sector que desarrolla la protección de esos bienes jurídicos aplicando, a las conductas que los lesionan, las consecuencias jurídicas más graves de las que dispone todo el ordenamiento:

(4) Véanse Günther, H.L., «Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss», C. Heymans Verlag, 1983. Una detenida exposición de su teorías se puede ver igualmente en Lorenzo Copello, «El aborto no punible». Bosch-Spicum, 1990, pp. 290-310.

(5) Véase Günther, *op. cit.* pp. 91-98; del mismo, «Die Klassifikation von Rechtsfertigungsgründen im Strafrecht», en Seminario hispano-alemán, Barcelona-Alcalá, 1990, pág. 12.

Ello no debe suponer el atender solo a reflexiones derivadas de los fines de la pena, dado su exclusivo componente político criminal, con la subjetividad y carga ideológica que ello implica, además del riesgo de perder la función limitadora de la dogmática. Una amplia y duradera aceptación de las valoraciones jurídicopenales exige acudir asimismo a consideraciones sobre el fundamento de la pena, lo que implica introducir el principio de proporcionalidad, basado en la presencia de un injusto lo suficientemente grave como para ser merecedor de pena, y el de culpabilidad.

Estas referencias teleológicas básicas, necesitadas de un ulterior desarrollo, no deben limitarse a ser un criterio de interpretación sino que deben determinar la configuración de las diversas categorías y conceptos del delito (6).

Al respecto el autor sostendrá que toda categoría o concepto jurídico deberá expresar un doble contenido final: El teleológico-sistemático reflejará el componente global peculiar del sector jurídico en el que la citada categoría o concepto están integrados, mientras que el teleológico-material o funcional expresará las funciones que otorgan especificidad dentro del sector aludido a la respectiva categoría o concepto. A su vez, estas referencias se duplican en la medida en que estas categorías o conceptos deben atender coordinadamente a la relación entre el sector jurídico al que pertenecen y el ordenamiento jurídico en su conjunto, de modo que deben ser capaces de expresar tanto la especificidad del sector jurídico en el que se integran respecto a la totalidad del ordenamiento, como la unidad en último término de éste (7).

Pese a lo anterior predomina en el Derecho penal una concepción denominada unitaria de la categoría del delito de la antijuricidad según la cual ésta, así como las causas que la excluyen, deben de operar afirmando la ilicitud o licitud de la conducta en relación con la totalidad del ordenamiento jurídico, sin incluir en el contenido de esta categoría referencias teleológicas propias del sector jurídico en el que se integra, es decir, del Derecho penal. Tal actitud contrasta con la mostrada con otras categorías de delito, singularmente la tipicidad y la culpabilidad, a las que se asignan componentes teleológicos decisivos de cara a la diferenciación entre el Derecho penal y el resto de los sectores del ordenamiento jurídico (8). Incluso un análisis de los con-

(6) Véase Günther, «Strafrechtswidrigkeit...», *op. cit.* pp. 135-137, 149-156, 161-168; de mismo, «Rechtfertigung und Entschuldigung in einem teleologischen Verbrechenssystem», en «Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven». Hrg. Eser-Fletcher, Freiburg, 1987, pp. 370, 372-378.

(7) Véase Günther, «Strafrechtswidrigkeit...», *op. cit.* pp. 143-148, 393; del mismo, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, pp. 378-380, 383-384.

(8) El autor critica de modo especial la actitud de Roxin de confinar al tipo y a la culpabilidad todas las referencias estrictamente penales. Vid. referencias infra.

ceptos de antijuricidad manejados en otros sectores jurídicos muestra que allí se integran referencias teleológicas específicas del sector en cuestión.

El concepto unitario de antijuricidad, y sus correspondientes causas de exclusión, pasarían por alto que una antijuricidad penal referida a todo el ordenamiento priva a esta categoría del delito de su referencia teleológico-sistemática dentro del hecho punible o, si se quiere, de su aporte teleológico-material a la relación entre el Derecho penal en el que se integra y el ordenamiento jurídico en su conjunto. La antijuricidad, correctamente entendida, debe satisfacer cuatro funciones: Mantener su coherencia con el hecho punible en su conjunto, diferenciarse de los restantes elementos del delito, mantener la coherencia entre todo el ordenamiento jurídico y el Derecho penal, y diferenciar a éste de aquel. (9).

Tras reconocer el autor lo poco que se ha avanzado en la elaboración teleológico-penal de la antijuricidad, pretende explicitar su fundamentación y exclusión atendiendo a las peculiaridades de los conflictos de intereses que pretende resolver el Derecho penal en su conjunto y que resultan condicionados por la forma en que éste protege los bienes jurídicos así como por la especial gravedad de sus consecuencias jurídicas.

En un primer nivel el análisis penal se ocupa de dilucidar a partir de criterios teleológico-sistemáticos, esto es, atentos a la unidad del ordenamiento, cual sea el interés predominante. Identificado tal inte-

(9) Entre las causas que han podido dar lugar a esta insatisfactoria situación cita el autor, además de la teoría clásica de los imperativos para la que hay una única voluntad soberana sin que procedan discordancias entre los diversos imperativos por ella formulados con independencia del sector en el que se integren, la ulterior evolución de la teoría de las normas de Binding que ha dado lugar a que se considere que la norma, a diferencia de la ley penal, no pertenece al Derecho Penal en sí sino a todo el ordenamiento, por lo que ni su inobservancia ni los preceptos permisivos referidos a ellas tienen un carácter específico penal; en la práctica también fomentó esta postura el que el concepto de antijuricidad en Derecho penal surgiera temporalmente cuando ya se había producido la elaboración conceptual de los preceptos permisivos en el Derecho en su conjunto. También colaboró a ello la difusión de la idea de la naturaleza secundaria del Derecho penal, ligada a su vez a la del carácter subsidiario de éste, y que implicaba limitar la labor del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos provenientes de otros sectores del ordenamiento, a cuyas normas debía atenerse.

Basta sin embargo con entender, correctamente, que el Derecho penal realiza una labor de selección y reformulación de las normas procedentes de otros sectores jurídicos a partir de criterios específicamente penales para que las normas penales puedan adquirir una autonomía, que no desconexión, respecto a las de otros sectores jurídicos, con consecuencias equivalentes respecto a los preceptos permisivos que las exceptúan.

Véase respecto a todo lo anterior en texto y notas Günther, «Strafrechtswidrigkeit...», *op. cit.*, pp. 1-2, 15-18, 55-57, 84, 116, 131-135, 154-159, 247-248, 252, 393; del mismo, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, pp. 365-367, 380-384, 407; del mismo, «Die Klassifikation...», *op. cit.*, pp. 5-6, 12, 17.

rés, que puede ser civil, administrativo... o derivado de los principios generales del Derecho, se entra en el nivel teleológico-material en el que se trata de ver si predomina tanto que necesita de una protección penal. Este segundo nivel viene exigido singularmente por la gravedad de las consecuencias jurídico-penales, lo que obliga a prestar especial atención a los intereses del autor y a transformar la antijuricidad en Derecho penal en una antijuricidad cualificada. En realidad, en esta segunda fase se contraponen los intereses de la víctima y de la generalidad en la obtención de una protección penal con los del autor en no ser penado junto a los de la generalidad en limitar lo más posible la criminalización de comportamientos. En la práctica supone que los intereses no predominantes tienen un mayor peso en Derecho penal que en otros sectores jurídicos (10).

Este segundo bloque de intereses viene correctamente expresado en los principios constitucionales de aptitud, necesidad y proporcionalidad. Mientras el primero de ellos, la aptitud del medio, pertenece propiamente a la tipicidad, y el segundo, la necesidad de su aplicación, resulta útil sólo ocasionalmente, la proporcionalidad se configura como el más importante criterio de referencia teleológico de cara a constatar la presencia del injusto cualificado que distingue al Derecho penal del resto de los sectores del ordenamiento jurídico (11).

Sin embargo tal referencia, que atiende fundamentalmente a la relación entre el fin perseguido y el medio utilizado, no es empleada con la suficiente amplitud, ni por una jurisprudencia que se limita a considerarlo como un criterio de interpretación de los tipos, ni por una doctrina que lo confina al tipo y a la culpabilidad, ignorando ambos sus potencialidades de cara a la exclusión del injusto. En los pocos casos en que se usa en el ámbito de las causas de justificación es únicamente en la primera fase de los conflictos penales de intereses, y no en la segunda, donde se establecen los límites de criminalización de las conductas.

Las críticas que se hacen a su imprecisión, derivada de la individualidad de cada colisión de intereses, ignoran que no nos encontramos ante un precepto sino ante un principio jurídico, en él que es irrenunciable cierto grado de abstracción. Por lo demás esta última cualidad, aunque ciertamente impone limitaciones a su uso en el tipo debido a la vigencia de los principios de legalidad y seguridad jurídicas (12), resulta apreciable en la exclusión del injusto, donde doctrina

(10) El autor hace notar cómo esta segunda fase se olvida por teorías como la del medio adecuado para un fin justo o la del interés preponderante, que no se plantean la cuestión de si, pese a no haberse alcanzado la licitud de la conducta, procede penar.

(11) El autor rechaza la pretensión de Roxin de derivar de principios formales como el de legalidad las referencias teleológicas que aporta el principio constitucional de proporcionalidad.

(12) Lo que hace que dentro de esta categoría del delito su empleo quede restringido al legislador.

y jurisprudencia necesitan conceptos relativamente indeterminados con los que atender a las circunstancias anormales del caso objeto de consideración. Además estamos ante un principio en cualquier caso mucho más preciso que otros principios formales del Derecho penal, y que no impide ulteriores concreciones en función del sector y categoría jurídica en que se desenvuelva.

Reflejo básicamente del principio de proporcionalidad será la idea del merecimiento de pena que, en un sistema teleológico, deberá estar presente en todas las categorías del delito (13), y aun en el proceso penal. Un factor negativo de especial importancia dentro del merecimiento de pena, también en la exclusión del injusto, será el principio de la insignificancia (14).

La antijuricidad general, procedente de la filosofía del Derecho, de los principios generales de éste y de la teoría jurídica en general es el presupuesto necesario, pero no suficiente, de las antijurididades específicas, propias de cada sector jurídico. Ello hace que, si bien la presencia de una de esas antijurididades específicas expresa simultáneamente la concurrencia previa de una antijuricidad general, la exclusión de una de aquellas no significa que desaparezca ésta. La errónea identificación entre antijuricidad general y específica, singularmente arraigada en Derecho penal (15), ha frenado la superación de la concepción unitaria de la antijuricidad. En realidad lo que sucede es que de la antijuricidad general se seleccionan las conductas típicas, interviniendo luego la antijuricidad penal como correctora de los resultados obtenidos en el tipo. Tal proceder crea una relación de especialidad entre la antijuricidad general y la penal que posibilita un tratamiento diferenciador de conductas sin incurrir en contradicciones valorativas o normativas (16).

En este contexto resulta de especial importancia captar adecuadamente la relación entre las categorías delictivas de tipo y antijurici-

(13) De ahí que critique la tesis de Sax de integrar el merecimiento de pena exclusivamente en el tipo, o la de Langer de crear una categoría específica para él al margen del injusto o la culpabilidad.

(14) Véase sobre texto y notas precedentes Günther, «Straf rechtswidrigkeit...», *op. cit.*, pp. 63, 178-246, 253-256, 360, 393; del mismo, «Die Lehre von strafwürdigen Unrecht als Beispiel einer Japanisierung des westlichen Strafrechts?», en «Die Japanisierung des westlichen Rechts», Hgr. Coing-Hirano, Tübingen, 1988, pp. 425-426; del mismo, «Die Klassifikation...», *op. cit.*, pp. 5-6 12, 17; del mismo, «Mordunrechtsmindernde Rechtfertigungselemente», *Juristische Rundschau*, 1985, p. 270; del mismo, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, pp. 381-382.

(15) El autor destaca su escaso arraigo en Derecho civil, así como su creencia de que la confusión en Derecho Penal probablemente se explica por la original concepción del tipo como valorativamente neutral.

(16) Véase Günther, «Straf rechtswidrigkeit...», *op. cit.*, pp. 7, 19-21, 29-31, 37-38, 63-64, 66-70, 80-87, 99-102, 122; del mismo, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, pp. 381-382, 384-385, 396-397.

dad: Mientras la primera selecciona, a partir de criterios teleológico-penales, de entre las conductas generalmente antijurídicas aquellas que son merecedoras de pena, la segunda se ocupa de confirmar, a través de un análisis más individualizado que puede tener en cuenta circunstancias excepcionales, el juicio de injusto provisionalmente contenido en el tipo, lo que desarrolla atendiendo a la posible presencia ya no de elementos merecedores de pena positivos sino negativos (17).

Tal situación conlleva diversas consecuencias: La antijuricidad penal, a diferencia de la general, no va referida a toda conducta humana, sino exclusivamente a aquella que previamente ha sido calificada como injusto típico (18). Si a ello se une que la antijuricidad penal tiene la misión de verificar si cabe excluir el contenido de injusto que el tipo ha establecido inicialmente, resulta obligado que los criterios de referencia de la antijuricidad se desarrollen en el mismo plano valorativo que los del tipo (19).

Esta estrecha conexión entre tipo y antijuricidad penal (20) debiera resultar evidente en el marco de la teoría de los elementos negativos del tipo ya que si sólo hay diferencias formales entre ambas categorías difícilmente se va a encuadrar su respectivo proceder valorativo en planos distintos. Pero también debiera aceptarse por la tesis que mantiene que el tipo es un indicio o el factor fundamentador decisivo de la antijuricidad: Si lo característico del tipo es su tarea selectiva específicamente penal, hasta el punto de que la falta inicial de merecimiento de pena, pese a la ilicitud general de la conducta, hace a ésta

(17) Tal función limitada a la eventual exclusión del injusto fundamentado ya típicamente, lleva al autor a no considerar del todo exacto el término «antijuricidad» para la tercera categoría del delito que implicaría una labor positiva de ella en la fundamentación.

En la misma línea considerará el autor que una actitud consecuente con la distinción entre la antijuricidad como un mero juicio formal de contradicción entre la conducta y la norma, y el injusto como concepto material, debería conducir a incluir en éste no sólo la tipicidad sino igualmente las causas de exclusión del injusto.

En otro orden de cosas el autor se sorprende de que la doctrina promotora de la consideración de elementos merecedores de pena incluya en el tipo tanto elementos positivos como negativos de merecimiento cuando estos últimos parece lógico que se remitan a la antijuricidad penal.

(18) Para mostrar hasta qué punto es esto así recuerda el autor cómo ni siquiera la antijuricidad penal es siempre la misma, variando según el tipo al que nos refiramos. Cabe incluso que una misma conducta sea lícita o ilícita penal según concurra la justificación en un tipo y no en otro en los casos de concurso ideal de delitos.

(19) De hecho el autor afirmará que en el tipo tienden a predominar los intereses de la víctima y en la antijuricidad los del autor.

(20) Que el autor se preocupa de reafirmar recordando la frecuencia con que unos mismos elementos intercambian su localización sistemática en el tipo o en la antijuricidad.

atípica, resulta incongruente que en la exclusión del injusto típico se exija necesariamente la licitud de la conducta, es decir, se pida contrarrestar más de aquello que el injusto típico ha podido por sí fundamentar.

Consecuentemente, si este injusto típico ha obtenido su fundamentación específica, más allá de la contrariedad de la conducta a la norma de la antijuricidad general, a partir de la presencia de elementos merecedores de pena, la confirmación definitiva de esa valoración fracasará no sólo si en ese análisis más individualizado se aprecia que estamos ante una conducta no contraria a la norma general sino también si se aprecia que persiste la contrariedad a la norma pero no el merecimiento de pena. Se puede decir que así como no coinciden norma general y tipo penal, tampoco se produce la coincidencia entre norma permisiva y causa de exclusión del injusto penal. O dicho de otro modo, si no todo lo ilícito es típico, tampoco toda persistencia de ilicitud confirma el ilícito típico (21).

El juicio de antijuricidad penal no pretende ser, por tanto, un criterio de distinción entre lo justo y lo injusto sino que, actuando en una fase ulterior, pretende señalar el paso de lo injusto a lo injusto merecedor de pena. En tal sentido recoge desaprobaciones jurídicas especialmente graves referidas a conductas que no sólo son generalmente antijurídicas sino que además poseen la cualidad de ser merecedoras de pena. Es este último elemento el que diferencia el concepto no sólo del de antijuricidad general sino igualmente de los de antijuricidad de los restantes sectores jurídicos.

Correspondientemente la exclusión de la antijuricidad penal no exigirá que la conducta en cuestión, debido a la concurrencia de ciertas circunstancias excepcionales, haya pasado a ser lícita para cualesquiera sectores del ordenamiento o para éste en su conjunto. Bastará con que tales circunstancias hayan eliminado el componente merecedor de pena de la conducta, y por consiguiente su desaprobación específica penal, aun cuando no haya alcanzado el nivel de la aprobación jurídica o licitud, esto es, la autorización o el permiso. Ello resulta coherente con un Derecho penal que se limita a la protección de bienes jurídicos y no a amparar lesiones de éstos por vía de permisos de actuar. También lo es con el principio de proporcionalidad, que no puede aceptar, dada la gravedad de las consecuencias jurídicas, que la exclusión del injusto penal esté condicionada a la licitud de la conducta para todo el ordenamiento,

(21) Véase respecto a texto y notas precedentes Günther, «Strafrechtswidrigkeit...», *op. cit.*, p. 37-38, 57-59, 104-110, 117, 119-130, 168, 172-174, 242-246; del mismo, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, p. 386-394; del mismo, «Die Klassifikation...», *op. cit.*, pp. 1-3 5; del mismo «Mordunrechtsmindernde...», *op. cit.* pp. 374-375; del mismo, «Die Lehre...», *op. cit.*, pp. 425-426.

siendo suficiente con la desaparición del injusto específico merecedor de pena (22).

Un antijuricidad penal así entendida exige diferenciar entre dos clases de exclusión del injusto penal. Un primer grupo estaría constituido por causas eximentes no genuinas: Ellas tendrían la capacidad para excluir el contenido de injusto general de la conducta típica, convirtiéndola en lícita para todo el ordenamiento; dados sus amplios efectos, deberían ser examinadas en primer lugar. El segundo grupo, las eximentes genuinas, limitarían su potencialidad a eliminar el contenido específico de merecimiento de pena inserto en el injusto típico, no afectando al componente de ilicitud general de él. Tal efecto limitado no supone que se llegue simplemente a una disminución del injusto que deje persistente la antijuricidad penal: Esta resulta excluida pues su mantenimiento exige la permanencia de la específica e intensa desaprobación jurídico-penal, que ha dejado de darse al faltar el merecimiento de pena; tal carencia impide que se alcance el nivel de injusto penal inicialmente indiciado en el tipo, llegándose a una situación similar a la que se da en determinadas hipótesis de atipicidad.

La distinción permite no pasar por alto la diferencia entre conductas deseadas o sólo toleradas por el ordenamiento, y reafirma la especificidad de cada sector jurídico en la resolución de los conflictos de intereses (23).

(22) Véase Günther, «Strafrechtswidrigkeit...», *op. cit.*, pp. 7, 37, 60-62, 83-87, 100-102, 109, 119-125, 158, 245-248, 251-256; del mismo, «Die Klassifikation...», *op. cit.*, pp. 2-3, 12, 17-18; del mismo, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, pp. 365-367, 381-382, 384-385, 395; del mismo, «Die Lehre...», *op. cit.*, pp. 425-426.

(23) El autor hace referencia a clasificaciones de diversos autores de algún modo equivalentes a la por él propuesta. Así, entre otras, alude a la distinción de Binding y Beling entre causas generales de exclusión de la antijuricidad, y causas excepcionales de exclusión referidas a normas aisladas, o a la del primer autor entre suspensiones, autorizaciones y deberes, siendo equiparables las primeras a sus causas genuinas y las restantes a las no genuinas. Asimismo considera que la tesis de Lenckner, que diferencia entre las causas de justificación que implican un derecho a intervenir, y las que suponen una mera autorización de actuar cabiendo defensa de la víctima, lleva a un reconocimiento indirecto de su tesis. Tampoco olvida señalar que en problemas aislados de las causas de justificación doctrina y jurisprudencia no vacilan en acudir a criterios teleológico-penales.

Se distancia de la teoría del ámbito libre del Derecho por pretender atribuir validez en todo el ordenamiento a sus causas de exclusión, con la consiguiente ausencia en ellas de referencias teleológico-penales, y por la imposibilidad de fundamentar ámbitos neutrales al Derecho, o causas de exclusión ajenas a valoraciones jurídicas, cuando ya se ha dado el injusto típico. Sus discrepancias con Sax son básicamente sistemáticas y no de contenido: Si al tipo le corresponde la función de fundamentar el injusto y a la antijuricidad la de excluirlo parece más lógico incluir los elementos de desmerecimiento de pena en esta última, junto a las causas de justificación, aparte de que el juicio sobre el merecimiento de pena del tipo es todavía uno provisional al que le falta el análisis de circunstancias excepcionales, lo que tiene lugar en la siguiente categoría; por otra parte, no procede la creación en el injusto típico de un «tipo legal», indemne aún a reflexiones de merecimiento de pena que vendrían inmediatamente después, dada la ubicuidad de esta idea en todos los elementos de la teoría del delito.

En un primer análisis serán causas de exclusión no genuinas los preceptos permisivos procedentes de la teoría general del Derecho, así como las pretensiones civiles y las autorizaciones administrativas, surgiendo como genuinas las eximentes de origen estrictamente penal, vinculadas a los fines específicos de este sector, así como las reformulaciones, de acuerdo a criterios penales, de las eximentes procedentes de la teoría general del Derecho. Criterios especialmente adecuados para identificar a las genuinas serán por un lado, su vinculación a un tipo o grupo de tipos con la consiguiente cercanía a éstos en sus referencias teleológicas, la aceptación de la exclusión del injusto en cuanto se dé la mera supremacía de los intereses del autor o aun su equivalencia con los de la víctima, y la denominada prueba inversa de la legítima defensa según la cual estaremos ante supuestos en los que parece procedente no excluir la defensa de la víctima frente al comportamiento amparado en la exclusión del injusto del autor (24).

Una clasificación jerárquica más elaborada, que recoge análisis previos de *lege lata* y *lege ferenda* sobre las diversas causas de exclusión, la formula el autor en los siguientes términos:

1. Deberes jurídicos, esto es, obligaciones y no meros permisos, que dan lugar a una licitud general de la conducta típica. 2. Permisos de rango constitucional, reflejo de derechos fundamentales, con validez en todos los sectores jurídicos. 3. Derechos de intervención en defensa de intereses preponderantes con obligación por la víctima de soportar tales injerencias, y con validez en todo el ordenamiento. Aquí se incluirían la legítima defensa, el estado de necesidad, las pretensiones civiles y las autorizaciones administrativas (25). 4. Derechos de intervención por renuncia del titular del bien jurídico, que cesan en cuanto lo hace aquella. Se alude así al consentimiento y al consentimiento presunto penales, cuya mayor generosidad respecto a otros sectores jurídicos muestra que estamos ante una causa genuina, sin validez general (26). 5. Causas de exclusión del tipo, limitadas a

Véase sobre todo lo anterior Günther, «Strafrechtswidrigkeit...», *op. cit.*, pp. 253-258, 261-279, 359; del mismo, «Die Klassifikation...», *op. cit.*, pp. 2-7, 12 17-18; del mismo, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, pp. 382, 385-386, 395, 399-400, 405; del mismo, «Mordunrechtsmindernde...», *op. cit.*, pp. 274-275.

(24) Véase Günther, «Strafrechtswidrigkeit...», *op. cit.*, pp. 257-260, 323, 359-360.

(25) El autor considera inevitable, dados los principios que les inspiran, atribuir a la legítima defensa y al estado de necesidad tal como están formuladas en el Código penal la cualidad de causas de exclusión no genuinas, ligadas a la teoría general del Derecho. Ciertos supuestos cercanos, en ellas no incluibles, le llevarán a crear una causa genuina para atenderlos (vid. *infra*).

(26) La opinión extendida sobre las menores exigencias del consentimiento en el ámbito penal la interpreta como resultado de la aportación de criterios teleológicos específicamente penales que excluyen el injusto criminal en cuanto se da el desmerecimiento de pena; rechaza que la presencia de tales criterios deba reconvertir el consentimiento en una causa de atipicidad.

ciertos tipos específicos de los que excluyen sólo su ilicitud penal sin pronunciarse sobre la ilicitud general del comportamiento. Entre ellos cita la defensa de intereses legítimos en relación con los delitos contra el honor, las indicaciones del aborto, y la exigencia de reprobabilidad en las coacciones y amenazas (27). 6. Causas de disminución del injusto, caracterizadas porque se superan de modo insignificante los límites de las tres primeras clases, lo que no impide que se excluya la ilicitud penal al perder la conducta su desaprobación específica penal (28).

Conviene que nos detengamos un poco en el último grupo de casos: Con él se pretende dar virtualidad a la graduación del injusto en el ámbito de la antijuricidad a través de la concurrencia parcial de causas de justificación. El autor critica que el reconocimiento por un sector doctrinal alemán del concepto de injusto graduable sólo haya tenido repercusiones destacadas en el tipo, y subsidiariamente, en la culpabilidad y medición de pena. Por el contrario, se ha pasado por alto que una superación insignificante de alguno o varios de los requisitos de una causa de justificación, o la concurrencia de la mayor parte de ellos, tiene el efecto de reducir el injusto de la antijuricidad hasta el punto en que, sin llegar a la licitud general de la conducta, no hay obstáculo para hablar de un desmerecimiento de pena y

(27) Entre otras razones, aparte de su vinculación a tipos concretos, dirá de la primera que en realidad en ella no llegan a primar los intereses del autor sobre los de la víctima; de la segunda, que las exigencias de ponderación son inferiores a las del estado de necesidad y que las de inexigibilidad son referentes al merecimiento de pena; de la tercera, que el requisito de la reprobabilidad expresa la necesidad de un injusto elevado para merecer pena.

(28) Especial atención presta en este ámbito a la conveniencia de aceptar una causa de exclusión suprallegal de «situación semejante al estado de necesidad» que, siendo previa e independiente del estado de necesidad exculpante, debería solucionar conflictos no resueltos en la legítima defensa y estado de necesidad justificantes. Entre las hipótesis allí incluíbles cita las colisiones de deberes de acción equivalentes, las de deberes también equivalentes de acción y omisión sin dar preferencia a ninguno de ellos, los polémicos supuestos de «estado de necesidad bajo intimidación» en que el autor realiza una conducta típica por ser la condición para evitar el daño a un bien jurídico propio con el que se le amenaza por un tercero, la superación de los límites temporales de la legítima defensa debido a no concurrir la actualidad del ataque sin que pueda acudir al estado de necesidad por no darse una primacía sustancial del interés del que se defiende, supuestos en que no se respetan los límites éticosociales de la legítima defensa, y los conflictos entre dos vidas que se diferencian radicalmente en sus posibilidades de supervivencia a corto plazo.

También alude reiteradamente a casos en que se superan los límites del derecho de corrección de padres y educadores, tal como se formula por el derecho constitucional, civil y administrativo, sin que pueda aun hablarse de conducta merecedora de pena.

Sobre todo lo anterior en texto y notas véase Günther, «Strafrechtswidrigkeit...», *op. cit.*, pp. 51-54, 281-358; del mismo, «Die Klassifikation...», *op. cit.*, pp. 7-12, 13-16, 17-18; del mismo, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, p. 400.

por consiguiente de una exclusión de ella. Sin duda la concepción unitaria de la antijuricidad, con sus excesivas demandas para excluir el injusto penal, ha sido un factor decisivo de cara a desviar la consideración de tales datos a categorías posteriores de la teoría del delito y a impedir un enriquecedor desarrollo del principio de proporcionalidad en función de la calidad y cantidad de las justificaciones parciales (29).

El modelo de referencia en la apreciación de esa graduación ha de ser el tipo: La ausencia de algunos elementos de la causa de justificación debe tener, en cuanto sea expresión de una significativa disminución de injusto, las mismas consecuencias penales que la falta de elementos aislados del tipo o, si se quiere formular de otro modo, como la concurrencia de determinados elementos en el tipo de lo injusto gradúan éste aumentándolo asimismo la presencia parcial de elementos de justificación, al disminuir éste, deberían conducir a la exclusión de la antijuricidad penal. Esta cercanía al proceder en el tipo lleva al autor en algunos momentos a una posición un tanto ambigua respecto a la relación entre tipo y antijuricidad, no explicable sin más por una aceptación de la teoría de los elementos negativos del tipo (30).

Con todo lamenta el autor el carácter rudimentario de la dogmática alemana sobre la repercusión en la graduación del injusto de la

(29) El autor considera una excepción a lo acabado de describir, y un ejemplo de otorgamiento de relevancia a una disminución de lo injusto en la antijuricidad, la aplicación de la tentativa en aquellos casos en que se dan los elementos objetivos pero faltan los subjetivos de una causa de justificación.

(30) Así, por una parte rechaza la conversión de la antijuricidad penal en un segundo nivel de limitación del injusto en la tipicidad, dado que las causas de exclusión genuinas, como las de justificación, se insertan en una relación de regla-excepción en la que el tipo es el indicio y aquellas el contraindicio del injusto (por no respetar esto ha criticado sistemáticamente la posición de Sax), e igualmente descarta la pretensión de Lenckner de resolver las superaciones insignificantes de las causas de justificación igual que se hace con el injusto típico insignificante por lo que supone de ignorar que, a diferencia de su categoría precedente, presupuesto de la antijuricidad es siempre un injusto típico grave (de lo contrario ya habrá sido declarada irrelevante la conducta en el mismo tipo) o aún muy grave. Pero por otra considera, en un contexto de estado de necesidad defensivo cualificado, que la concurrencia parcial de una causa de justificación permite transformar un tipo cualificado de asesinato en el básico de homicidio y aun atenuarlo por tener aquella circunstancia la capacidad para dar lugar a la atipicidad del tipo agravado (por más que en otro pasaje sobre este problema parezca tener una opinión distinta), o cuando equipara el error sobre los elementos fácticos de las causas de exclusión genuinas, no al error sobre los elementos fácticos de una causa de justificación, sino al error sobre los elementos positivos del tipo en cuanto se yerra realmente sobre elementos que excluyen el injusto específico, o al afirmar, en su crítica a Lenckner, que la concepción tradicional de la antijuricidad, aparentemente en oposición a la suya, no puede excluir ningún componente del tipo a través de la justificación, por muy insignificante que sea.

antijuricidad de la superación o insuficiencia de los diversos elementos de las causas de justificación. Dejando al margen los elementos subjetivos, hace suya la distinción de Noll entre elementos constitutivos, que deben darse plenamente en todo caso, elementos cuantitativos, a cuyo tenor se graduará fundamentalmente el injusto, y elementos ordenadores, de naturaleza formal y con escasa trascendencia en tal graduación. El mismo se ocupa de diferenciar entre unos y otros en relación con la legítima defensa y el estado de necesidad.

Frente a esta alternativa, la progresiva tendencia a considerar la disminución del injusto en las causas de exculpación, como elemento que se añadiría a un componente de disminución de culpabilidad, lleva a su juicio a una indebida confusión entre injusto y culpabilidad (31). Por lo demás esta concepción de la culpabilidad como categoría accesoria del injusto da lugar a resultados poco plausibles como, entre otros, la imposibilidad de repercutir esa disminución de injusto, dada su localización sistemática, en la responsabilidad de los partícipes o en relación con las medidas de seguridad. Por otro lado, el remitir tales disminuciones de injusto a la medición de pena o al marco del principio de oportunidad propio del Derecho procesal equivale a declarar la incapacidad de la teoría jurídica del delito, y aun del Derecho penal sustantivo en general, para integrar tales matizaciones en su estructura conceptual (32).

Para Günther, su propuesta fundamental de creación de unas causas genuinas de exclusión del injusto penal supone un enriquecimiento de la capacidad discriminatoria de la teoría jurídica del delito, sin eliminar ninguno de los instrumentos ya existentes para ese mismo fin. En concreto permite colmar determinadas lagunas en la antijuricidad penal derivadas de las elevadas exigencias que las causas de justificación establecen, y que hacen que rara vez puedan satisfacer las funciones teleológico-materiales del Derecho penal y resultar político-criminalmente adecuadas. En realidad los ocasionales intentos por introducir reflexiones de esa naturaleza en la justificación son inconsecuentes con su referencia a la unidad del ordenamiento jurídico, procediendo, todo lo más, insertar en tales eximentes reflexiones político-jurídicas en general.

(31) Algo que sorprendentemente para él le reprochan a su tesis. Expresión aumentada de esta última confusión sería la pretensión de Roxin de incluir todas las reflexiones sobre merecimiento y necesidad de pena en la culpabilidad o responsabilidad.

(32) Véase sobre todo lo anterior Günther, «Strafrechtswidrigkeit...», *op. cit.*, pp. 35, 111-118, 126-127, 329-330, 352-358, 373-378, 386-388; del mismo, «Die Klassifikation...», *op. cit.*, pp. 4, 6, 11-12, 13-14, 16-17; del mismo, «Mordunrechtsmindernede...», *op. cit.*, pp. 269-275; del mismo, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, pp. 397-399, 404-407, 408-409; del mismo, «Die Lehre...», *op. cit.*, pp. 425-426.

Por otro lado, el nuevo concepto dogmático permite un análisis diferenciado del comportamiento del autor y de las posibilidades de defensa de la víctima, de modo que si la conducta del amparado en una causa de exclusión del injusto ha dejado de ser merecedora de pena pero persiste en su ilicitud general, la víctima podrá defenderse de ella (33).

Los reproches de que su construcción impide una clara distinción entre lo permitido y lo prohibido, o de que la antijuricidad pierde su función indicadora de lo que sea contrario al ordenamiento jurídico en su conjunto, los rechaza por referirse a funciones que no le competen al Derecho penal, limitado únicamente a identificar las conductas especialmente desaprobadas (34).

Podemos concluir la exposición de la tesis de Günther recogiendo las consecuencias que según él se derivarían para la concepción unitaria de la antijuricidad (35). El rechazo por el autor de este concepto (36) implica afirmar, por un lado, que el contenido de la definitiva antijuricidad penal no coincide con el de la civil o administrativa (37), y, por otro, que la exclusión de la antijuricidad penal posee contenidos diversos a los de las causas de exclusión civiles o administrativas.

Ello no supone negar la unidad del ordenamiento jurídico ni, por tanto, ciertas relaciones lógicas necesarias entre el Derecho penal y los otros sectores jurídicos: Así, dada la función protectora del Derecho penal frente a los ataques más graves civiles o administrativos, lo que definitivamente sea considerado ilícito penal lo deberá ser igualmente en el sector jurídico originario, sea civil o administrativo; del mismo modo, lo que siendo inicialmente ilícito en Derecho civil o administrativo pasa definitivamente a estar permitido en estos sectores, deberá

(33) En cuanto al error, considera equivalente al error de tipo el referente a las circunstancias fácticas de la causa de exclusión genuina, y propone con algunas dudas que se acepte la presencia de un error de prohibición cuando se yerre sobre la existencia o configuración jurídica de una causa de exclusión genuina. En cuanto a participación, no aprecia dificultades para equiparar los efectos de las causas de exclusión genuinas a las no genuinas.

(34) El primer reproche se lo hace Roxin y el segundo Hirsch. Véase sobre todo lo anterior Günther, «Strafrechtswidrigkeit...», *op. cit.*, pp. 259, 313, 331, 342, 380-391; del mismo, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, pp. 385-386, 401-404, 408; del mismo, «Die Klassifikation...», *op. cit.*, p. 7.

(35) Para lo que sigue hay que situarse en el nivel de comprobación del injusto definitivo por parte de cada sector jurídico, lo que supone en Derecho penal el ámbito de la antijuricidad y no del tipo.

(36) El autor destaca que el citado concepto unitario no se acepta, o se cuestiona seriamente, en la doctrina de otros sectores jurídicos, y que de hecho tampoco se sigue en Derecho penal en supuestos aislados.

(37) La relación de la antijuricidad de los sectores específicos con la antijuricidad general ya la expusimos anteriormente. Véase supra.

ser finalmente permitido también por el Derecho penal. Esto último hará que si existen causas de exclusión civiles o administrativas diversas a las penales, o análogas a éstas pero de mayor amplitud, aquellas deban ser aplicadas directamente en Derecho penal.

Aquí acaban las coincidencias con la concepción unitaria. En primer lugar, porque, dada la adicional exigencia penal de merecimiento de pena, lo que definitivamente pase a ser ilícito civil o administrativo no tiene por qué dar lugar necesariamente a un ilícito penal definitivo, por más que lo haya podido ser provisionalmente; esta conclusión, expresiva de la mayor generosidad de las causas de exclusión penales, en especial las genuinas, frente a las de otros sectores jurídicos, es coherente con la especial atención que presta el Derecho penal a los intereses del autor y de la generalidad respecto a la no criminalización (38).

En segundo lugar, tampoco responde a la concepción unitaria la tesis de Günther de que lo finalmente excluido de lo injusto penal, pese a su ilicitud provisional en ese mismo sector, no tiene por qué llevar a ser definitivamente excluido del injusto de los otros sectores jurídicos (39). La pretendida repercusión necesaria de las causas de exclusión de injusto penales en las de otros sectores no se da en las causas genuinas, por más que las que constituyan una reformulación de causas de exclusión de otros sectores tenderán más fácilmente a encontrar consideración en sus sectores de origen. Y tampoco se da en las causas no genuinas procedentes de la teoría general del Derecho, ya que al integrarse en el Derecho penal han sufrido una concreción positiva a tenor de las funciones propias del Derecho penal que hace que si tales sectores pretenden utilizarlas deban acudir directamente al principio justificador de la teoría general del Derecho y establecer a continuación los límites propios del sector en cuestión (40).

(38) El autor explica así que las causas penales de exclusión del consentimiento y del consentimiento presunto planteen menores exigencias que sus correlativas del Derecho civil, o que la legítima defensa o el estado de necesidad queden abiertos para los funcionarios públicos en caso de uso de armas cuando ya se haya cerrado la posibilidad de acudir a la autorización administrativa.

(39) Aprovecha el autor para mostrar cómo su tesis permite solventar los casos en que la conducta se ampara en una autorización administrativa antijurídica pero aún no anulada, que podrá considerarse antijurídica administrativamente pero ya no merecedora de pena; o la existencia, en relación con el delito de resistencia, de actos de la autoridad administrativamente ilícitos pero lícitos desde la perspectiva de la ausencia de la facultad de oponerse a ellos.

(40) Véase sobre todo lo anterior Günther, «Strafrechtswidrigkeit...», *op. cit.*, pp. 1-7, 44-54, 61-81, 178, 296, 347-352, 362-372, 395-396; del mismo, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, pp. 367, 408; del mismo, «Die Klassifikation...», *op. cit.*, pp. 9, 10, 13, 12.

3. OTRAS POSTURAS RELACIONADAS CON LA DE GÜNTHER

Amelung, cuestionando los contenidos político-criminales atribuidos por Roxin a cada categoría del delito (41), estima función del tipo determinar la presencia de un injusto especialmente intenso en cuanto merecedor y necesitado de pena, y no identificar conductas que en general deben de ser prohibidas. En esa tarea, centrada en la valoración de los intereses contrapuestos existentes respecto a la criminalización de una conducta, juegan un papel decisivo los principios constitucionales de aptitud, necesidad y proporcionalidad (42).

Coincide con Günther en la asignación de las tareas político-criminales específicas propias de la categoría de la antijuricidad penal, resaltando por su parte la vinculación de las causas genuinas de exclusión a los elementos del tipo, de los que sólo se diferenciarían por razones de técnica legislativa. Distinto sería el caso de las causas no genuinas de exclusión, que estarían carentes de funciones político-criminales específicas: Ni el conflicto que atienden ni, consecuentemente, su forma de resolverlo tiene significado penal; éste sólo se logra en las ocasiones en que fines político-criminales se integran en el marco de sus fines político-jurídicos más amplios. De ahí que su función penal se agote en la labor sistemática de vincular el Derecho penal al ordenamiento jurídico en general (43).

En cuanto a la culpabilidad o responsabilidad, concuerda con las referencias político-criminales que le asigna Roxin, a las que añade la pretensión de distinguir entre causas de inculpabilidad y de exculpación en función de si quedan fuera de lugar, respectivamente, sólo referencias preventivo-generales o también especiales (44).

(41) En concreto, rechazaré que sea misión del tipo el asegurar la vigencia del principio de legalidad, por ser una tarea meramente formal, y que la de la antijuricidad sea la solución de conflictos sin más, pues a ello atiende también el tipo y aun todo sector jurídico. El autor no cuestiona la corrección del enfoque metodológico de Roxin.

(42) Como uno de los criterios decisivos para optar por la vía penal en lugar de la civil o administrativa considera el autor la virtualidad de cada sector para satisfacer las necesidades preventivas en cada grupo de comportamientos concurrentes.

(43) La ausencia de fines penales específicos en la causas de justificación lleva al autor a considerar incorrecta la teoría de los elementos negativos del tipo por lo que respecta a las circunstancias que sirven de base a aquellas.

Eso explica igualmente el rechazo del autor a vincular las causas de exclusión no genuinas a principios estrictamente penales como el de legalidad en cuanto reflejado en el art. 103.2 de la Grundgesetz, remitiendo aquellas al más genérico y menos estricto del art. 20.3 GG.

(44) El autor considera esta última postura cercana en sus resultados a la teoría de la responsabilidad por el hecho de Maurach.

Véase Amelung. «Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin», en *Grundfragen der modernen Strafrechtssystems*, Hrg. Schünemann, Walter de Gruyter, 1984, pp. 85-102.

Schünemann preconiza una profundización en los contenidos de las categorías del delito a partir de las posibilidades que ofrece una teoría de los elementos negativos del tipo desembarazada definitivamente de concepciones aún demasiado formales, que llevan a creer que la indiciación y exclusión del injusto tienen la función de identificar un segmento de las conductas prohibidas en general, y que el injusto penal expresa simplemente la contrariedad a la norma en línea con el principio de unidad del ordenamiento (45).

Así, asumiendo la tesis de Günther, estima que los elementos positivos del tipo deben abarcar conductas antijurídicas que posean una nocividad social cualificada, mientras que los elementos negativos incluirían, tanto causas de justificación que eliminan la contrariedad a la norma, como supuestos de menor intensidad que, aun manteniendo una estrecha vinculación con las primeras, se configuran de un modo autónomo en Derecho penal y dan lugar, no a la exclusión de la antijuricidad pero sí de la nocividad social cualificada (46). La identificación de unas u otras es un problema a dilucidar tras el análisis individual de cada una de ellas, bien entendido que si la nocividad social cualificada se excluye por las causas de tolerancia, con mayor razón sucederá tal cosa con las de justificación (47).

Tras un injusto configurado en torno a la nocividad social cualificada y no a la antijuricidad según la teoría general del Derecho, la culpabilidad se estructura igualmente en función de una reprochabilidad cualificada por las necesidades preventivas, agrupadas en torno a la idea de exigibilidad (48).

(45) El autor señala que, al igual que en la interpretación de los tipos de la Parte especial se ha abandonado el correspondiente punto de vista, que privaba a la interpretación teleológica de éstos de referencias limitadoras de la punición vinculadas a contenidos político-criminales como la nocividad social o el principio de ultima ratio, y que daba lugar a una paralizante ligazón a la idea de bien jurídico, lo mismo debe suceder en el ámbito de la sistemática jurídico-penal.

(46) A las primeras las llama, en contraposición a la terminología de Günther, causas genuinas, y respecto a las segundas propone denominarlas preferentemente causas de tolerancia, para no privar al concepto de antijuricidad de su fuerza expresiva respecto a la totalidad del ordenamiento. Cita entre las segundas al consentimiento, como exclusión de la imputación del resultado.

(47) Argumento éste que le lleva a rechazar la tesis de Amelung, más arriba vista, sobre la no integración de las causas de justificación en la teoría de los elementos negativos del tipo.

(48) Para el autor, la pretensión de Hirsch de complementar en las causas de exclusión de la culpabilidad las referencias a la libertad del poder actuar de otro modo con criterios alusivos a la disminución del injusto no debe suponer, como ese autor pretende, dejar fuera de consideración las necesidades derivadas de los fines de la pena, también a considerar.

Véase Schünemann, «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars», *Goltdammer's Archiv*, 1985, pp. 347-353; 1986, pp. 299-305.

Arm. Kaufmann, treinta años después de realizar su obra fundamental, y una vez constatado el rechazo a los puros elementos del deber y a los «elementos especiales de la antijuricidad», se replantea la cuestión de qué elementos, además de las causas de justificación, deben integrarse en la antijuricidad. Tras aliviar a ésta de todos los elementos adicionales a la justificación hasta entonces por él allí incluidos (49), se pregunta si, del mismo modo que el tipo se caracteriza por contener unos rasgos elevados de injusto, se contendría en la antijuricidad una cuantificación negativa del injusto. Tras descartar la consideración de las causas de exculpación como causas de disminución del injusto, por necesitar para su eficacia una adicional e independiente disminución de la culpabilidad, ve con buenos ojos la posición de Günther.

Ella poseería el mérito de haber captado un «hueco» en la teoría del delito, en cuanto que si las causas de justificación incidirían sobre la cualidad del hecho típico eliminando su antijuricidad, eran precisas otras causas que manteniendo la calidad antijurídica del hecho atenderían a los casos en que no se mantuviera la cantidad de injusto necesaria para alcanzar la intensidad propia del injusto típico. En cualquier caso, tales nuevas causas deberán asemejarse lo más posible en su estructura y valoración a las causas de justificación (50). Por lo demás, de especial interés resulta la vinculación que Kaufmann establece entre esta tesis y la de Binding, que él asumió depurándola, sobre la cuantificación del reproche basada en la distinción entre delito y crimen, o entre elementos de contrariedad a la norma y elementos de la punibilidad (51).

(49) Así, los presupuestos de validez de las normas los localiza en un lugar previo a la estructura del delito, sin pertenecer por tanto ni al tipo ni a la antijuricidad, mientras los elementos personales de autor los integra en el tipo. Asimismo los mandatos de realizar conductas típicas, a veces expresamente mencionados en las figuras de delito, los incluye en unos casos en la justificación, y en otros, por limitar la materia de la prohibición, en el tipo, efecto y localización estas últimas que también atribuye sin excepción a las autorizaciones administrativas dispersas por las figuras de delito. Véase Kaufmann, «Teoría de las normas», Depalma, 1977. Traducción de Bacigalupo y Garzón, pp. 188-190, 197-208, 210-212, 342-344, 381-382; del mismo, «Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung», en Festschrift U. Klug, 1983, pp. 277, 279-282, 283-291.

(50) Véase Kaufmann, «Rechtspflichtbegründung...», *op. cit.*, pp. 278-279, 291-292.

(51) En efecto, Kaufmann reformuló la tesis de Binding afirmando que el delito alude al injusto culpable, mientras que el crimen se ocuparía de determinar cuándo el delito es punible. Para ello, una vez afirmada la reprochabilidad en el delito, en el crimen se atendería a la cuantificación del reproche, con inmediato reflejo en la gravedad de la pena, y aun en su misma presencia. Criterios de graduación del reproche serían, no sólo la mayor o menor capacidad para motivarse conforme al deber, sino igualmente el mayor o menor contenido de desvalor de acto, estableciéndose esto

Hay dos autores que comparten expresamente la sustancia de las tesis de Günther pero le atribuyen otras consecuencias sistemáticas: Gössel asume la crítica a la teoría del concepto unitario de antijuricidad, en la que profundiza por la vía de ampliar, con las genuinas propuestas por ese autor, el número de las causas capaces de declarar excepcionalmente lícitas conductas típicas (52). Para Triffterer la dicotomía creada por Günther en la antijuricidad entre causas de exclusión del injusto genuinas y no genuinas refleja una concepción demasiado formalista del concepto de tipo, según la cual deben integrarse en la antijuricidad todas las formulaciones legales encaminadas a negar el injusto penal. Las denominadas causas genuinas de exclusión del injusto penal no son más que causas de exclusión del tipo, pertenecientes a esta última categoría (53): Si tanto tipo como antijuricidad aspiran a resolver colisiones de intereses a la luz de la conveniencia de criminalizar una conducta, y las causas de exclusión del tipo deben dejar fuera de éste los comportamientos considerados *desde un principio* jurídico penalmente no relevantes limitando sus efectos al ámbito penal, mientras que la justificación atendería a las conductas que, pese a superar el umbral de lo jurídico penalmente relevante, determinadas circunstancias las hacen *excepcionalmente* lícitas, con efectos en todo el ordenamiento, el concepto de «antijuricidad penal»

último en principio a tenor de la jerarquía del bien jurídico protegido y ulteriormente, ya en el caso concreto, atendiendo a las calificantes psicológicas que se ocupan de graduar el desvalor de acto en función de la intensidad de la voluntad de realización y de la valoración de los motivos decisivos para la formación de voluntad. La graduación del desvalor de acto no puede ser tenida en cuenta en la antijuricidad, donde se trata simplemente de si aquel se da o no, debiendo considerarse en el juicio de reproche dada la codeterminación del grado de reprochabilidad por la intensidad del desvalor de acto.

En ese contexto debe integrarse la disminución del injusto: La reducción de un desvalor de acto en todo caso persistente nunca puede llevar, ni conceptual ni jurídico-positivamente a la exclusión de la antijuricidad, pero sí puede motivar al legislador, bien a no transformar el delito en crimen cuando de modo general el reproche que reste sea muy leve, bien a dar entrada en el caso concreto a una causa de exculpación que, sin afectar al injusto culpable, permita una renuncia a la pena, bien a activar determinados preceptos de naturaleza procesal que pueden funcionar como causas fácticas de disculpa. Véase Kaufmann, «Rechtspflichtbegründung...», *op. cit.*, pp. 291-292; del mismo, «Teoría de las normas», *op. cit.*, pp. 19, 39-46, 263, 267-280, 285-305, 329-330, 349-352, 385.

(52) Ello le lleva a trasladar a la exclusión del tipo algunas hipótesis como la del consentimiento. Véase Gössel. Recensión a la obra de Günther «Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss»; Goldammer's Archiv, 1984, pp. 520-522; del mismo, en «Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilbd 2» de Maurach-Gössel-Zipf, 7.ª ed., Heidelberg, 1989, pp. 149-150.

(53) Así lo afirma más detalladamente respecto a las indicaciones del aborto y el consentimiento.

tiene su sede en el tipo y el de «antijuricidad» en la tercera categoría del delito (54).

En España Cobos Gómez de Linares se constituye en un fiel seguidor de la tesis de Günther con las observaciones aportadas por Amelung, si bien partiendo en todo caso de una clara separación de las categorías de tipo y antijuricidad (55). Más allá de ello, y en parte precisamente por eso, sus divergencias se reducen a la solución propuesta por Günther al error sobre las causas de exclusión de lo injusto penal.

De todos modos, a la hora de interpretar el Derecho positivo español de acuerdo a tal planteamiento, niega que existan causas genuinas de exclusión de lo injusto en la Parte especial del Código referidas a tipos o grupos de tipos específicos, por más que estima que sería su lugar sistemático adecuado (56). Concluye que, por tanto, la distinción entre causas genuinas o no debe realizarse dentro del marco de las eximentes del art. 8 (57).

Por otro lado Bacigalupo, que también parte de una nítida distinción entre tipicidad y antijuricidad y sus respectivos elementos (58), es especialmente consciente de la necesidad de una categoría intermedia entre la antijuricidad y la culpabilidad, que dé satisfacción a un creciente número de problemas dogmáticos que no encuentran adecuada resolución en la dicotomía entre causas de justificación y causas de exclusión de la culpabilidad (59). Para ello razona en un primer momento en base al concepto de responsabilidad por el hecho, de Maurach, y consecuen-

(54) En consecuencia, la «antijuricidad penal» deberá conformarse de acuerdo a criterios estrictamente penales, lo que no sucederá con la «antijuricidad», cuyo juicio de ilicitud general, sin embargo, deberá ir referido siempre a una determinada lesión típica. Véase Triffterer, «Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil», Wien, 1985, pp. 202-205.

(55) De ahí que critique tanto la teoría de los elementos negativos del tipo como la postura de Mir Puig. Véase Cobos Gómez de Linares, «Presupuestos del error de prohibición», Edersa, 1987, pp. 77-79, 106-108, 194-198.

(56) Las eximentes específicas allí ocasionalmente contenidas las considera referencias superfluas o aclaratorias a las eximentes del art. 8; eso lo dice también, con alguna vacilación, del art. 417 bis.

(57) Con todo, el autor no logra realizar una distinción clara, más allá de la consideración de la legítima defensa como causa no genuina y del consentimiento como causa genuina, respecto a lo que el ordenamiento español trate o deba tratar como causa de exclusión de lo injusto de una u otra clase, incurriendo en contradicciones frecuentes.

Véase respecto a todo lo anterior Cobos Gómez de Linares, *op. cit.*, pp. 108-119, 125-126, 189-194, 235-249, 265-267.

(58) Y, por consiguiente, mantiene una postura alejada de la teoría de los elementos negativos del tipo. Véase Bacigalupo, «Principios de Derecho Penal. Parte general», 2.ª ed., Akal, 1990, pp. 92, 99-101, 108, 139-140, 144-145.

(59) Entre otras cita casos de justificación en los que se quiere limitar los efectos sobre la víctima, como muchas de las hipótesis de Günther o las meras autorizaciones para actuar de Lenckner; o las hipótesis de exculpación a las que se quiere extender

temente enfatiza el mayor grado de individualización que se produciría en las causas de inculpabilidad frente a otros supuestos, fundamentalmente de exculpación, que precisamente por ello debieran de formar parte de una nueva categoría previa a la culpabilidad.

Sin embargo, sensible a las objeciones hechas a Maurach (60), pasa a adoptar un punto de vista explícitamente muy próximo al de Günther por más que, a diferencia de él, centrado básicamente aunque no exclusivamente en el traslado de las causas de exculpación a esa categoría intermedia (61). En efecto, considera que en esas hipótesis se produce una significativa y comprobada disminución del injusto frente a una secundaria disminución de la culpabilidad que, por lo demás, sólo necesita ser presumida; se sorprende de que no se saquen las debidas consecuencias sistemáticas de este hecho. Por otra parte, es algo generalmente aceptado que las causas de exculpación, ni excluyen propiamente la culpabilidad ni son consecuencia necesaria del principio de culpabilidad, lo que priva de argumentos a los que pretenden mantenerlas en el seno de esa categoría (62). Junto a las cau-

algunos efectos de la justificación, como la no punibilidad de los partícipes propuesta por Rudolphi en el estado de necesidad disculpante, y el simple traslado de todo el estado de necesidad a la justificación propuesto por Gimbernat; o el resurgimiento de la distinción entre lo justificado y lo no prohibido que se ha apreciado respecto a las indicaciones del aborto por algunos autores; incluso en la pretensión de tratar respecto a ciertas excusas absolutorias la participación como en la justificación. Véase Bacigalupo, «Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad», *La Ley*, n.º 1611, 23-12-86, pp. 1198-1199, 1201-1202; del mismo, «Unrechtsminderung und Tatverantwortung», *En Gedächtnisschrift für Arm. Kaufmann*, C. Heymanns Verlag, p. 460.

(60) En especial el pasar por alto que los criterios generalizadores se dan no sólo en las causas de exculpación sino también en las causas de inculpabilidad. De ahí que Bacigalupo sienta la necesidad de afirmar que su tesis no descansa sobre la presunción de motivación anormal del autor según el término medio. Véase Bacigalupo, «Principios...», *op. cit.*, pp. 162-165; del mismo, «Entre la justificación...», *op. cit.*, pp. 1202; del mismo, «Unrechtsminderung...», *op. cit.*, pp. 461-462.

(61) Es significativo al respecto cómo el autor crítica a Günther el mantener el estado de necesidad exculpante en la culpabilidad, mientras crea en la antijuricidad penal una eximente alusiva a una situación análoga al estado de necesidad justificante, siendo así que ambas construcciones jurídicas, para Bacigalupo, responderían a la misma idea.

(62) Continuando en esa línea, crítica asimismo la actitud de Roxin de incluir en su categoría de la «responsabilidad» a las causas de exculpación, ante todo porque, suponiendo ellas fundamentalmente una disminución del injusto, se les coloca junto a supuestos como los del error de prohibición que no tienen nada que ver con lo ilícito. Por otro lado, por partir de la equivocada creencia de que las disminuciones de injusto, en cuanto vinculadas a los fines de la pena, no tienen que ver con la función propia de la antijuricidad de solucionar conflictos sociales, siendo su lugar la culpabilidad o responsabilidad, lo que implica ignorar que en la solución de conflictos sociales desempeñan también un papel los razonamientos preventivo-generales, si bien más centrados en el hecho que en el autor.

sas de exculpación, incluye en la nueva categoría los supuestos de exceso en las causas de justificación (63) y las excusas absolutorias (64).

La categoría independiente resultante expresaría la renuncia del Estado a penar una acción típica y antijurídica, aun cuando se pudiera comprobar que se ha realizado culpablemente. Tal renuncia no supone eliminar la desaprobación por parte del ordenamiento jurídico en su conjunto y, por tanto, la ratificación de la norma, pero sí da lugar a una ausencia de desaprobación jurídico-penal basada en la considerable disminución de lo ilícito producida, que implicaría la falta de merecimiento de pena (65).

Sin embargo, Bacigalupo discrepa del uso indiferenciado por Günther en todas las categorías del delito del principio de proporcionalidad, y de su exclusiva vinculación a él del merecimiento de pena, en detrimento de los criterios preventivo generales ligados a la función protectora de bienes jurídicos del Derecho penal: La decisión de integrar una causa de exclusión de pena en una u otra categoría del delito no se produce de forma indiferenciada, a tenor del principio de proporcionalidad presente en todas ellas, sino que estaría condicionada por los diversos efectos preventivo generales que se suscitarían en uno u otro lugar sistemático, elegidos a su vez en función de si se precisa o no una ratificación de la validez de la norma. La cuestión decisiva será, por tanto, cuál sea la configuración del merecimiento de pena en cada una de las categorías, a tenor de las necesidades preventivas (66).

Laurenzo ha continuado la línea marcada por Bacigalupo a propósito de considerar al sistema de indicaciones en el aborto (67), tras rechazar en la ponderación de intereses la inclusión de consideraciones político-criminales que pudieran variar el resultado de aquella (68), bajo el modelo del estado de necesidad exculpante. Comparte

(63) Por más que en algún lugar precisa que ello siempre que no parezca suficiente la atenuación del art. 9.1, y en otro da a entender que no atribuye ninguna relevancia a los excesos dolosos, remitiendo los culposos al error de prohibición.

(64) Véase Bacigalupo, «Principios...», *op. cit.*, pp. 162-165, 169-170; del mismo, «Entre la justificación...», *op. cit.*, pp. 1199, 1202-1203; del mismo, «Unrechtsminderung...», *op. cit.*, pp. 462-467.

(65) El autor ha recordado en otro lugar que si bien la antijuricidad no es graduable, sí lo es el ilícito en su conjunto.

(66) Véase Bacigalupo, «Principios...», *op. cit.*, pp. 108, 164-165; del mismo, «Entre la justificación...», *op. cit.*, pp. 1200-1203; del mismo, «Unrechtsminderung...», *op. cit.*, pp. 465, 469-470.

(67) Con la salvedad del supuesto terapéutico vital.

(68) La autora considera que la inclusión en la ponderación de criterios de oportunidad vinculados a finalidades específicas del Derecho Penal, otorgándoles forma de «intereses», desnaturaliza la resolución de un conflicto que se produce a partir de la

la idea de que el fundamento de la exclusión de pena en las causas de exculpación es primordialmente la considerable disminución de injusto producida (69), así como que la coherencia sistemática exigirá trasladar todas esas hipótesis a lo ilícito, rechazando confinar en la culpabilidad toda graduación de injusto que, más allá de la atenuación, conduzca a la exclusión de pena (70).

El conjunto de teorías que han trasladado esa disminución de injusto a lo ilícito han errado, sin embargo, al pretender integrarla en las categorías ya existentes, en especial la antijuricidad, ignorando la función preventiva, ligada a la aprobación de la conducta, que ésta posee (71). La autora centra su argumentación en la necesidad de crear una categoría nueva, de responsabilidad por el hecho, intermedia entre la antijuricidad y la culpabilidad, que, en base a la argumentación de Günther, acogiera todas esas renunciaciones a la pena (72).

Mir Puig, partiendo de una integración matizada de la tipicidad en la categoría de la antijuricidad (73), sostiene recientemente, con explícita referencia a Günther, que la punibilidad, en cuanto expresiva de razones político-criminales de oportunidad y conveniencia, no sólo puede constituir la última categoría independiente del concepto de delito (74), sino que además es un componente diferenciado de todas las categorías precedentes.

colisión de determinados bienes jurídicos, y que debe concluir, tras una análisis estrictamente valorativo, por más que atento a todas las circunstancias del caso concreto, con la prevalencia o equivalencia valorativa de unos frente a otros. Véase Lorenzo Copello, *op. cit.*, pp. 123-127, 149-150, 185-186, 223-230, 240-242.

(69) A los argumentos aportados por Bacigalupo añade el progresivo desplazamiento del énfasis, en estas causas de exclusión, desde la presión motivacional al valor social de los motivos, lo que se ha acentuado una vez que se ha generalizado el rechazo de causas supralegales de inexigibilidad quedando todo reducido a las hipótesis seleccionadas por el legislador.

(70) Véase Lorenzo Copello, *op. cit.*, pp. 158-167, 318-321, 327-328.

(71) La autora realiza un detenido análisis crítico de las posturas de Sax, Art. Kaufmann, Gimbernat y, especialmente, Günther. Respecto a estas dos últimas, muestra cómo se ven obligados a atribuir diversas consecuencias jurídicas a unas u otras causas de exclusión de lo ilícito penal, lo que no es más que el reflejo de su diverso fundamento: unas aprueban la conducta y otras disminuyen lo injusto.

(72) Véase Lorenzo Copello, *op. cit.*, pp. 172, 180-181, 262-268, 285-289, 311-328.

(73) De ahí que admita la teoría de los elementos negativos del «supuesto de hecho». Véase Mir Puig, «Derecho Penal. Parte general», 3.ª ed., PPU, 1990, pp. 127-130, 146, 156-158, 446-456, 555.

(74) El autor no se ha pronunciado definitivamente sobre la existencia de una categoría independiente pero, a mi juicio, parece caminar últimamente en esa dirección, pese a afirmaciones contradictorias. En ella se integrarían al menos las excusas absolutorias y el arrepentimiento activo. Véase Mir Puig, *op. cit.*, pp. 130-133, 159-160, 692-693.

Así, la selección del injusto *penal* típico constaría de una primera fase en la que se identificaría un hecho con un injusto material cualificado, y una segunda en la que se comprobaría la oportunidad o conveniencia de la conminación penal, y que ya no afectaría a la prohibición del hecho sino a si se dan las condiciones para su punición (75).

Del mismo modo, en aquellos casos en que el conflicto de intereses es tal que el injusto que resta queda tan disminuido que no merece pena (76), ni siquiera la atenuada de la eximente incompleta, se podría excluir aquella negando el carácter punible del injusto, aunque sin llegar a la justificación (77). Ello puede fácilmente fundamentarse en el principio de insignificancia, ya arraigado en la interpretación de los tipos penales, y que se vincula al principio más amplio de la proporcionalidad de la intervención penal y al del respeto por el Estado democrático de las valoraciones sociales.

También la progresiva ampliación de la exclusión de la imputabilidad, a medida que están disponibles tratamientos que sustituyen adecuadamente a la pena, debe verse desde la perspectiva de incorporación de reflexiones sobre la punibilidad. Por el contrario, el autor mantiene una estricta vinculación de las causas de exculpación a la culpabilidad, y en concreto a la anormalidad de la motivación derivada de una situación excepcional, sin conectarlas a consideraciones sobre la punibilidad y rechazando asimismo la tesis que ve en ellas factores disminuidores del injusto (78) (79).

(75) En esta segunda fase del injusto penal típico tendrían su lugar tanto el resultado delictivo como las condiciones objetivas de punibilidad, entre otros elementos.

(76) En alguna ocasión dirá que no «necesita» pena.

(77) Lo ejemplifica con un caso de exceso mínimo en la defensa, como el empujón dado al agresor una vez concluida la agresión, faltando ya, por tanto, la actualidad de ésta y consiguientemente la necesidad de la defensa.

(78) Si se comprende su crítica a la categoría híbrida que resulta de la concepción de la exculpación antedicha, no es tan fácil de entender por qué aquí, a diferencia de su proceder en la antijuricidad, sostiene que la disminución de injusto, unida a la de culpabilidad, no debería ir más allá de la atenuación, o que el resto insignificante de injusto y culpabilidad deba soportar una comparación con el grado de injusto culpable de cualesquiera otros delitos o faltas.

Véase sobre todo lo anterior Mir Puig, *op. cit.*, pp. 131-133, 144-145, 156-160, 449-452, 455-456, 600-601, 636, 647-648, 692-693.

(79) Véase asimismo Kratsch, «Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht», Duncker und Humblot, 1985, pp. 323-325, quien, tras afirmar que las causas de justificación deben configurarse a partir de principios exclusivamente jurídicopenales de merecimiento de pena y negar consecuentemente el concepto de antijuricidad unitario, critica la consideración por Günther de la legítima defensa como una causa de exclusión de lo injusto no genuina en cuanto pasa por alto su componente específicamente político criminal expresado en una definición legal muy precisa que pretende que el agredido pueda saber fácilmente y en cuestión de segundos si puede ejercer su autoprotección.

4. LA GRADUACION DEL INJUSTO EN LA ANTIJURICIDAD

1. La mayor parte de las posturas que acabamos de describir tienen como punto común el deseo de introducir, plenamente y con sustantividad propia, la graduación del injusto en el ámbito de la tercera categoría del delito, la antijuricidad. Con más precisión aún, puede afirmarse que en realidad se quiere atender a la graduación del injusto en relación con las causas de exclusión de la antijuricidad (80).

Un deseable análisis secuencial de las cuestiones implicadas aconseja, por el momento, no entrar en la relación que se da entre la graduación de injusto en la antijuricidad y la inicialmente realizada en el tipo, como tampoco, dada la íntima conexión con esto último, en la determinación de qué consecuencias penales resulta más procedente derivar de tal realidad graduable.

Si a continuación nos preguntamos de dónde provienen la mayor parte de los supuestos problemáticos que harían necesaria la creación de una localización sistemática propia para esa graduación de lo injusto, se aprecian fácilmente dos grupos fundamentales: Por un lado, hipótesis de exclusión de la pena que, bien suponen formulaciones más generosas de causas de justificación generales ya existentes, bien están limitadas a uno o varios tipos delictivos; entre las primeras destaca el consentimiento, entre las segundas el sistema de indicaciones en el aborto. Por otro, supuestos de sobrepasamiento o realización parcial de causas de justificación genéricas, con especial atención a la legítima defensa, el estado de necesidad y el derecho de corrección de padres y maestros.

No parece exagerado afirmar que el núcleo de la propuesta de Günther y sus más conspicuos seguidores se encuentra en el segundo bloque de casos mencionados, es decir, las hipótesis de superación o realización parcial de una causa de justificación genérica. Así lo demuestra la especial atención prestada a estas situaciones tanto por Günther como por sus defensores y críticos (81). Conviene, por tanto, que prestemos inmediata atención a tales supuestos.

(80) Véase más adelante lo que se dirá sobre la graduación del injusto que se produce en la antijuricidad sin relación con las causas de exclusión.

(81) Véase respecto a Günther y sus partidarios las detenidas referencias hechas a estos casos en los apartados II y III, con sus extensas remisiones textuales, y que no son más que el reflejo de la mayor atención a ellos prestada por los diversos autores.

En cuanto a sus detractores se aprecia lo anterior entre otros, y de modo especial, en Roxin, «Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotsstand», En «*Festschrift Jescheck*, I, Halbband, 1985, pp. 468 y ss.; del mismo, «Die notstandsähnliche Lage, ein Strafunrechtsausschlussgrund?», en *Festschrift Oehler*, C. Heymans Verlag, 1985, pp. 183 y ss.; del mismo, «Rechtfertigungs und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschlussgründen», en *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*, Hrg. Eser-Fletcher, Freiburg, 1987, pp. 253-256.

2. La respuesta de la doctrina alemana a los argumentos esgrimidos por Günther y sus seguidores en este punto no ha podido ser todo lo convincente que hubiera sido preciso.

Una primera reacción, posiblemente bien motivada en un cierto número de casos, ha sido cuestionar la necesidad de un cambio categorial para abarcar estas hipótesis, en cuanto que están satisfactoriamente resueltas con la situación actual, sea porque una correcta comprensión de las vigentes causas de justificación permite incluir parte de ellas dentro de sí, sea porque hay razones suficientes para que otras no deban obtener la justificación, debiendo resolverse eventualmente en el ámbito de la exculpación o de las causas de exclusión de la pena (82). Por si fuera poco, las que pudieran incluirse en las actuales causas de justificación recibirían un tratamiento más generoso que si se incluyeran en la «antijuricidad penal» de Günther, dado que no se aceptaría la legítima defensa del afectado (83).

Pero la argumentación precedente no puede ignorar la importante laguna que viene arrastrando la legislación alemana desde siempre y que está en la base de la propuesta de Günther respecto a los casos que estamos ahora considerando: La ausencia de una regulación legal, con sus correspondientes consecuencias penales, de la justificación incompleta en el Código Penal alemán.

En efecto, aunque la doctrina alude con frecuencia a que el injusto, a diferencia de la antijuricidad, es un concepto graduable y atribuye a la consolidación del concepto material de antijuricidad el mérito de haber captado tal realidad (84), han resultado hasta ahora baldíos todos los

(82) Roxin, «Der durch Menschen...», *op. cit.*, pp. 468-474; del mismo, «Die notstandsähnliche Lage...», *op. cit.*, pp. 183-195; del mismo, «Rechtfertigungs...», *op. cit.*, pp. 251-256 ha dedicado especial atención a este razonamiento mostrando cómo Günther no puede resolver en la justificación muchos casos de los por él citados dada una comprensión de la ponderación demasiado apegada al concepto de «bien» en lugar de al más global de «interés», cómo pasa por alto en otros supuestos que las necesidades preventivo-generales aconsejan residenciar la exclusión de pena en la exculpación y cómo descuida la debida atención al principio de seguridad jurídica en algunas de sus propuestas. Véanse también Jescheck, «Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil», 4. Auflage. Duncker und Humblot, 1988, p. 307; Lenckner, «Schönke-Schröder. StGB Kommentar», 23. Auflage. C. H. Beck., 1988, p. 421; Weber, «Recensión al libro de Günther» en *Juristenzeitung*, 1984, pp. 277-278; Hassemer, «Recensión al libro de Günther» en *Neue juristische Wochenschrift*, 1984, p. 352.

(83) Eliminandose a su vez la escalada de agresiones recíprocas que origina su tesis, sin que pueda intervenir el Derecho Penal. Véase Roxin, *ibidem*.

(84) Véanse, entre otros, Krümpelmann, «Die Bagatelldelikte», Duncker u. Humblot, 1966, pp. 27-29, 33; Lenckner, *op. cit.*, pp. 132-134; del mismo, «Der rechtfertigende Notstand», J.C.B. Mohr., 1965, pp. 32-34; Hirsch, «Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar», 10. Auflage, I, Band. Walter de Gruyter, 1985, Vor 32, p. 9; Baumann-Weber, «Strafrecht. Allgemeiner Teil», 9. Auflage, 1985, Gieseking Verlag, p. 257; Triffterer, *op. cit.*, p. 199; Weber, *op. cit.*, p. 276; Kern, «Grade der Rechtswidrigkeit»,

esfuerzos por asignar al injusto graduable un lugar propio en la tercera categoría del delito. Los trabajos de Kern y Noll, dedicados fundamentalmente a poner de relieve las graduaciones de injusto susceptibles de producirse en la categoría de la antijuricidad (85) no lograron integrar tal realidad en la sistemática de la teoría del delito, a diferencia de lo sucedido en los ámbitos del tipo y de la culpabilidad (86).

Desde luego se ha ido extendiendo la convicción de que debe hablarse de una disminución de injusto cuando no se da plenamente una causa de justificación, lo que sucede cuando se produce una realización parcial de sus elementos o cuando se superan los límites en ellos establecidos (87). Noll elaboró incluso una distinción entre los diversos elementos de la justificación, según su carácter constitutivo, cuantitativo o meramente ordenador, que ha tenido un eco limitado (88). Pero las consecuencias jurídico-penales a sacar de tal realidad han ocupado en todo momento un lugar muy secundario:

En primer lugar, en casos de superación de límites, se ha propuesto que se justifique la parte de la conducta abarcada por la justificación, quedando la restante como plenamente antijurídica, por más que se reconoce que, con frecuencia, dada la indivisibilidad de la conducta, tal proceder no será posible (89). Por otro lado, se recuerda que en unos pocos casos a la falta o superación de los elementos de la justificación se le puede prestar atención en la correlativa causa de exculpación, siempre que se cumplan los requisitos de ésta (90).

ZStW, 1952, pp. 260-262; Noll, «Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht», ZStW, 1956, pp. 181-182; Jescheck, *op. cit.*, p. 210; Schmidhäuser, «Strafrecht. Allgemeiner Teil», 2. Auflage, J.C.B. Mohr, 1975, pp. 240-241; Langer, «Das Sonderverbrechen», *Duncker u. Humblot*, 1972, pp. 319-320.

(85) Véanse Kern, *op. cit.*; Noll, *op. cit.*; del mismo, «Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung», ZStW, 1965.

(86) Destacan esta diferencia de trato, además de Kern, *op. cit.*, pp. 253-256, 262-263, y Noll, «Übergesetzliche...», *op. cit.*, pp. 181-182; del mismo, «Tatbestand...», *op. cit.*, p. 17; Jescheck, *op. cit.*, pp. 299-300; Krümpelmann, *op. cit.*, pp. 29-30, 31, 33; Perron, «Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht», *Nomos Verlagsgesellschaft*, 1987, pp. 130, 228-229, entre otros.

(87) Véanse entre otros Kern, *op. cit.*, pp. 266-268; Noll, «Übergesetzliche...», *op. cit.*, pp. 183-191; del mismo, «Tatbestand...», *op. cit.*, p. 14; Jescheck, *op. cit.*, pp. 299-300; Lenckner, «Schönke-Schröder...», *op. cit.*, pp. 426-427; del mismo, «Der rechtfertigende...», *op. cit.*, pp. 35-37, quien se detiene en las hipótesis correspondientes de estado de necesidad; Baumann-Weber, *op. cit.*, p. 257.

(88) Como vimos supra Apartado II, esta distinción se ha asumido en algún trabajo de Günther por más que no la ha integrado plenamente en su teoría.

(89) Así Noll, «Übergesetzliche...», *op. cit.*, pp. 185, 187; Jakobs, «Strafrecht. Allgemeiner Teil», *Walter de Gruyter*, 1983, p. 336.

(90) Con ello se alude a los párrafos 33 y 35 del StGB referidos a ciertas situaciones de exculpación conectadas con la legítima defensa y el estado de necesidad. Véanse Kern, *op. cit.*, p. 267; Noll, «Übergesetzliche...», *op. cit.*, p. 186-187; del mismo, «Tatbestand...», *op. cit.*, p. 28-29; Hirsch, *op. cit.*, p. 39; Roxin, «Die notss-

Más allá de lo anterior la opinión generalizada es que tales disminuciones de injusto sólo pueden tenerse en cuenta al margen de la estructura categorial del delito, fundamentalmente en la medición de la pena (91), por más que se reconozcan con frecuencia los resultados insatisfactorios de tal solución, en especial al no poderse imponer una pena por debajo del marco penal mínimo (92). También se pone especial énfasis en la resolución de estos casos por otra vía, la procesal, a través de los preceptos que ponen en práctica el principio de oportunidad (93); es frecuente además que autores críticos de la tesis de Günther estimen que una buena parte de sus supuestos problemáticos encuentran adecuada resolución de este modo (94).

Propuestas encaminadas a configurar una atenuación o incluso una exención de pena para estas hipótesis han encontrado una escasa acogida a pesar de que se es consciente de las soluciones ya existentes en Derecho comparado (95). De entre aquellas es Noll, de nuevo, quien ha

tandsähnliche...», *op. cit.*, pp. 191-193; Lenckner, «Der rechtfertigende...», *op. cit.*, pp. 38-39; Perron, *op. cit.*, p. 130.

(91) Así entre otros Kern, *op. cit.*, pp. 266-268, 290; Noll, «Übergesetzliche...», *op. cit.*, pp. 184-185; Jescheck, *op. cit.*, pp. 210, 299-300; Jakobs, *op. cit.*, pp. 329, 336; Hirsch, *op. cit.*, p. 39; Lenckner, «Schönke-Schröder...», *op. cit.*, pp. 426-427; Krümpelmann, *op. cit.*, p. 27, 31; Perrón, *op. cit.*, p. 130; Weber, *op. cit.*, p. 276.

(92) Véanse Kern, *op. cit.*, p. 267; Noll, «Übergesetzliche...», *op. cit.*, p. 185; Jescheck, *op. cit.*, pp. 299-300.

La institución de los «casos menos graves» alemana, que puede llevar a modificar el marco penal, sigue siendo un elemento de la medición de pena y de dudosa utilidad en esta problemática. Véase Lenckner, «Der rechtfertigende...», *op. cit.*, pp. 40-41, 43-44; Perron, «Strukturprinzipien der Rechtfertigung im spanischen und deutschen Strafrecht», en Seminario hispano-alemán, Barcelona-Alcalá, 1990, pp. 12-13; Jescheck, *op. cit.*, pp. 243-345.

Krümpelmann, *op. cit.*, *ibidem*, afirma que reducir la teoría de la graduación del injusto a la medición de la pena no supone aportar nada a ésta: de lo que se trata es de integrarla en la sistemática de la teoría del delito.

(93) Véanse Kern, *op. cit.*, pp. 290-291; Perron, *op. cit.*, p. 130; del mismo, en «Tagungsbericht, Bericht über das Kolloquium "Rechtfertigung und Entschuldigung in rechtsvergleichender Sicht unter besonderer Berücksichtigung des spanischen Strafrechts"», *ZStW*, 1987, p. 937; Weber, *op. cit.*, p. 277.

Volk, «Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus», *ZStW*, 1985, pp. 905-911 enfatiza las posibilidades que ofrecen las soluciones procesales, que no deben considerarse de menor valor que las de Derecho Penal material o meros supuestos de emergencia.

(94) Hassemer, *op. cit.*, p. 352; Roxin, «Die notstandsähnliche Lage...», *op. cit.*, p. 185; Lenckner, «Schönke-Schröder...», *op. cit.*, pp. 421, 426-427.

(95) Hacen referencia a la regulación en otras legislaciones, entre ellas la española, Noll, «Übergesetzliche...», *op. cit.*, pp. 185-191; Jescheck, *op. cit.*, pp. 299-300; Perron, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, p. 215-217, 229; Lenckner, «Der rechtfertigende...», *op. cit.*, pp. 40-43, quien alude incluso a determinados proyectos alemanes; Eser, Schultz, Schöch, Burgstaller, Perron, Cerezo, en «Tagungsbericht...», *op. cit.*, pp. 932-938.

ido más lejos al propugnar que la ausencia de elementos constitutivos de la justificación sea irrelevante, la carencia de elementos cuantitativos lleve a una atenuación supralegal, y la falta de elementos meramente ordenadores no debe impedir la exención (96).

3. A diferencia de Alemania, en España hay una larga tradición legal de disposiciones genéricas, aplicables en principio a todos o a grupos muy amplios de delitos y carentes, por tanto, de una exclusiva vinculación a determinados tipos de lo injusto (97), con efectos inmediatos y obligatorios de atenuación o agravación en la pena, y que la mayor parte de la doctrina considera que expresan graduaciones del injusto o de la culpabilidad (98). Entre ellas merecen ahora nuestra atención las

(96) Véase Noll, «Übergesetzliche...», *op. cit.*, pp. 184-186, 188-191, 193-197; del mismo, «Tatbestand...», *op. cit.*, pp. 13-14, 16-18, en quien se aprecia una clarificación progresiva del primer al segundo artículo en línea con su pretensión de lograr una fundamentación lo más precisa posible de su propuesta.

Lenckner, «Der rechtfertigende...», *op. cit.*, pp. 38-42, apoya de *lege ferenda* la tesis inicial de Noll, y de *lege lata*, en el estado de necesidad, reconduce la atenuación a la culpabilidad, como veremos *infra*

Jescheck, *ibidem* propone una atenuación facultativa que permita superar los límites mínimos del marco penal, similar a la suiza pero referida a todos los supuestos de justificación incompleta, y sin precisar respecto a la diversa naturaleza de los elementos implicados.

Perron, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, p. 232, apoya una solución similar a la española.

Kern, *op. cit.*, p. 290 pese a ser el que inició la discusión de esta problemática en Alemania, se conformó, más allá de los efectos en la medición de la pena y en las reglas procesales, con una genérica remisión a un adecuado uso de los criterios de interpretación de la ley y eso sólo en casos aislados, como ya puso de manifiesto Krümpelmann, *op. cit.*, pp. 30-31.

La propuesta de Perron, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, p. 232, de utilizar igualmente las posibilidades de renuncia a la pena que ofrece el parágrafo 60 StGB debe rechazarse pues se trata de hipótesis excepcionales en que la pena ya no es necesaria en cuanto que el autor ya ha sufrido suficientes consecuencias negativas como resultado directo de su conducta delictiva. Véase un análisis de este sustitutivo penal en Jescheck, *op. cit.*, pp. 771-773.

(97) Sobre la relación entre injusto específico e injusto genérico, véase más adelante en apartado siguiente.

(98) Véase una recopilación de las posturas doctrinales en Díez Ripollés, «La naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el art. 60 del Código Penal español», *ADPCP*, 1977, pp. 597 y ss; González Cussac, «Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal», Universidad de Valencia, 1988, pp. 133 y ss.; Cerezo Mir, «Curso de Derecho Penal español, Parte general II», Tecnos, 1990, pp. 103-107.

Para Cerezo Mir, *ibidem*, hay circunstancias que influyen directamente tanto en la medida de injusto como en la medida de culpabilidad.

González Cussac, *ibidem* junto con Cobo del Rosal-Vives Antón, «Derecho Penal. Parte general», 3.^a ed., pp. 673-675 forman parte del sector minoritario que estima que las circunstancias se vinculan fundamentalmente a reflexiones político-criminales de necesidad de pena ajenas al injusto y a la culpabilidad. La configuración que se hará

denominadas eximentes incompletas, reguladas en el art. 9.1 del Código, y que, para la doctrina mayoritaria, pretenden precisamente atender a la disminución del injusto o de la culpabilidad derivada, respectivamente, de la concurrencia incompleta de las causas de justificación o de las causas de exclusión de la culpabilidad (99).

El sector minoritario que atribuye a las eximentes incompletas un exclusivo efecto disminuidor de la culpabilidad está condicionado, tanto por un concepto demasiado rígido de la categoría de la antijuricidad, como por la insuficiente delimitación realizada en España entre la justificación incompleta y las causas de exculpación (100).

El art. 9.1, en su generalidad, constituye un rasgo original de la legislación española, que data de 1848 y que desde sus inicios e ininterrumpidamente ha gozado del favor de la doctrina y jurisprudencia españolas (101). Tras el definitivo abandono por la jurisprudencia de interpretacio-

más adelante, véase *infra*, de un injusto y culpabilidad ricos en contenidos político-criminales puede llevar a relativizar estas últimas posturas, en especial si también se desdibuja en la práctica la distinción entre elementos esenciales y accidentales.

(99) Los partidarios de referir las circunstancias a conceptos distintos del injusto y la culpabilidad hacen una excepción con el art. 9.1. Véanse claramente González Cussac, *op. cit.*, pp. 88 y ss. y, con dudas, Cobo del Rosal-Vives Antón, *op. cit.*, pp. 674-681.

La estricta vinculación del art. 9.1 a las causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad no se ve contradicha por la presencia de la eximente de fuerza irresistible en el art. 8 al que el 9.1 se remite, pues aparte de que un importante sector doctrinal la considera como causa de exclusión de la culpabilidad (véanse recientemente Cobo del Rosal-Vives Antón, *op. cit.*, pp. 529-530; Morillas Cueva, «La eximente de miedo insuperable», Universidad de Granada, 1987, pp. 43-83, 158-163, 195-205, con amplia información sobre las diversas posturas), la doctrina más moderna que mantiene la postura mayoritaria de considerarla causa de exclusión de la acción resuelve las hipótesis de exención incompleta en el ámbito de la culpabilidad (véanse, con diferentes posturas, Cerezo Mir, «Curso de Derecho Penal español. Parte General I», Tecnos, 1985, pp. 294-295; Mir Puig, *op. cit.*, pp. 200-202). En sentido similar Perron, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, pp. 215-216.

Entre la doctrina más reciente que atribuye a las causas de justificación incompletas un efecto disminuidor del injusto, véanse, entre otros, Cerezo Mir, «Curso... II», *op. cit.*, p. 108; Mir Puig, *op. cit.*, p. 679; Alonso Alamo, «El sistema de las circunstancias del delito», Universidad de Valladolid, 1982, pp. 196 y ss; González Cussac, *op. cit.*, p. 88, aunque 96; Zugaldía Espinar, «La distinción entre las causas de justificación incompletas y las causas de justificación putativas», *La Ley*, 16-6-83, p. 2.

(100) Véanse recientemente Cobo del Rosal-Vives Antón, *op. cit.*, p. 681; Muñoz Conde, «Teoría general del delito», Tirant lo Blanch, 1989, p. 94; del mismo, Recensión a «Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektive», Hrg. Eser-Fletcher, en *CPC*, 1988, pp. 608-609.

Sobre ambas críticas véase más ampliamente *infra*. También críticamente Cerezo Mir, «Curso... II», *op. cit.*, p. 108.

(101) Resulta muy difícil encontrar posturas contrarias a su existencia; véase recientemente una actitud reticente al sistema de atenuación automática en los casos de justificación incompleta en Zugaldía Espinar, *op. cit.*, p. 2.

nes más restrictivas (102), está consolidada la opinión de que la apreciación del art. 9.1 exige la completa presencia de los elementos esenciales de la eximente, dado que ellos garantizan la vinculación con ésta, pudiendo faltar los elementos inesenciales (103). Ello ha originado una doctrina y jurisprudencia progresivamente más precisas sobre la consideración que merecen los diversos elementos de cada eximente (104), por más que no falten ocasionalmente ejemplos jurisprudenciales de apreciación del art. 9.1 faltando algún elemento esencial (105).

En cualquier caso la legislación española posibilita aún otro nivel de graduación de la exención parcial y, consecuentemente, de la justificación incompleta, a través de la atenuante analógica del artículo 9.10 que, por lo que respecta a su relación con el artículo 9.1 (106), da cobertura legal a la rebaja de pena que le es propia, tanto en la mayor parte de hipótesis de falta de elementos esenciales de las eximentes del artículo 8 (107), como

Sobre el origen de este precepto y la doctrina coetánea, véase Córdoba Roda, «Las eximentes incompletas en el Código Penal», Oviedo, 1966, pp. 15, 19-22.

(102) Que pretendían aplicar el art. 9.1 únicamente a las eximentes en las que la ley exigiera expresamente la concurrencia de varios requisitos. Véanse por todos Cerezo Mir, «Curso... II», *op. cit.*, p. 108; Mir Puig, *op. cit.*, pp. 683-684.

(103) Así, entre otros, Córdoba Roda, *op. cit.*, p. 24, 85-86; Cerezo Mir, «Curso... II», *op. cit.*, pp. 109, 110, 112; Cobo del Rosal-Vives Antón, *op. cit.*, p. 701; Mir Puig, *op. cit.*, p. 684.

Considero más acorde con el fundamento de las eximentes incompletas, así como con la dicción legal de los art. 9.1 y 66 («atendido el número... de los requisitos que faltaren...»), la opinión de Cerezo, *ibidem*, favorable a apreciar la exención incompleta con independencia del número de elementos inesenciales que no concurran; en contra, Córdoba, *ibidem*, Bustos Ramírez, «Manual de Derecho Penal. Parte general», 3.ª ed., Ariel, 1989, p. 212 y, aparentemente, Mir, *ibidem*.

(104) Véase Córdoba Roda, *op. cit.*, pp. 43 y ss., y una revisión actualizada de doctrina y jurisprudencia en Cerezo Mir, «Curso... II», *op. cit.*, pp. 109-115.

(105) Véase Córdoba Roda, *op. cit.*, p. 12, 182-183, 217, 306.

(106) Sobre la apreciación del art. 9.10 en relación con la 9.1 véanse, con referencias jurisprudenciales, por todos, Orts Berenguer, «Atenuante de análoga significación», Universidad de Valencia, 1978, pp. 117-130; Cerezo Mir, «Curso... II», *op. cit.*, pp. 115, 117-118.

Por lo que hace relación al contenido de la analogía, comparto la opinión de que ésta debe referirse a la presencia de una menor gravedad del injusto o la culpabilidad, así como del fundamento particular de cada atenuante, sin que deba extenderse a los elementos del supuesto fáctico ni a su entidad. Véanse en ese sentido Cerezo Mir, *ibidem*, pp. 115-116 con detenidas referencias doctrinales y jurisprudenciales; Mir Puig, *op. cit.*, p. 695. Un amplio análisis en Orts Berenguer, *ibidem*, pp. 63-79, 85-91.

(107) Así, con referencias jurisprudenciales, entre otros, Córdoba Roda, en «Comentarios al Código Penal, I», de Córdoba-Rodríguez Mourullo, Ariel, 1972, p. 537; Cerezo Mir, «Curso... II», *op. cit.*, pp. 117-118; Orts Berenguer, *op. cit.*, pp. 122-124.

Naturalmente, los que estiman que el art. 9.1 no es aplicable si falta un determinado número de elementos inesenciales llevan tales hipótesis al art. 9.10; véanse Córdoba Roda, «Las eximentes...», *op. cit.*, p. 86; Bustos Ramírez, *op. cit.*, p. 212.

en las de ausencia de elementos inesenciales o aún esenciales de eximentes legales no contempladas en el artículo 8, siempre que guarden analogía en su fundamento específico con las del artículo 8 (108), como en supuestos fácticos constituidos por cualesquiera elementos pero con un fundamento específico análogo al que permite rebajar la pena en el artículo 9.1 (109).

En todo caso, resultaría erróneo calificar a los artículos 9.1 y 9.10 en relación con el 9.1 como meras reglas de medición de pena, a estudiar en el ámbito de la teoría de la pena, una vez constituido el delito, aún aceptando su referencia a contenidos de injusto y culpabilidad. Con independencia de su repercusión punitiva y de la pertenencia de sus efectos penales específicos a las reglas de determinación legal de la pena (110), los citados preceptos, así como los artículos 9 y 10 en su conjunto, expresan graduaciones del injusto y de la culpabilidad a considerar en el momento en el que se van precisando las diversas categorías del delito que constituyen el presupuesto de la pena (111). Eso explica su individualización legal, su carácter obligatorio, su localiza-

(108) Si no se da esta última referencia, y a salvo de las repercusiones que se derivarían de la decisión favorable a la posibilidad de apreciar en nuestra legislación eximentes completas supraleales por analogía, faltará la conexión analógica del art. 9.10 con el inciso «las expresadas en el capítulo anterior» del art. 9.1. Al margen queda naturalmente la problemática derivada de los concursos de leyes entre eximentes (véase Cuerda Riezu, «Sobre el concurso entre causas de justificación», *ADPCP*, 1990, pp. 519 y ss.; asimismo lo que se dirá *Infra*. Apartado VI) y sus repercusiones en el conjunto de las eximentes respectivas, incluida su realización incompleta (véase respecto a la relación entre el art. 417 bis y el 8.7 en este último aspecto, Díez Ripollés, «El art. 417 bis del Código Penal y su naturaleza jurídica», en «La reforma del delito de aborto», Edersa, 1989, pp. 118-121, 151-152, postura basada en la relación de especialidad funcional entre esas dos eximentes, y a semejanza de la relación producida entre tipo básico y tipos cualificados o privilegiados; en contra, posteriormente, Cerezo Mir, «Curso... II», *op. cit.*, p. 109; aparentemente también en contra Cuerda Riezu, *ibidem*, pp. 555-556).

(109) Y que implica asimismo una remisión al art. 8.

Véase Cerezo Mir, «Curso... II», *op. cit.*, p. 118. Sobre la remisión en último término al art. 8, véase, con referencias doctrinales y jurisprudenciales, Orts Berenguer, *op. cit.*, pp. 117-119.

(110) En lo que no se diferencian de muchos otros preceptos que nadie pretende confinar en la medición de la pena, como los que establecen los grados de ejecución y participación.

(111) En esa línea también Cerezo Mir, «Curso... II», *op. cit.*, pp. 104, 106-107; Mir Puig, *op. cit.*, pp. 679-680; Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, «Derecho Penal español. Parte general», 13.ª ed., Dykinson, 1990, pp. 689-690.

Por el contrario algunas interpretaciones alemanas de nuestro Código insertan estos preceptos de modo exclusivo en la medición de la pena. Véanse Perron, «Justificación y exclusión de la culpabilidad a la luz del Derecho comparado», *ADPCP*, 1988, pp. 151-153; del mismo, «Strukturprinzipien der Rechtfertigung im spanischen und deutschen Strafrecht», en *Seminario hispano-alemán, op. cit.*, p. 13; Schöch, en «Tagungsbericht...», *op. cit.*, p. 935.

ción sistemática netamente diferenciada de los preceptos que sirven exclusivamente de pauta a la concreción judicial de la pena (arts. 61 4.º y 7.º), y su mayor virtualidad respecto a éstos en lo que concierne a los efectos penales, lo que se acrecienta en relación con el artículo 9.1 (112).

La variada oferta de penalidad que deriva de la apreciación de los artículos 9.1, o 9.10 en relación al 9.1, no puede dejar de destacarse: En lo que se refiere al primero de ellos, su efecto atenuador no ha dejado de crecer, con alguna excepción poco significativa, desde 1848; actualmente el art. 66, al que se remite, permite la rebaja de la pena en uno o dos grados de escala, sin que esté sometida a compensación con eventuales agravantes a tenor del artículo 61 3.º, y admitiendo a su vez limitar la pena al grado mínimo de la penalidad anteriormente resultante (113). Por su lado, el artículo 9.10 permite compensar circunstancias agravantes (art. 61 3.º), establecer la pena en su grado interno mínimo (art. 61 1.º) e incluso rebajar la pena en uno o dos grados de escala si se dan los requisitos del art. 61 5.º (114).

El panorama acabado de esbozar de la graduación de la antijuricidad en nuestro Código creo que explica sobradamente las afirmaciones realizadas al inicio de este apartado sobre la diferente perspectiva con que debe tomarse la postura de Günther según nos desenvolvamos en la legislación española o alemana: La configuración, naturaleza y amplio ámbito de aplicación de los artículos 9.1 y 9.10 en relación con el 9.1, así como la matizada oferta de penalidad, susceptible de acomodación a muy diversas realidades, que a partir de ellos se dispone, permite sostener que en el Derecho Penal español se puede resolver el núcleo más importante de hipótesis que preocupan a Günther y sus seguidores sin necesidad de elaborar nuevas construcciones conceptuales, y de un modo dogmáticamente más coherente, simple y depurado.

Los resultados satisfactorios se extienden igualmente a determinados efectos, especialmente buscados por el sector doctrinal estudiado (115). Así, la posibilidad de legítima defensa de la víctima, a la que

Por otra parte no es éste el lugar para ocuparnos de la procedencia de la distinción entre elementos esenciales y accidentales del delito. Véase con todo Cerezo Mir, «Curso... II», *op. cit.*, p. 104.

(112) Véase a continuación.

(113) Aunque no se pueden acumular los efectos de varias eximentes incompletas o añadir los propios del art. 61 5.º si concurrieran. Véanse, con algunas diferencias, Córdoba Roda, «Las eximentes...», *op. cit.*, pp. 25-26, 29-31, 37-38; Mir Puig, *op. cit.*, pp. 823-824; Cobo del Rosal-Vives Antón, *op. cit.*, p. 675; Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *op. cit.*, p. 946; Morillas Cueva, «Teoría de las consecuencias jurídicas del delito», Tecnos, 1991, pp. 106-107.

(114) Véase Cerezo Mir, «Curso... II», *op. cit.*, p. 117; Córdoba Roda, «Comentarios...», *op. cit.*, p.535; Orts Berenguer, *op. cit.*, p. 58.

(115) Véase Günther, *Supra*, Apartado II.

no pone ningún obstáculo la regulación española de la justificación incompleta. O la repercusión de la disminución del injusto tanto en la pena del autor como en la de los partícipes, lo que ya sucede en cuanto que la pena de éste se establece a partir de la sustancial restricción que asimismo experimenta la de aquél. En cuanto al error y otros supuestos problemáticos en estas hipótesis (116), a pesar de carecer de análisis detenidos se puede afirmar provisionalmente que se pueden alcanzar soluciones aceptables (117).

Las posibilidades que ofrece la legislación española precisan, no obstante, de posteriores elaboraciones, en especial en lo que concierne a la relación entre la graduación del injusto que se da en la antijuricidad y la inicialmente realizada en el tipo, como ya hemos señalado, y de ello

(116) Que, por otra parte, deben diferenciarse de problemas propios de la eximente completa, por más que en ocasiones éstos también puedan beneficiarse de los arts. en estudio: Así, precisamente el art. 9.10 permite resolver adecuadamente casos que precupan a Günther, como los de presencia de todos los elementos objetivos que sirven de base a la causa de justificación pero con ausencia del elemento subjetivo correspondiente (véase *Supra*, apartado II, nota 29): La falta de éste, elemento esencial, impide aplicar el art. 9.1 (con todo, así Mir Puig, *op. cit.*, pp. 451-452), pero no el art. 9.10 (véase, entre otros, con referencias doctrinales Maqueda Abreu, «Los elementos subjetivos de la justificación», *La Ley*, 11-5-84, pp. 7 y 8; Cerezo Mir, «Curso... I», *op. cit.*, pp. 411-414).

Distintos son los casos de ausencia total o parcial de los elementos objetivos con presencia del elemento subjetivo de la justificación completa, a resolver por las reglas de error de prohibición del art. 6 bis a p. 3 (no aprecian a mi juicio debidamente la distinción Zugaldia Espinar, *op. cit.*, pp. 1-4; Perron, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, pp. 185, 215), y ello con independencia, en los casos de ausencia parcial, de si se trata de elementos objetivos esenciales o inesenciales (así ahora Cerezo Mir, «Curso... II», *op. cit.*, pp. 114-115; véase antes «Curso... I», *op. cit.*, pp. 314-316).

(117) A salvo de reflexiones más detenidas, que no pueden hacerse en este lugar, si se dan los elementos objetivos que sirven de base a una causa de justificación incompleta, es decir, todos los elementos esenciales de la eximente faltando todos o alguno de los inesenciales, y además falta el elemento subjetivo *referido a la eximente incompleta*, se podrá aplicar el art. 9.10 por falta de un elemento esencial, que sin duda lo es el elemento subjetivo aun referido a la incompleta. A su vez, si se dan los elementos objetivos que sirven de base a una causa de justificación incompleta análoga, es decir, se dan determinados elementos pero faltan uno, varios o todos los elementos esenciales, y además falta el elemento subjetivo *referido a la eximente incompleta análoga*, se podrá aplicar el art. 9.10 pues lo que sucederá es que faltará un elemento esencial más, el subjetivo referido a la incompleta análoga.

Por el contrario, si se da el elemento subjetivo referido a la justificación incompleta, o referido a la justificación incompleta análoga, y faltan, en el primer caso, uno, varios o todos los elementos objetivos esenciales, o, en ambos casos, todos los elementos objetivos de cualquier naturaleza, estamos propiamente ante supuestos de error, que será de prohibición y que en principio no cabe solucionar por el art. 6 bis a p. 3, pues el sujeto no actúa creyendo que obra lícitamente, ni por el art. 60 p. 2 que, más allá de objeciones de principio sobre su aplicación, antepone implícitamente al conocimiento la efectiva concurrencia. Podrá quizá solucionarse apreciando por analogía el art. 6 bis a p. 3 o, menos convincentemente, el propio art. 9.10.

nos ocuparemos en el próximo apartado. Pero antes hemos de atender a otras propuestas próximas a Günther y ya aludidas.

4. Como hemos visto, la propuesta de Günther de creación de causas de exclusión del injusto penal tiene como uno de sus principales fines el abarcar adecuadamente el conjunto de hipótesis que la legislación española permite resolver a través de la justificación incompleta o incompleta análoga. La pretensión de Mir Puig (118) de aprovechar la construcción del autor anterior para resolver supuestos de insignificante incumplimiento de los requisitos de las causas de justificación, por más que puede acogerse a algunas afirmaciones de Günther (119), supone utilizar un medio desproporcionado a los fines perseguidos:

Los supuestos en que la no concurrencia o la superación de los requisitos de la justificación se produce en niveles tan insignificantes que no parece satisfactorio ni siquiera la rebaja de la pena de los artículos 9.10 o 9.1, sintiéndose necesario mantener la completa exención de pena, son casos que pueden resolverse perfectamente a través de una interpretación teleológica restrictiva de los elementos de la justificación, del mismo modo que ya sucede en los tipos penales (120), sin que parezca adecuado crear con ese único fin una nueva categoría o subcategoría (121). El que, consecuentemente, en tales casos desapareciera el carácter antijurídico del hecho parece razonable (122).

5. Como hemos visto, un sector doctrinal español (123) ha hecho una peculiar reinterpretación de la tesis de Günther por la que, sin negar los dos grupos de casos fundamentalmente citados por este autor, y aún en conexión con ellos, pretende aportar contenidos adicionales: En concreto, pretende trasladar al ámbito, si no de la antijuricidad, sí de una categoría intermedia equivalente funcionalmente a la idea de «antijuricidad penal» a hipótesis habitualmente incluidas en las causas de exculpación, con especial atención al estado de necesidad exculpante y figuras afines.

La postura española citada es reflejo, ante todo, de un análisis desde la perspectiva alemana de la problemática de las causas de exculpación:

(118) Véase Mir Puig. Supra apartado III. Véase igualmente, aunque en el contexto de lo que trataremos en 5 de este apartado, la referencia de Bacigalupo, *ibidem* nota 63 a hipótesis en que no parezca suficiente con la atenuación del art. 9.1.

(119) Véase entre otras Günther, «Strafrechtswidrigkeit...», *op. cit.*, p. 360; del mismo, «Die Klassifikation...», *op. cit.*, pp. 11-12.

(120) Como el propio Mir Puig, *ibidem* se encarga de señalar. Véase asimismo Cerezo Mir, «Curso... I», *op. cit.*, pp. 320-321.

(121) De hecho Lenckner, «Schönke-Schröder...», *op. cit.*, pp. 421, 426-427, ha considerado desde este punto de vista las hipótesis de Günther que no van más allá de incumplimientos insignificantes, aunque en último término prefiere remitir su solución al principio procesal de oportunidad.

(122) Véase por otro lado las objeciones de congruencia que se han hecho a Mir Puig en nota 78 de apartado III.

(123) Véanse Bacigalupo y Lorenzo, Supra, apartado III.

En efecto, como el propio Günther se ha ocupado de destacar (124), la función que se le viene atribuyendo a las causas de exculpación alemanas lleva a preguntarse sobre la viabilidad de su mantenimiento como categoría separada del injusto e integrada en la culpabilidad o cercana a ella. Carente la legislación alemana de un lugar sistemático independiente para la justificación incompleta, menudean las voces que asignan exclusiva o primordialmente tal función a las causas de exculpación, lo que, a no dudar, está en la base del énfasis puesto por los autores alemanes en el componente de disminución de injusto y la progresiva relativización del componente de culpabilidad, cuando no la paulatina transformación de su contenido en uno propio del injusto (125). Todo ello da lugar a que se desnaturalice la exculpación, que está perdiendo las referencias propias de la categoría delictiva en la que se inserta (126).

Pero los análisis españoles no deben ubicarse dentro de esa problemática: Disponemos, como hemos visto, de un sistema muy diferenciado de valoración de las diferentes graduaciones del injusto que nos permite resolver de un modo sistemática y punitivamente coherente lo que

(124) Véanse Günther, *Supra*, apartado II, pp. 12-13; Perron, «Strukturprinzipien...», *op. cit.*, p. 10.

(125) Véanse, además de las citas de nota 90, Langer, *op. cit.*, pp. 323-327; Lenckner, «Schönke-Schröder...», *op. cit.* pp. 426-427; Kaufmann, *Supra*, apartado III, nota 51. Además, críticamente, Noll, «Tatbestand...», *op. cit.*, pp. 18-19, 28-29, insinuando que allí se encuentra el origen de que el concepto de inexigibilidad haya roto amarras con la culpabilidad; Schmidhäuser, «Strafrecht...», *op. cit.*, pp. 461-462; Perron, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, pp. 89-92, 112-113, 114-115, 132-133; del mismo, «Strukturprinzipien...», *op. cit.*, pp. 8-9; Günther, *supra*, apartado II. Véanse asimismo lo dicho por Lorenzo Copello, *supra*, apartado III, nota 69 y las referencias doctrinales por ella mencionadas.

Las referencias de algún sector doctrinal alemán a que en la exculpación tienen una fuerte presencia reflexiones vinculadas a los fines de la pena no son necesariamente entendidas como excluyentes de los contenidos de disminución de injusto antedichos. Véanse Schünenmann, «Die deutschsprachige...», *op. cit.*, p. 301; Perron, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, pp. 92, 112-113, 114-116, 132-133.

(126) Véanse Noll, *ibidem*, pp. 28-29; Perron, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, pp. 120, 132-133, 224; del mismo, «Strukturprinzipien...», *ibidem*.

La interpretación de la situación española por parte de Perron (véase «Rechtfertigung...», *op. cit.*, pp. 204-206, 217, 229; del mismo, «Justificación...», *op. cit.*, pp. 151-153, 154-155; «Tagungsbericht...», *op. cit.*, p. 937), en el sentido de que los arts. 9.1 y 9.10 desempeñan en la práctica la función de eludir la distinción entre justificación y exculpación, sustituyéndola por la de exención-atenuación, aun reconociendo el extremo comedimiento con que nuestros tribunales utilizan las eximentes completas en general, y lo que se dirá más adelante (véase nota 128), desorienta sobre el auténtico problema, que es justamente el traslado de contenidos de injusto a la culpabilidad que se está produciendo en el ordenamiento alemán. Véase críticamente Cerezo Mir, «Tagungsbericht...», *op. cit.*, p. 928; Díez Ripollés, Recensión a «Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht» de Perron, *ADPCP*, 1988, pp. 1094-1095.

otras legislaciones deben resolver de modo forzado en la culpabilidad, y no se ven razones para crear una categoría nueva (127). La cuestión entre nosotros debe ser otra, a saber, si, dado lo anterior, sigue teniendo sentido la exculpación, y en qué condiciones (128). No es éste el lugar para resolverlo, pero sí puede decirse que se echan en falta estudios más detenidos que, tras aprovechar a fondo las posibilidades de la justificación incompleta, se pregunten si queda algo para la exculpación (129).

A mi juicio, y a salvo de reflexiones más reposadas, la exculpación tiene una papel a desempeñar en nuestra dogmática, pero en el estricto marco de la culpabilidad: Integrados en la justificación completa los supuestos de sobrepasamiento o carencia insignificante de sus requisitos (130), y en la justificación incompleta o incompleta análoga las sucesivas hipótesis de disminución del injusto, llegaríamos ulterior-

(127) De ahí que sorprendan las escasas alusiones de los autores españoles que estamos considerando a las posibilidades de la exención incompleta. Véanse Bacigalupo, Lorenzo, *supra*, y críticamente, Cerezo Mir, «Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus spanischer Sicht», en «Rechtfertigung und Entschuldigung», Hrg. Eser-Perron, Freiburg, 1991, nota 44. Sobre la posible réplica de que en realidad se pretende eximir de pena y no sólo atenuar, véase apartado siguiente.

Menos motivos hay aún para integrar la justificación incompleta en la culpabilidad, como propone un sector minoritario español (véase *supra* subapartado III.3).

(128) Sin duda puede suponerse que las posibilidades ofrecidas por la justificación incompleta refuerzan la aparición en España de opiniones reacias a incluir componentes de injusto en la exculpación, o a aceptar la distinción entre causas de exclusión de la culpabilidad y causas de exculpación. Véanse Mir Puig, *op. cit.*, p. 648; Cerezo Mir, «Curso... II», *op. cit.*, pp. 34, 28; del mismo, «Die Stellung...», *op. cit.*, p. 13. Un análisis general de estas actitudes en España se encuentra en Perron, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, pp. 179-180, 219; del mismo, «Justificación...», *op. cit.*, p. 148.

De todos modos, la pregunta planteada en texto exige antes realizar una más precisa distinción entre los elementos distintivos de la justificación incompleta y la exculpación completa e incompleta, que no puede decirse que se haya logrado definitivamente ni siquiera en la doctrina (véanse al respecto, entre otras, afirmaciones como las de Cerezo Mir, «Curso... II», *op. cit.*, p. 112; Cobo del Rosal-Vives Antón, *op. cit.*, pp. 528-529, 681-682; Mir Puig, *op. cit.*, p. 654; Córdoba Roda, «Las eximentes...», *op. cit.*, p. 152; del mismo, «Comentarios...», *op. cit.*, pp. 346-347; Bustos Ramírez, *op. cit.*, pp. 353-354). A ello debería añadirse un retroceso del generalizado uso de presunciones en la exculpación.

(129) Distinta es la problemática, sobre la que ahora no podemos entrar, de conversión de causas de exculpación en causas de justificación completas, como ha propuesto Gimbernat Ordeig, «El estado de necesidad: un problema de antijuricidad» y «Prólogo al libro de Antonio Cuerda: La colisión de deberes en Derecho Penal», en *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, 1990, pp. 218 y ss., y 231 y ss., con eco en algunos sectores doctrinales españoles. Véanse igualmente Mir Puig, *op. cit.*, pp. 486-488, 648-649; Roldán Barbero, «Estado de necesidad y colisión de intereses», *CPC*, 1983, pp. 469 y ss. Véanse dos recientes análisis críticos en Cerezo Mir, «Curso... II», *op. cit.*, pp. 25-30 y Lorenzo Copello, *op. cit.*, pp. 252-268.

(130) Véase *supra*, subapartado III.4.

mente a un nivel de disminución de injusto que por sí solo ya no tendría fuerza para atenuar directamente la pena.

Todo lo más, y ocasionalmente, esa disminución de injusto, en la medida en que necesariamente repercute en una menor culpabilidad, dado que ésta va siempre referida al injusto, podría tener algún efecto, aunque sólo sea secundario e indirecto: Si coincide con una adicional y directa afección a la culpabilidad basada en una especial presión motivacional sobre un autor en principio culpable, puede suceder que el menor grado de culpabilidad inicial propiciado por la disminución de injusto sea precisamente lo que necesite la excepcionalidad motivacional aludida para poder dar lugar a la exención de pena por falta de culpabilidad jurídico-penal (131).

5. LA RELACION ENTRE INJUSTO PENAL ESPECIFICO Y GENERICO.(132)

1. El principio de intervención mínima vigente en Derecho Penal, con las ideas de fragmentariedad y última ratio a él inherentes, sienta las bases de lo que va a constituir el injusto típico (133). A él hay que añadir lo que constituye el fondo de verdad del globalmente rechazable postulado de la naturaleza secundaria del Derecho Penal: La correcta afirmación de que los criterios de selección del injusto penal obedecen a pautas valorativas propias y autónomas del Derecho Penal, no puede

(131) Véase lo que se dirá más adelante en apartado V. 5.

No se olvide, por otra parte, que los arts. 9.1 y 9.10 nos vuelven a ofrecer un sistema extraordinariamente rico de diferenciación entre la exculpación completa, incompleta e incompleta análoga.

Véanse ulteriores referencias bibliográficas alemanas sobre la estructura de las causas de exculpación, así como la postura de Cerezo Mir, cercana a la aquí sostenida, en Cerezo Mir, «Curso... II», *op. cit.*, pp. 34-35. Asimismo, véanse afirmaciones de Hirsch, «Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem», en «Rechtfertigung und Entschuldigung». Hrg. Eser-Perron, *op. cit.*, p. 45, y Perron, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, p. 216, favorables a la posibilidad de introducir una atenuación, que no exención, en los supuestos de menor presión motivacional.

(132) La confrontación de los términos injusto penal específico e injusto penal genérico creo que es la que mejor destaca las cualidades más características del injusto penal según se considere en el tipo o en la antijuricidad. En ese sentido se ha de preferir a otras, no tan expresivas o incluso claramente rechazables, como las de injusto penal provisional frente a injusto penal definitivo, injusto penal abstracto frente a injusto penal concreto o presunción de antijuricidad frente a confirmación de antijuricidad. Por otra parte elude la distinción entre fundamentación y exclusión del injusto en la medida en que ella parece dar a entender que en la antijuricidad no caben ulteriores contenidos fundamentadores. Véase sobre todo esto *Infra*.

(133) Sobre estos principios, generalmente admitidos, véase por todos, Mir Puig, «Introducción a las bases del Derecho Penal», Bosch, 1982, pp. 124-128.

hacer olvidar que éste realiza tal selección a partir de los ilícitos de los otros sectores jurídicos (134).

Cualidad importante del injusto típico es que sea un injusto cualificado: Con ello se quiere expresar, en línea con lo acabado de mencionar, que el bien jurídico protegido debe ser de especial importancia social, que la conducta incriminada afecta de modo muy significativo a ese bien jurídico, y que existen además razones de oportunidad y conveniencia que aconsejan encarecidamente tomar la decisión de incriminar tal comportamiento (135). Tales requisitos traen como consecuencia la especial intensidad del injusto penal típico frente al de los otros sectores jurídicos, lo que Günther y sus partidarios han calificado mayoritariamente como el merecimiento de pena imprescindible en toda conducta incriminada (136).

Pero el injusto típico desempeña otra función de gran importancia, no siempre adecuadamente resaltada por los autores anteriores, y en cuyo contexto debe satisfacerse la precedente función de identificación de un ilícito especialmente intenso: Con todos sus elementos, el tipo pretende acotar del modo más preciso posible un comportamiento en su individualidad socio-valorativa, esto es, desconectado de cualesquiera otras circunstancias o perspectivas que, pese a serle próximas desde algún punto de vista, suponen añadirle nuevas referencias valorativas que desnaturalizarían su singularidad a tenor de las concepciones sociales. Todo ello permite la expresión del específico juicio de desvalor propio de esa conducta, y justifica la consideración del injusto típico

(134) Sobre cuya configuración y tratamiento punitivo, una vez integrados tales ilícitos en el Derecho Penal, decide con criterios específicamente penales a tenor de las variadas posibilidades que le ofrece la peculiar estructura de la responsabilidad jurídico-penal, tal como se formula en la teoría jurídica del delito (destaca esto último también Günther, «Strafrechtswidrigkeit...», *op. cit.*, p. 156): Eso explica la punición de conductas que en sí mismas no son ilícitos en otros sectores, como la hipótesis del art. 306 del Código Penal que supone una equiparación entre el delito consumado y una forma imperfecta de ejecución (véase sobre este ejemplo Muñoz Conde, «Derecho Penal. Parte especial», 8.ª edición, Tirant lo Blanch, 1990, p. 555; Orts Berenguer, en «Derecho Penal. Parte especial»; Vives Anton, Coordin. 2.ª ed., Tirant lo Blanch, 1988, p. 261, entre otros). Lo mismo sucede con las alusiones a la punición exclusivamente penal de la tentativa en Welzel, *op. cit.*, p. 78, y Weber, «Recensión...», *op. cit.*, p. 276.

Rechazan también la naturaleza secundaria del Derecho Penal, con planteamientos no del todo coincidentes, entre otros, Cerezo Mir, «Curso... I», *op. cit.*, pp. 56-57; Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *op. cit.*, pp. 24-27, ambos con amplia bibliografía; Laurenzo Copello, *op. cit.*, p. 263, adhiriéndose a postura de Cerezo. Véanse asimismo Hirsch, «Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar», Walter de Gruyter, 1985, Vor pará. 32, p. 8; Stratenwerth, «Strafrecht. Allgemeiner Teil», 3, Auflage, 1981, pp. 74-75.

(135) Véase sobre la última referencia *Infra*, apartado VII.

(136) Véanse afirmaciones de Günther recogidas en *Supra*, apartado II, y de Amelung, Schünemann, Kaufmann, Mir Puig, en *Supra*, apartado III. Asimismo Perron, «Strukturprinzipien...», *op. cit.*, pp. 6-7, 10.

como un «injusto específico» (137). Referente decisivo en la delimitación de esa conducta específicamente desvalorada lo vuelve a ser en primer lugar el bien jurídico protegido (138), pero asimismo los modos y formas objetivos y subjetivos de realización del comportamiento lesivo o peligroso, y las reflexiones político-criminales específicas que se superponen a los elementos anteriores (139).

La inclusión en el tipo de lo injusto de elementos que expresan valoraciones ajenas a la singularidad axiológica acabada de aludir, o la adición de puntos de vista valorativos extraños a ella, resulta claramente disfuncional. Sin embargo, es una actitud en la que incurren con frecuencia los autores estudiados en cuanto tienden a trasladar aspectos de los conflictos de intereses, que necesariamente se mueven en un plano de pluralidad valorativa, al ámbito del tipo (140).

En el mismo sentido, la frecuente consideración de los elementos del tipo como fundamentadores de lo injusto penal tiene su razón de ser en la medida que con ello se aluda a la fundamentación del injusto específico (141).

2. Más allá de la especificidad del injusto típico, y ya en la categoría de la antijuricidad, entramos en otro nivel valorativo que, sin perder su función identificadora del injusto penal, va a introducir conside-

(137) Es mérito de Gallas, «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen», en «Beiträge zur Verbrechenslehre», Walter de Gruyter, 1968, pp. 32--45, el haber dado la debida importancia a este aspecto del injusto típico, por encima de la función meramente formal de garantía a tenor del principio de legalidad que por lo demás no es una característica exclusiva del tipo. Véanse además en la misma línea y con diferentes formulaciones, entre muchos otros, Cerezo Mir, «Curso... I», *op. cit.*, pp. 318-320, 256; Cobo del Rosal-Vives Antón, *op. cit.*, pp. 215-216, 235-236, 241-245, 263-264, 267; Bustos Ramírez, *op. cit.*, pp. 135-136, 201-202; Jescheck, *op. cit.*, p. 221 con amplias referencias bibliográficas de lo que es doctrina alemana dominante; Mir Puig, *op. cit.*, pp. 127-130, 156-158, 446-449, en cuanto diferencia el tipo del supuesto de hecho; Otto, «Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien?», *Gedächtnisschrift für Schröder, C. H. Beck*, 1978, pp. 66-67, 70; Perron, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, p. 53; Weber, «Recensión a Günther...», *op. cit.*, p. 277; Cobos Gómez de Linares, *op. cit.*, pp. 73-77, 200.

(138) O los bienes jurídicos protegidos, en el caso de que haya una protección plural no contrapuesta entre sí.

(139) Véase Otto, *ibídem*.

(140) Véanse afirmaciones en este sentido de Günther, Amelung y Triffterer, recogidas en apartados II y III.

En la línea seguida en texto, Noll. «Tatbestand...», *op. cit.*, pp. 10-13, afirma que sólo deben resolverse en el ámbito del tipo aquellas colisiones de valores en que los valores implicados sean elementos integrantes del valor superior que da sentido específico al tipo, y siempre que tales valores pertenezcan al mismo sujeto; véanse asimismo Baumann-Weber, *op. cit.*, pp. 262-263.

(141) Así lo formula, correctamente, Cerezo Mir, «Curso... I», *op. cit.*, pp. 318,320. Sobre otros elementos fundamentadores del injusto penal carentes de esa referencia valorativa de especificidad, véase *Infra*.

raciones axiológicas que se mueven en un plano más genérico (142). Tales reflexiones, en cualquier caso, se realizan en estrecha conexión con el injusto específico configurado en el tipo correspondiente, cuya concreta formulación fáctica y valorativa sigue constituyendo el núcleo y punto de referencia fundamental (143).

Tarea primera de este ulterior análisis valorativo del injusto es una de carácter negativo: Se trata de comprobar si el injusto específico, ya plenamente constituido en el tipo, no es neutralizado, compensado, por ese otro conjunto de consideraciones valorativas procedentes de un nivel más genérico. Los instrumentos encargados de aportar tales contenidos son las causas de justificación (144). A través de ellas se inserta al injusto específico en un contexto más complejo, lo que se realiza, sea por la vía de sacar al comportamiento del esquematismo fáctico preciso para su caracterización singular en el tipo, sea por la de incluir referencias axiológicas ajenas a las vinculadas a su individualidad socio-valorativa.

Ello permite hablar de la inflexibilidad valorativa del tipo, incapaz, dada su búsqueda de los elementos definidores del comportamiento abarcado, de prestar atención a la auténtica complejidad de la situación producida y de relativizar, en consecuencia, sus puntos de vista axiológicos. Ese análisis de la conducta en todo su contexto, atento al entrecruzamiento de bienes jurídicos y de intereses de origen penal y extrapenal, es la función primordial de la antijuricidad (145). Así se explica la aparente contradicción de que el injusto específico termine siendo caracterizado como un juicio abstracto y general en relación con el más concreto, y ceñido al conjunto de aspectos intervinientes en una determinada situación, de la antijuricidad (146): Es la diferencia que marca

(142) Resalta especialmente la existencia de un doble nivel valorativo Bustos Ramírez, *op. cit.*, pp. 8-10, 17, 132-136.

(143) Véase en el mismo sentido Noll, «Tatbestand...», *op. cit.*, p. 14. El propio Günther alude certeramente a esta vinculación del juicio de antijuricidad a tipos aislados, aunque sacando conclusiones, a mi juicio, erróneas (véase Günther, *supra*, apartado II). Asimismo Triffterer, *op. cit.*, p. 205.

(144) Expresa con gran claridad esa confrontación entre contenidos valorativos del tipo y de la antijuricidad Noll, «Tatbestand...», *op. cit.*, pp. 8-10, 13-14; del mismo, «Übergesetzliche...», *op. cit.*, pp. 183-184.

(145) Véase claramente al respecto, entre otros, Bustos Ramírez, *op. cit.*, pp. 132-136, 201-202; Jakobs, *op. cit.*, p. 286; Schmidhäuser, *op. cit.*, pp. 145-146, 193; Stratenwerth, «Strafrecht. Allgemeiner Teil», 3, *Auflage*. C. Heymans Verlag, 1981, p. 71; Hirsch, «Die Stellung...», *op. cit.*, p. 33; Jescheck, *op. cit.*, p. 290.

Por el contrario Perron, «Strukturprinzipien...», *op. cit.*, pp. 6-7, con ecos de la postura de Günther, considera que la justificación posee una amplitud valorativa sustancialmente inferior a la de la tipicidad.

(146) Así Carbonell Mateu, «La justificación penal», Edersa, 1982, p. 78; Stratenwerth, *op. cit.*, p. 71; Hirsch, «Strafgesetzbuch, Leipziger...», *op. cit.*, p. 15; el propio Günther, «Strafrechtswidrigkeit...», *op. cit.*, p. 59.

atender al comportamiento aisladamente considerado o enmarcado en un contexto global.

Las causas de justificación, introductoras de ese otro nivel, pretenden aportar las suficientes valoraciones positivas como para neutralizar las negativas acogidas en el injusto específico. En ese sentido, no puede haber dudas de los elementos de valiosidad social acarreados por las causas de justificación al análisis de la conducta contextualizada. De la confrontación de estos componentes con los disvaliosos integrados en el injusto específico pueden resultar dos cosas: Que la conducta deba, pese a todo, seguir siendo considerada ilícita (147), o bien que pase a ser lícita. En este último caso lo que ha sucedido no es, necesariamente, que el comportamiento pase a ser socialmente valioso, sino que ha dejado de ser socialmente disvalioso, sea porque ha pasado a ser deseado socialmente, sea porque es simplemente permitido (148). Esta limitada fuerza expresiva de la justificación permite, correctamente, mantener el centro de atención en el injusto específico, sobre cuya neutralización se delibera, sin desplazar el énfasis a la justificación con simultáneo olvido de cuál sea la exclusiva función negativa de ésta.

A su vez, ello es coherente con la mera función protectora de bienes jurídicos del Derecho Penal, al que le son ajenos, a diferencia de otros sectores jurídicos, las funciones de promoción de fines sociales (149), limitándose, en el marco de intervención mínima, a las de evitación de daños sociales. Podríamos decir que el Derecho Penal no aspira a promover conductas valiosas, sino a evitar conductas disvaliosas, por lo que considerará lícito todo lo que no merezca esa última calificación, sacándose conclusiones apresuradas si se sostiene que todo lo que no es disvalioso es, además de lícito, socialmente valioso o, dicho de otro modo, que lo lícito y lo socialmente valioso coinciden (150).

Véanse asimismo, con una transcendencia a la que ahora no se puede atender, la contraposición entre el tipo como contrariedad a una norma abstracta determinada, y la antijuricidad como contrariedad a un deber jurídico concreto, en Welzel, *Derecho Penal alemán*, editorial jurídica de Chile, 1970, pp. 76, 116-117; Kaufmann, *op. cit.*, p. 334, 382-383; Hirsch, *ibídem*, p. 5; del mismo, «Die Stellung...», *op. cit.*, p. 33; Cerezo Mir, «Curso... I», *op. cit.*, pp. 310, 343; Jescheck, *op. cit.*, pp. 289-290.

(147) A lo que no obsta la graduación de la antijuricidad ya vista en el apartado anterior.

(148) La valoración en otros ámbitos jurídicos distintos del penal de la conducta justificada se verá en apartado posterior.

(149) Véase, con todo, en contra la doctrina citada en Díez Ripollés, «El Derecho Penal ante el sexo», Bosch, 1981, pp. 59-60.

(150) Por el contrario, eso parece pensar Günther, *Supra*, apartado II. Suscriben una concepción de los efectos de la justificación similar a la sostenida en texto Roxin, «Die Notstandsähnliche...», *op. cit.*, p. 195; del mismo, «Rechtfertigungs und...», *op. cit.*, p. 256; Hirsch, «Strafgesetzbuch...», *op. cit.*, p. 13; del mismo, «Die Stellung...», *op. cit.*, p. 40-41.

La neutralización del injusto típico exige, sin duda, que las valoraciones positivas aportadas por las causas de justificación superen a las negativas del tipo (151). En un supuesto de equilibrio valorativo no existen aún argumentos suficientes, si verdaderamente es cierto que el punto de partida y referencia de la justificación es el injusto específico del tipo y no reflexiones más generales sobre la consideración de la conducta por el Derecho, para dejar de proteger el bien jurídico lesionado o puesto en peligro por aquél (152). Por otra parte, en los casos en los que efectivamente se logre la superación de las valoraciones negativas del tipo no se llega ineludiblemente a una situación en la que el Derecho considera deseable o digna de promoción tal acción, sino ante una situación de licitud del comportamiento en la medida en que resulta impropio seguir protegiendo al bien jurídico típico.

Ello no impide que haya situaciones de neutralización del injusto típico en las que los componentes valiosos aportados por la justificación tengan una potencialidad superior, convirtiendo la acción en socialmente deseable, como sucede cuando la conducta justificada se convierte en una obligación y no en una facultad o derecho del sujeto (153). Pero tales efectos ulteriores, si los hay, sobrepasan el ámbito de la justificación (154).

(151) Véase con claridad al respecto, entre otros, Carbonell Mateu, *op. cit.*, pp. 16, 86-87, 136-140, 144-153, 157-162, 179, 182, 183. Resulta ilustrativo igualmente el razonamiento de Kaufmann, «Teoría de las normas», *op. cit.*, pp. 340-341, 382.

(152) En este aspecto tiene razón Mir Puig, «Derecho Penal», *op. cit.*, pp. 486-488, 500-501, cuando introduce la alusión a la perturbación del orden jurídico en el análisis de la comparación de males del estado de necesidad, por más que la expresión no sea del todo acertada pues, como ya ha insinuado Cerezo Mir, «Curso... II», *op. cit.*, p. 30, es justamente la perturbación del orden jurídico lo que se trata de dilucidar con la ponderación de intereses que introducen las causas de justificación. Es más correcto hablar del injusto específico del tipo, cuya neutralización es el exclusivo fin de la justificación, o, si se quiere en otra expresión de Mir, de «la perturbación inherente a la realización del hecho típico».

No es éste el lugar para ocuparme de las consecuencias que Mir saca de lo anterior en relación con el estado de necesidad.

(153) Las peculiaridades que ofrece la colisión de deberes en sus diferentes variantes no pueden ser atendidas aquí.

(154) La postura expuesta no supone transformar las causas de justificación en causas de exclusión de lo ilícito en el sentido de la teoría del ámbito libre de Derecho (véase una completa y reciente exposición de esta teoría, así como de las críticas que se le han formulado, con aportaciones originales en este último sentido, en Laurenzo Copello, *op. cit.*, pp. 271-289; asimismo, ya antes, Cuerda Riezu, «La colisión de deberes en Derecho Penal», Tecnos, 1984, pp. 158-175): Por un lado, ya hemos expresado cómo las causas de justificación se ocupan de neutralizar las valoraciones negativas del comportamiento que, por ello, ha devenido típico, por medio de formular valoraciones positivas sobre ese mismo comportamiento, ahora debidamente contextualizado, que superan a las negativas, hasta el punto de que el Derecho autoriza ese comportamiento. Por otro lado, esta autorización o permiso no coloca a la conducta en una situación intermedia entre lo lícito y lo prohibido, sino que convierte a aquélla en una conducta plenamente lícita y, en ese sentido, aprobada por el ordenamiento. Cosa distinta, sin

3. La existencia de un doble nivel valorativo en lo injusto, alojado respectivamente en el tipo y en la antijuricidad, es un punto de partida fácilmente asumible en sus términos generales por la mayor parte de las corrientes teóricas jurídico-penales, y más en concreto, por todas aquellas que otorgan una sustantividad propia al contenido del injusto típico: Ello es así cuando se considera que la norma resulta ya contradicha definitivamente con la realización del tipo, comprobándose en la antijuricidad la contrariedad de la conducta típica con el ordenamiento en su conjunto y no sólo con una norma aislada, lo que se verifica atendiendo a la posible concurrencia de preceptos permisivos (155). Pero también cuando se afirma que la contrariedad a la norma sólo tiene lugar en la antijuricidad tras la verificación de la ausencia de causas de justificación, sin que ello suponga negar la significación permanente del desvalor típico (156). E incluso en algunas formulaciones matizadas de la teoría de los elementos negativos del tipo (157).

Aceptado lo precedente, no sólo está fuera de lugar realizar distinciones entre ambas categorías de naturaleza estrictamente formal e

embargo, y que no se dará siempre, es si el Derecho desea promover o fomentar esos comportamientos, es decir, si los considera socialmente valiosos o deseables; el concepto de licitud no puede equipararse a esto último.

Por otra parte Gimbernat Ordeig, «El Estado de necesidad: Un problema de antijuricidad» y «Prólogo al libro de Antonio Cuerdo: La colisión de deberes en Derecho Penal», en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Tecnos, 1990, pp. 227-228, 230, 234, 236, con motivo de su formulación de la teoría de la unidad en relación con el estado de necesidad se aproxima en algún momento al punto de vista aquí defendido al caracterizar la acción ejecutada en estado de necesidad en conflicto de bienes iguales como conforme a Derecho, sin por ello ser valiosa ni tampoco jurídicamente neutral (aunque esto último parece aceptarlo en el segundo trabajo citado). Sin embargo, y al margen de las discrepancias sobre el fundamento de la propia teoría de la unidad, se aleja de nuestro planteamiento al partir de que la práctica totalidad de las restantes causas de justificación suponen una valoración positiva.

Parten de que en todas las causas de justificación se da una valoración positiva Cerezo Mir, «Curso... II», *op. cit.*, pp. 27-28; Laurenzo Copello, *op. cit.*, pp. 260 y ss.

(155) Véanse, entre muchos otros, Welzel, *op. cit.*, pp. 76, 80, 116-119; Kaufmann, «Teoría de las normas», *op. cit.*, pp. 330-334, 340-342, 363; Cerezo Mir, «Curso... I», *op. cit.*, pp. 16-17, 310, 343; Hirsch, «Strafgesetzbuch...», *op. cit.*, pp. 5, 7; del mismo, «Die Stellung...», *op. cit.*, p. 33; Bustos Ramírez, *op. cit.*, pp. 132-136, 159-161, con alguna peculiaridad; Jescheck, *op. cit.*, pp. 289-290. Y de entre los que asumen en alguna medida el planteamiento de Günther, Bacigalupo, «Principios...», *op. cit.*, pp. 92, 99-101, 139-140; Gössel, en Maurach-Zipf-Gössel, «Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 2», C. F. Müller, 7, Auflage, 1989, pp. 149-150; Cobos Gómez de Linares, *op. cit.*, pp. 107-108, 194-197. Véase asimismo lo recogido en Nota 146. Sobre la ambigua postura de Binding, véase Kaufmann, *ibidem*, pp. 319-321.

(156) Véanse entre otros Schmidhäuser, «Strafrecht...», *op. cit.*, pp. 145-146, 192-193, 282, 285-287; Carbonell Mateu, *op. cit.*, pp. 71-78, 81-83, 86-89, 178-179; Cobo del Rosal-Vives Antón, *op. cit.*, pp. 245, 357.

(157) Véase Mir Puig, *op. cit.*, pp. 127-130, 156-158, 446-456.

instrumental (158), o utilizar términos que fomentan tal actitud (159), sino que, lo que es mucho más importante, no puede procederse a considerar intercambiables los contenidos de cada una de las dos categorías ni a atribuir efectos inmediatos a aspectos parciales de una de ellas en la otra (160).

A ello, desde luego, no ofrece ninguna cobertura el hecho, anteriormente destacado, de que la categoría de la antijuricidad se vincula en todo caso a tipos aislados, pues ello no elimina los diferentes planos valorativos de ambas categorías (161).

Sin embargo Günther procede con frecuencia del modo acabado de criticar: Ello se muestra entre otros muchos momentos cuando, sin abandonar la categoría de la antijuricidad, afirma que las causas genuinas de exclusión de lo injusto crean una situación similar a la que se da en determinadas hipótesis de atipicidad, o cuando denomina directamente a las causas de exclusión de lo injusto confinadas a ciertas figuras de delito «causas de exclusión del tipo» (162).

Y se manifiesta en toda su evidencia cuando critica a la teoría tradicional de la antijuricidad el no ser capaz de excluir elementos del tipo a través de la justificación: De ahí que él no dude en transformar un tipo cualificado de asesinato en el básico de homicidio en un caso de concurrencia parcial de una causa de justificación, en la medida en que ésta es susceptible en tales condiciones de convertirse en una causa genuina de exclusión del injusto. O bien cuando opta por equiparar el error sobre los elementos fácticos de las causas de exclusión genuinas al error sobre los elementos positivos del tipo, en

(158) No es ahora el momento de proceder a una análisis del proceder de los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo a este respecto. Baste con aludir, por lo que a nosotros nos interesa, a las frecuentes afirmaciones de Günther, *Supra*, apartado II en este sentido, así como la consecuencia de ello derivada de que es improcedente apreciar dos planos valorativos distintos en tipo y antijuricidad. Véanse en línea similar Amelung y Schönemann, *Supra*, apartado III.

Frisch, «Vorsatz und Risiko», C. Heymans Verlag, München, 1983, pp. 502-506, considera perjudicial la distinción entre tipo y antijuricidad, a partir de argumentos que ahora no se pueden analizar, y propone su unificación en una sola categoría.

(159) Véase al respecto lo que dijimos en nota 132.

(160) De ello trataremos enseguida *Infra*.

(161) Véase, sin embargo, Günther, *Supra*, apartado II.

La pretensión de Günther, *ibidem*, de esbozar una limitada diferenciación valorativa entre tipo y antijuricidad basada en el predominio de los intereses de la víctima en el tipo y del autor en la antijuricidad, además de reflejar, por lo que respecta a la antijuricidad, un planteamiento, como veremos más adelante, excesivamente centrado en los fines de la pena en detrimento de la protección de bienes jurídicos o, si se quiere, del contenido de la norma, ignora que la reforzada vigencia en el tipo de los principios de legalidad y seguridad jurídicas está indicando la especial tutela que en él también se quiere prestar a los intereses del autor.

(162) Véase Günther, *Supra*, apartado II.

lugar de al error sobre los elementos fácticos de una causa de justificación (163).

No debe extrañar, en consecuencia, que algún autor cercano al planteamiento de Günther termine incluyendo decididamente en el tipo las causas genuinas de exclusión del injusto (164).

La inobservancia de la distinción entre injusto penal específico y genérico que evidencian las actitudes precedentes (165) tampoco procede aun si se limita, por lo que respecta a los elementos del tipo, a las concretas causas de exclusión del tipo o de atipicidad (166). Tales causas de exclusión en ningún momento conllevan la adición de aspectos ajenos al injusto específico: Simplemente sucede que junto a conductas desde un principio claramente fuera del tipo por no responder a la individualidad sociovalorativa del injusto específico en cuestión existen otras en las que sólo aparentemente se da tal individualidad. La mentada apariencia se obtiene por lo general a partir de una consideración excesivamente formal del tipo de lo injusto, y se desvanece tras un análisis detenido, materialmente orientado, de él (167).

Al tratarse aquí de un problema de profundización en las claves valorativas del injusto típico, se explica el progresivo arraigo de las tesis que eluden la resolución de la mayor parte de este segundo grupo de casos a través de estructuras conceptuales más o menos autónomas como las de adecuación social o principio de insignifican-

(163) Véase Günther, *Supra*, apartado II, en especial nota 30. A favor de la consideración de tal error como de prohibición, sin embargo, Cobos Gómez de Linares, *Supra*, apartado II.

Véase asimismo la actitud de estrecha vinculación de las causas genuinas de exclusión del injusto a los elementos del tipo en Amelung, *Supra*, apartado III.

(164) Así Triffterer, *Supra*, apartado III.

Por el contrario Gössel, *ibidem*, evita la citada tendencia hasta el punto de que, para poder afianzar las causas genuinas de exclusión de lo injusto en la antijuricidad, prescinde de algunas de las habitualmente mencionadas asignándolas a la tipicidad.

(165) Y que ya hemos visto que ni siquiera por la teoría de los elementos negativos del tipo viene necesariamente exigida, aunque sí ciertamente fomentada.

(166) Perron, «Strukturprinzipien...», *op. cit.*, pp. 6-7; del mismo, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, pp. 85-89, 93, 131-133, 175, 218-219, 221, 228, 230, dedica especial atención a mostrar la crisis en la que a su juicio se encuentra la distinción entre atipicidad y justificación por efecto combinado de las teorías funcionalistas, de su impracticabilidad y de la escasa relevancia de sus consecuencias en especial cuando desaparecen respecto al error, pasando todo lo más a aprovecharse por el legislador el efecto explícitamente declarativo de licitud propio de la justificación. Por el contrario reconoce su arraigo en la doctrina y jurisprudencia españolas lo que atribuye, no siempre acertadamente, a peculiaridades del ordenamiento jurídico penal español y su aplicación (véase sobre estas interpretaciones de nuestro ordenamiento, Díez Ripollés, Recensión a la obra de Perron, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, pp. 1089, 1092-1093).

(167) Con una formulación no del todo coincidente, véase Mir Puig, *op. cit.*, p. 555.

cia, propugnando correctamente su resolución de modo directo por medio de interpretaciones teleológicas del tipo (168).

El conjunto de reflexiones de este subapartado nos permite comprender más fácilmente por qué parte de las críticas a Günther y algunos de sus seguidores se han orientado a demostrar que alguna de las causas genuinas de exclusión del injusto, en especial aunque no exclusivamente las integradas en concretas figuras de delito (169), no son otra cosa que elementos del tipo (170).

4. La ausencia de la concurrencia plena de las causas de justificación hace que el injusto específico se convierta en injusto penal genérico. Por más que ello en un principio viene simplemente a suponer que, tras la confrontación de la conducta específicamente injusta con un contexto fáctico y valorativo más amplio, su contenido de injusto ya establecido en el tipo sigue persistiendo, puede afirmarse que tal proceso ha añadido al injusto específico un contenido valorativo nuevo, el consistente en el mantenimiento de la calificación de la conducta como injusta penal más allá de su individualidad sociovalorativa. Ya sólo por ello debemos discrepar de la frecuente opinión que señala que en la antijuricidad no se añade ningún plus valorativo al injusto típico (171).

Pero la tarea a cumplimentar por la categoría de la antijuricidad no se agota en la actividad negativa que venimos describiendo en los sub-

(168) Véase en este sentido, recogiendo el estado de la cuestión, Cerezo Mir, «Curso... I», *op. cit.*, pp. 320-321.

(169) Recuérdense la distinción en dos grupos de los supuestos problemáticos que dan origen a las tesis de Günther, y en especial el segundo subgrupo del primer grupo, a la que aludimos en el apartado IV.1.

(170) Sin necesidad de llegar a la tajante afirmación de Jescheck, *op. cit.*, p. 209, de que el concepto de antijuricidad penal que construye Günther no es otra cosa que el de tipicidad, cabe mencionar cómo este mismo autor, *op. cit.*, p. 221, Hirsch, «Die Stellung...», *op. cit.*, p. 35-36, e incluso Kaufmann, «Rechtspflichtbegründung...», *op. cit.*, pp. 282-283, consideran el elemento de la reprobabilidad presente en las figuras de amenazas y coacciones como un elemento del tipo, o que el último autor citado, *ibídem*, pp. 280-282 y Gössel, *op. cit.*, p. 222, ambos partidarios en buena medida de la postura de Günther, consideran al consentimiento como causa de exclusión del tipo.

Por mi parte debo llamar la atención, además, sobre el frecuente uso de reflexiones peculiares de la caracterización del injusto específico, como la referencia a la insignificancia de la lesión al bien jurídico o la necesidad de elementos que «cierren» adecuadamente la descripción de la conducta, en relación con la referencia a la «defensa de intereses legítimos» en los delitos contra el honor y, por lo que afecta a la primera idea, en relación con el consentimiento presunto. Véase Günther, «Strafrechtswidrigkeit...», *op. cit.*, pp. 309-314, 351-352.

Cobo del Rosal-Vives Antón, *op. cit.*, pp. 264-267, advierten de cómo en muchos casos los elementos de exclusión del injusto insertos en figuras de delito aisladas son elementos del tipo.

(171) Entre otros podemos citar a Schmidhäuser, «Strafrecht...», *op. cit.*, pp. 145-146, 192; del mismo, «Zur Systematik...», *op. cit.*, p. 278; Jescheck, *op. cit.*, p. 293. El propio Günther, *Supra*, apartado II, nota 17.

apartados 2 y 3 (172). En la antijuricidad tienen su sede una serie de elementos que, suponiendo una graduación del injusto penal, se mueven sin embargo en el ámbito del injusto genérico. Sin duda aquí hay que incluir a las causas de justificación incompletas e incompletas análogas (173).

Además, una serie de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, mayoritariamente alojadas en los artículos 9 y 10 del Código, y fundamentadas en reflexiones de injusto, tienen la antijuricidad como su lugar propio. Las atenuantes y agravantes a las que se hace mención resultan aplicables a varias o muy diversas figuras delictivas, por lo que difícilmente pueden ser entendidas como elementos afectantes al injusto específico de cada una de éstas. Su lugar es el injusto penal genérico, a cuya delimitación colaboran aportando reflexiones que profundizan en la contextualización del comportamiento enjuiciado. Tal labor la realizan, ciertamente, de un modo subordinado, esto es, sin cuestionar la permanencia del injusto específico transformado ya, desde su confrontación con las causas de justificación, en injusto genérico (174).

(172) Así, sin embargo, además de los de nota anterior, Welzel, *op. cit.*, p. 119; Stratenwerth, *op. cit.*, pp. 73-74.

(173) Véase lo que hemos dicho sobre ellas en apartado IV de este trabajo.

(174) Sobre la vinculación de las circunstancias genéricas a la graduación del injusto o/y en su caso a la culpabilidad, véanse las referencias de nota 98.

A los exclusivos fines de diferenciar entre los elementos que afectan al injusto específico o al genérico, y sin pretender en estos momentos profundizar en la cercana problemática relativa al concepto de «circunstancia» (véase al respecto por todos Alonso Alamo, *op. cit.*, pp. 190-335; Cerezo Mir, «Curso... II», *op. cit.*, pp. 104-105) conviene hacer algunas precisiones:

1. Los elementos atenuantes y agravantes basados en el injusto que dan lugar a tipos privilegiados y cualificados no poseen la misma naturaleza que las circunstancias acabadas de aludir. En tales casos la vinculación de los contenidos en ellos expresados al injusto específico del tipo básico, en el que se integran profundizando en su peculiaridad valorativa, hace que deban ser considerados componentes del injusto específico; ese es el caso p.e. de las circunstancias de lo injusto que dan lugar al asesinato.

2. En ocasiones la profundización será de tal naturaleza que se acabará concluyendo que estamos ya ante un comportamiento con una especificidad sociovalorativa independiente, hasta el punto de que se podrá hablar de un delito autónomo, como sucede con el delito de robo respecto al de hurto (sobre la problemática relación entre estos dos delitos, véase por todos Bajo Fernández, «Manual de Derecho Penal. Parte especial **», Ceura, 1987, pp. 23-25).

3. Por el contrario, en diversos lugares de la Parte especial del Código se aprecia que el legislador ha querido aludir a la posible concurrencia de ciertas circunstancias atenuantes o agravantes respecto a uno o varios tipos, de un modo que parece plausible pensar que su propósito ha sido simplemente llamar la atención sobre la frecuencia con que determinadas circunstancias de los arts. 9 y 10 concurren en relación con determinadas figuras o, más normalmente, ha pretendido identificar unas circunstancias relevantes para un grupo de delitos pero sin ser tan genéricas como para que proceda incluirlas en los arts. 9 y 10; en tales casos seguiremos estando ante componentes del injusto genérico, como sucede con los arts. 506 ó 516 en relación con los delitos de

La presencia de todos estos elementos hace que el contenido valorativo autónomo de la antijuricidad no se agote en la revalidación de la ilicitud penal de la conducta típica por medio de su transformación en injusto penal genérico, sino que asuma igualmente funciones adicionales como es la de graduar tal injusto penal genérico.

5. A partir de las reflexiones anteriores podemos resolver la cuestión, hasta ahora aplazada, de si procede en los casos de disminución del injusto aplicar una exención o una atenuación de la pena.

Mientras la ausencia de la plena concurrencia de los elementos del tipo, o su concurrencia con insuficiente intensidad en los elementos en los que es pertinente tal precisión, hace que, cuando menos, el injusto que reste ya no sea penal (175), lo que a su vez explica la desaparición de la pena, la ausencia de la plena concurrencia de los elementos de la justificación, o su concurrencia con insuficiente intensidad, impide la neutralización del injusto específico, lo que asimismo explica el mantenimiento de la pena. Esto último no cierra el paso a una atenuación de la sanción penal por haberse producido, a través de componentes del injusto genérico, una incompleta neutralización del injusto específico.

Lo que es conceptual y sistemáticamente incorrecto en todo caso es utilizar elementos destinados a neutralizar el injusto específico para impedir el surgimiento de éste, con más razón aún si se parte de que la neutralización no impide la persistencia del injusto específico. Ya hemos señalado cómo los elementos de neutralización proceden de un plano valorativo distinto al de éste.

Sin embargo Günther, en adición al criticable modo de operar ya analizado en el subapartado 3, utiliza el concepto de «merecimiento de pena» en el tipo, y de «ausencia de merecimiento de pena» en la justificación, como un criterio de naturaleza estrictamente cuantitativa que le permite operar indistintamente en tipo y antijuricidad, trasladando elementos de un lugar a otro, singularmente de la antijuricidad al tipo, enmascarando la diversidad de planos valorativos de ambas categorías. Ello le posibilita sacar, a partir de elementos pertenecientes a la antijuricidad, conclusiones que sólo son procedentes en el tipo, cual es la de que la falta de la concurrencia de un elemento de la

robo y hurto (en contra, con referencias a la polémica doctrinal: Muñoz Conde, «Derecho Penal. Parte especial», 8.ª ed., Tirant lo Blanc, pp. 222, 236).

Cerezo Mir, «Curso... I», *op. cit.*, pp. 320, 347 también excluye, por razones en buena parte coincidentes con las aquí expresadas, la pertenencia al tipo de lo injusto respectivo de las circunstancias genéricas de los arts. 9 y 10, diferenciándolas de las que dan lugar a tipos agravados o atenuados. En contra Alonso Alamo, *op. cit.*, p. 439.

(175) Y si resta, será en todo caso en otro tipo penal, el cual asimismo deberá concurrir en todos sus elementos. Esto es válido igualmente para los tipos privilegiados respecto a uno básico.

categoría delictiva impide que se dé ésta, y consecuentemente llega a la exención de pena cuando no debería pasar de la atenuación (176).

Aún dando por bueno, lo que se analizará más adelante (177), que el desmerecimiento de pena desempeña un papel cualificador en la justificación de un modo semejante al que en el tipo asume el merecimiento de pena, su proceder es análogo al que sostuviera que la naturaleza «civil» de determinados elementos insertos en una causa de justificación permitía a éstos causar efectos directos y sin mediaciones sobre determinados elementos normativos del tipo con los que la única concordancia residiera en su naturaleza también «civil» (178).

6. LA RELACION ENTRE EL INJUSTO PENAL Y EL INJUSTO DE OTROS SECTORES JURIDICOS

1. Tesis fundamental de Günther (179) es la negación de la vigencia en Derecho Penal (180) de un concepto unitario de antijuri-

(176) Véase Günther, *Supra*, apartado II. Entre sus seguidores, véase especialmente Kaufmann, *Supra*, apartado III.

La falta de previsión por un ordenamiento jurídico de atenuantes para la justificación incompleta tampoco debe fundamentar la solución de la exclusión de pena, confundiendo tipo y antijuricidad, sino que debería fomentar en todo caso actitudes encaminadas a superar la laguna de la atenuación, no más difícil de incardinar de forma suprallegal en el ordenamiento que la exención. Véase sobre toda esta problemática apartado IV.

(177) Véase apartado VII.

(178) No es éste el lugar adecuado para ocuparnos de en qué medida esta relación entre tipo y antijuricidad se reproduce en el interior de la culpabilidad, a partir de sus diversos elementos. En todo caso, no debe olvidarse que la culpabilidad constituye el segundo gran núcleo valorativo de la conducta delictiva, y responde a sus propias reglas.

Me permito insinuar, a salvo de reflexiones más detenidas, que, establecido el nivel mínimo de imputabilidad o semiimputabilidad en condiciones normales, el juicio de reproche sólo se formula tras comprobar que circunstancias excepcionales no han dado lugar a una exclusión (error invencible, exculpación completa) o una atenuación (error vencible, exculpación incompleta, atenuantes genéricas o específicas) de la culpabilidad.

De todos modos en esta categoría se parte siempre de una continuidad valorativa, que se va concretando progresivamente en un contexto en el que no se puede prescindir de criterios generalizadores normativos, presentes en todos los elementos de la culpabilidad pero especialmente activos en la exigibilidad. Ello explicaría que a partir de determinado grado de excepcionalidad de la situación se pudiera llegar a la conclusión de que ya no se alcanza el nivel del reproche de culpabilidad jurídico-penal preciso, por lo que podría afirmarse razonablemente que ya no se da la culpabilidad. Coincide en esto último Cerezo Mir, «Curso... II», *op. cit.*, pp. 28, 34; del mismo, «Die Stellung...», *op. cit.*, p. 13.

(179) Véase *Supra*, apartado II. Véanse asimismo, con diferentes matizaciones, Gössel y Schünemann, *Supra*, apartado III.

(180) Sostiene igualmente su improcedencia en los otros sectores jurídicos, véase *ibidem*.

cidad, según el cual la tercera categoría del delito tendría como función determinar, a la luz del conjunto del ordenamiento jurídico, la licitud o ilicitud de la conducta. A su vez ello sería compatible con el mantenimiento del principio de unidad del ordenamiento jurídico, en cuya virtud quedan proscritas las contradicciones valorativas y, con mayor razón aún, normativas dentro de éste.

A continuación vamos a verificar la corrección de tal planteamiento en sus términos concretos, teniendo muy presentes las conclusiones a las que hemos llegado en el apartado anterior. En consecuencia, se trata de comprobar si una *misma* conducta, que desde una perspectiva de injusto específico ha devenido ilícita no sólo civil o administrativamente (181) sino también penalmente, puede llegar a convertirse, a partir de la intervención en un ámbito contextualizado de unas *mismas* valoraciones extraespecíficas, en lícita para unos sectores jurídicos mientras persiste su ilicitud para otros.

En todo caso, una adecuada dilucidación del problema exige unas aclaraciones previas:

Deben quedar fuera, por sustraerse a la problemática anterior, aquellas conductas que, poseyendo la cualidad de injusto específico civil o administrativo, no alcanzan el nivel del injusto específico penal (182). La situación inversa, esto es, conductas que tengan la cualidad del injusto específico penal sin que se haya dado un injusto específico de otro sector jurídico, debe ser descartada, a tenor de lo visto en otro lugar (183).

Por otra parte, requisito fundamental para poder sacar conclusiones no distorsionadas sobre el problema enunciado más arriba es el de que la conducta en cuestión haya adquirido su ilicitud específica, tanto en el sector jurídico extrapenal correspondiente como en el ámbito jurídico-penal, a partir de valoraciones direccionalmente coincidentes. Tal exigencia, que sintoniza con el carácter de injusto cualificado de los tipos penales, quiere decir que quedan al margen de nuestras reflexiones aquellos supuestos en los que la ilicitud específica de la conducta en un determinado sector jurídico extrapenal obedece a valoraciones cualitativamente diferentes de aquellas que han dado lugar a la ilicitud específica penal (184).

De este modo, si un ilícito específico penal implica una cualificación de las mismas valoraciones* que han dado lugar previamente a un

(181) A semejanza de Günther, nos vamos a referir predominantemente a los sectores jurídico civil y administrativo como confrontados al penal, pero el razonamiento sirve para los restantes sectores jurídicos de la legalidad ordinaria.

(182) Al hecho de que la irrelevancia típica penal de una conducta no implica la licitud de ella a la luz de otros sectores jurídicos aluden, con especial claridad, Hirsch, «Strafgesetzbuch...», *op. cit.*, p. 8; Baumann-Weber, *op. cit.*, p. 261; Triffterer, *op. cit.*, p. 205.

(183) Véase lo dicho Supra, apartado V, nota 134.

(184) Lo que supone entonces que esta última deberá partir de la ilicitud específica de otro sector jurídico extrapenal.

ilícito específico civil, pero no tiene nada o poco que ver con las valoraciones que también han permitido calificar a esa conducta como un ilícito específico administrativo, los términos de la confrontación en el marco de nuestro problema serán el ilícito civil y el ilícito penal, quedando fuera del análisis el ilícito administrativo (185).

2. Superadas ya estas aclaraciones relativas a las ilicitudes específicas, y ubicados de nuevo en el plano de las ilicitudes genéricas de cada sector jurídico, se ha de decir que el principio de unidad del ordenamiento supone, en primer lugar, que todo lo que constituya un interés jurídico en determinado sector de aquél no puede perder tal cualidad en otro sector del mismo: Puede ser que el interés en cuestión no sea recogido expresamente en cierta rama del Derecho, o que tenga escasa significación en ella, pero en ningún caso se podrá negar su consideración de interés jurídico en todas y cada una de las ramas del ordenamiento.

Reflejo destacado de lo acabado de decir es el especial cuidado que se ha prestado en Derecho Penal a asegurar el acceso a la justificación de los contenidos de la pluralidad de intereses jurídicos obtenibles del conjunto del ordenamiento jurídico (186).

La diversidad de la regulación legal ha dado lugar, sin embargo, a procedimientos distintos: En Alemania, a falta de un expreso apoyo legal, ha habido que proceder a una recepción directa de los intereses jurídicos procedentes de los otros sectores en el Derecho Penal, sustentada de forma inmediata en el principio de unidad del ordenamiento jurídico, e instrumentada por vías supralegales (187). Por el contrario, en España la presencia del artículo 8.11 ha permitido a la mayor parte de la doctrina afirmar que él es manifestación expresa del principio de unidad del ordenamiento jurídico; de este modo constituye la vía legal de penetración de toda la pluralidad de intereses jurídicos originalmente alojados en otras ramas del Derecho convirtiéndose de alguna manera en una cláusula general de justificación (188).

(185) Aluden a cómo la ignorancia de este aspecto conduce a conclusiones apresuradas sobre los efectos de la justificación penal en otros sectores jurídicos Jescheck, *op. cit.*, p. 293; Lenckner, «Schönke-Schröder...», *op. cit.*, pp. 428-429.

Véanse asimismo sobre la variedad de perspectivas de los injustos específicos Welzel, *op. cit.*, pp. 77-78; Stratenwerth, *op. cit.*, pp. 74-75.

(186) Véanse, entre muchos otros, Cerezo Mir, «Curso... I», *op. cit.*, p. 405; Hirsch, «Strafgesetzbuch...», *op. cit.* p.8; Jescheck, *op. cit.*, p. 293; Cobo del Rosal-Vives Antón, *op. cit.*, p. 35; Schmidhäuser, «Strafrecht...», *op. cit.*, pp. 289-290; Bustos Ramírez, *op. cit.*, pp. 201-202; Carbonell Mateu, *op. cit.*, pp. 111, 180; Triffterer, *op. cit.*, p. 205. Véase igualmente, desde la teoría sistémica cibernética Kratzsch, *op. cit.*, pp. 323-324.

(187) Llaman la atención sobre ello Carbonell Mateu, *op. cit.*, pp. 118-119, 120, 124; Perron, «Strukturprinzipien...», *op. cit.*, p. 14.

(188) Entre otros, aluden aprobadoramente a la corporeización en el art. 8.11 del principio de unidad del ordenamiento Cerezo Mir, «Curso... I», *op. cit.*, p. 405; del

Por lo que respecta a nuestros fines, la principal ventaja derivada de situaciones legales como la española no es tanto el adecuado compromiso obtenido entre principio de legalidad y apertura del Derecho Penal a los contenidos del resto del ordenamiento (189), como el aseguramiento de que todos esos intereses jurídicos extrapenales necesiten ser integrados en un precepto penal, como es el artículo 8.11, para ser tenidos en cuenta en nuestro sector jurídico. O lo que es lo mismo, no se produce una recepción directa de los contenidos extrapenales en Derecho Penal, sino que ésta se hace, cuando menos, a través del filtro constituido por el artículo 8.11 (190).

Como veremos (191), esto es un dato de gran trascendencia, pues no resulta difícil conjeturar que la ausencia de una cláusula general es uno de los factores que formenta actitudes de diferenciación entre causas de exclusión de lo injusto con procedencia inmediata de sectores jurídicos extra o suprapenales (causas de justificación),

mismo, «Curso... II», *op. cit.*, p. 47; Cobo del Rosal-Vives Antón, *op. cit.*, pp. 363, 371; Bustos Ramírez, *op. cit.*, p. 202; Perron, «Strukturprinzipien...», *op. cit.*, p. 15; del mismo, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, pp. 188, 194, 209.

Parten claramente de su consideración como una cláusula general de justificación Carbonell Mateu, *op. cit.*, pp. 64, 115-116, 124-126, 128-140, 157-162, 180, 182, quien, acertadamente, se ocupa de demostrar cómo ello implica que por «derecho» en el art. 8.11 no hay que entender exclusivamente un derecho subjetivo sino todo interés legítimo; Cobo del Rosal-Vives Antón, *op. cit.*, p. 363; Bustos Ramírez, *op. cit.*, pp. 202, 225; Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *op. cit.*, pp. 509-510. También, matizada-mente, Cerezo Mir, «Curso... I», *op. cit.*, pp. 407-408.

En sentido opuesto Bacigalupo, «Principios...», *op. cit.*, p. 154 estima superflua la existencia del art. 8.11: Al margen de que las hipótesis del «deber», «oficio» y «cargo» las considera reconducibles al estado de necesidad, tema doctrinalmente polémico en el que ahora no podemos detenernos (véase, con abundantes referencias doctrinales, Cerezo Mir, «Curso... II», *op. cit.*, pp. 17-18), el autor parte de que no se obtiene ninguna ventaja de la existencia de una mención genérica al ejercicio de un «derecho», lo que explica su afirmación de que la alusión al «derecho» no se diferencia para nada de cualquier otra causa de justificación consistente en una «autorización particular y específica». Con ello, a mi juicio, pasa por alto tanto la importancia de que el principio de unidad del ordenamiento obtenga un reconocimiento expreso en la ley como las ulteriores ventajas que pasamos a considerar seguidamente en texto.

(189) Alude a ello de modo especialmente acertado Carbonell Mateu, *op. cit.*, pp. 115-116, 180. Asimismo Cobo del Rosal-Vives Antón, *op. cit.*, p. 371.

Obsérvense las dificultades que plantea desde esta perspectiva la ausencia de una cláusula general en Alemania, en Amelung, «Zur Kritik...», *op. cit.*, pp. 95-97, polemizando con Roxin.

(190) Hacen referencia a la «mediatez» de la incorporación de los intereses extrapenales a través del 8.11 Cobo del Rosal-Vives Antón, *op. cit.*, p. 363. Véase asimismo la concepción materialmente coincidente de Carbonell Mateu, *op. cit.*, pp. 144-153. Del mismo modo Cerezo Mir, «Curso... II», *op. cit.*, p. 50, en la medida que niega que el art. 8.11 sea una mera regla de conflicto de leyes a favor de la norma no penal, debiendo atenderse al principio del interés preponderante.

(191) Véase *Infra*.

y causas de exclusión de riguroso origen penal (causas de exclusión genuinas), con las consecuencias que ya conocemos (192).

3. Ahora bien, la incolumidad dentro del Derecho penal de cualesquiera intereses jurídicos extrapenales no permite resolver sin más la cuestión que centra nuestra atención, a saber, la diferente virtualidad que pudiera llegar a tener determinado interés en la neutralización del injusto penal específico en contraposición con la susceptible de alcanzar respecto a otros injustos específicos, direccionalmente coincidentes, pero pertenecientes a otros sectores jurídicos (193).

Para resolver lo antedicho hay que destacar en primer lugar que el juicio de ilicitud formulado en la tercera categoría del delito se estructura, como ya hemos visto (194), en torno a un injusto penal específico previo, el cual se somete a una valoración contextual para comprobar si tras ella sigue mereciendo la conducta el calificativo de ilícita. En ese sentido, todos los intereses que se incorporan, de modo inmediato o mediato (195), a esta categoría desde los diferentes sectores del ordenamiento van encaminados a comprobar si el juicio de ilicitud penal específica se debe mantener o no. En caso afirmativo el juicio de ilicitud resultante, por más que se denomine de ilicitud «genérica» para contrastar con el hasta entonces utilizado de ilicitud «específica», sigue siendo un juicio de ilicitud *penal* (196).

En ningún momento durante todo el proceso acabado de describir, ni en el tipo ni en la antijuricidad, se ha pretendido hacer una valoración de la conducta desde todos los puntos de vista susceptibles de ser tomados en consideración por el Derecho, ni siquiera desde todos los puntos de vista a los que atiende el Derecho Penal. Ello no necesita mayor explicación por lo que se refiere al tipo (197).

(192) Véanse al respecto Günther, *Supra*, apartado II, Schünemann, *Supra*, apartado III y la cita de Amelung en nota 189.

(193) Perrón, «Strukturprinzipien...», *op. cit.*, pp. 15-16, alude a cómo es de esperar que la progresiva imbricación entre sectores jurídicos fomente la discusión de los problemas de sintonía entre ellos y tiende a buscar soluciones independientes en cada ámbito; asimismo insinúa algunas respuestas a por qué en España no se ha prestado hasta ahora toda la atención debida a este problema a pesar de que el art. 8.11 sentaba claramente las bases para ello.

(194) Véase apartado precedente.

(195) Sobre el tema véase lo acabado de decir en subapartado precedente y lo que se dirá en apartado VII.

(196) A ello no son obstáculo, sino todo lo contrario, la adición de los contenidos autónomos del injusto penal genérico que hemos mencionado *Supra*, apartado V. 4.

(197) La tesis contraria supondría que cualquier valoración negativa de la conducta en cuestión, procedente de cualquier sector jurídico, debería incorporarse al contenido de ilicitud específica del tipo, así como que devendría imposible la diferenciación típica de conductas a partir de las diversas valoraciones penales de las que son susceptibles, dejando de tener sentido, por ejemplo, los concursos de leyes e ideal de delitos. Los efectos para el principio de intervención mínima son obvios.

En cuanto a la antijuricidad, ciertamente se ha recurrido a todo el conjunto de intereses existentes en el ordenamiento jurídico, pero con la exclusiva finalidad de realizar una más adecuada y exigente comprobación de si una conducta, que desde una perspectiva estrictamente penal ha mostrado caracteres de ilicitud, puede seguir manteniendo tal consideración. Para ello se han aportado una pluralidad de perspectivas valorativas, en su origen no necesariamente penales, que se han limitado a intentar relativizar o cuestionar esa valoración inicial, pero que en ningún caso han pretendido la función contraria, es decir, complementar las valoraciones negativas penales ya formuladas en el tipo con otras adicionales procedentes de su respectivo ámbito valorativo.

Sólo en este último caso, es decir, si se pretendiera en la antijuricidad del Derecho Penal aportar todas las valoraciones negativas de que es susceptible esa conducta desde todos los puntos de vista del ordenamiento jurídico, se estaría legitimado para decir que se había logrado un juicio de antijuricidad *general*, o lo que es lo mismo, que se había configurado la antijuricidad de esa conducta a la luz del conjunto del ordenamiento. En realidad lo que ha sucedido es que la valoración penal inicial, realizada en el tipo, no se ha visto conmovida, o no lo suficiente, por esos otros puntos de vista, por lo que puede seguir siendo mantenida (198).

Si la antijuricidad en Derecho Penal es una antijuricidad penal, cabe preguntarse de inmediato por cuál sea el sentido del ahínco con que se introducen y toman en consideración en la tercera categoría del delito intereses extrapenales, como hemos podido apreciar en el subpartado anterior. A mi juicio ello responde a dos finalidades, y las dos tienen que ver con el principio de intervención mínima en Derecho Penal:

La primera, a partir del carácter de injusto cualificado del ilícito penal, pretende que la definitiva valoración como injusta criminal de una conducta sea consecuencia de un análisis rigurosamente contex-

(198) Coincido hasta aquí con buena parte de los esfuerzos de Günther, *Supra*, apartado II; Schünemann y Gössel, *Supra*, apartado III para desvincular el juicio de antijuricidad en Derecho Penal del juicio de antijuricidad general o referido a todo el ordenamiento. Como se verá, mis discrepancias se inician a la hora de sacar las debidas consecuencias de ello. Véase *Infra*.

Supera los límites de este trabajo el extendernos aquí en las repercusiones que lo acabado de decir en texto pudiera implicar en el marco de la teoría de las normas. Hassemer, *op. cit.*, p. 352, con razón, aboga por una mayor profundización en el análisis de la relación entre la antijuricidad penal y la problemática antijuricidad general. Véase asimismo, con reparos, lo ya dicho por Günther, *Supra*, apartado II, nota 9.

Consideran, inequívocamente, el juicio de antijuricidad en Derecho Penal como equiparable al de antijuricidad para el conjunto del ordenamiento, entre otros, Hirsch, «Strafgesetzbuch...», *op. cit.*, pp. 8, 9; del mismo, «Die Stellung...», *op. cit.*, p. 35-36; Cobo del Rosal-Vives Antón, *op. cit.*, pp. 208-209.

tualizado del comportamiento, atento a las más finas matizaciones valorativas. Con ese objeto promueve la incorporación al Derecho Penal, tras acomodarse a sus principios básicos (199), de cualesquiera intereses con una cierta relevancia en otros sectores jurídicos e incluso en la teoría o principios generales del Derecho. Es pues, precisamente, el celo en la profundización del injusto penal el que explica la acogida de tantos contenidos originariamente extrapenales.

La segunda finalidad atiende al efecto combinado del principio de intervención mínima y de la edificación del injusto penal sobre los injustos de otros sectores jurídicos (200). Ambas características hacen que el principio de unidad del ordenamiento, con su correlativa exigencia de ausencia de contradicciones entre los diversos sectores jurídicos, se muestre en Derecho Penal como un tema especialmente sensible y necesitado de una cuidadosa verificación. Ello fomenta naturalmente la especial atención prestada al modo de operar de los intereses extrapenales, de modo singular en la categoría delictiva en la que éstos se insertan de un modo menos mediatizado, cual es la anti-juricidad.

Y es en este momento cuando surge la problemática de la concepción unitaria de la antijuricidad: A mi juicio la cuestión se ha venido tratando de un modo desenfocado y dándole más importancia de la que tiene. Esta exigencia, que ha de enmarcarse dentro de los requisitos del principio de unidad del ordenamiento jurídico, no es más que un efecto derivado y no directamente buscado de los principios penales de intervención mínima y de superposición de los ilícitos penales sobre los previos ilícitos de otros sectores jurídicos. Consecuentemente, y como veremos enseguida, sólo tiene auténtico sentido en relación con el Derecho Penal.

Se limita a expresar que, a partir de ilícitos específicos direccionalmente coincidentes, no caben soluciones divergentes entre los diversos sectores jurídicos implicados en lo que concierne a la definitiva consideración como lícita o no de una misma conducta. Por el contrario, tal exigencia deja de tener sentido cuando se trata de confrontar, respecto a una misma conducta, declaraciones de licitud de varios sectores jurídicos orientadas en perspectivas valorativas no direccionalmente coincidentes; en este caso, si las declaraciones de antijuricidad difieren, en ningún modo se produce una vulneración del principio de unidad del ordenamiento jurídico (201).

(199) Sobre este tema véase apartado siguiente.

(200) Véase lo dicho en apartado V.1.

(201) Asumen el concepto unitario de antijuricidad de un modo indiferenciado, a diferencia de lo expuesto en texto, entre muchos otros, Welzel, *op. cit.*, pp. 77-78; Hirsch, «Strafgesetzbuch...», *op. cit.*, p. 8; Jescheck, *op. cit.*, p. 293; Kern, *op. cit.*, p. 262; Carbonell Mateu, *op. cit.*, pp. 111, 180.

4. A la luz de las reflexiones anteriores debemos preguntarnos cómo se desenvuelve el concepto unitario de antijuricidad en el ámbito en el que adquiere su pleno significado, esto es, en la relación del Derecho Penal con los sectores jurídicos que en cada caso le sirven de punto de partida.

Asumido que lo injusto específico penal presupone un injusto específico de otro sector, y que no es procedente la situación inversa, puede decirse respecto a una misma conducta, *a)* que lo que finalmente neutraliza el injusto específico penal debe asimismo neutralizar el injusto específico civil o administrativo direccionalmente coincidente, y *b)* que lo que no consigue neutralizar el injusto específico penal tampoco puede neutralizar el injusto específico civil o administrativo direccionalmente coincidente, y ello aunque el interés con pretensiones neutralizadoras pertenezca a uno de estos últimos sectores.

Naturalmente cabe que ese interés que ha resultado ineficaz en la situación precedente, y que puede tener un origen no sólo civil o administrativo... sino incluso penal, puede llegar a neutralizar el injusto específico civil o administrativo de una conducta que, a tenor de su gravedad, no ha alcanzado el nivel de injusto específico penal. Pero nótese que en estos casos nos encontramos ante el primer grupo de supuestos considerados en otro lugar de este Apartado como hipótesis que deben quedar fuera de nuestra atención (202).

A su vez puede suceder que ese mismo interés de origen civil, administrativo... o incluso penal, incapaz de neutralizar el injusto específico penal de una conducta así como el injusto específico extrapenal que le sirve de base, pueda, sin embargo, neutralizar otro injusto específico extrapenal de esa misma conducta no direccionalmente

Parten de un concepto unitario de antijuricidad vinculado a las funciones de determinación del comportamiento propias de la norma Perrón, «Strukturprinzipien...», *op. cit.*, pp. 16-18 (véase con todo del mismo, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, p. 121); Bacigalupo y Laurenzo, *Supra*, apartado III, quienes por ello, entre otras razones, prefieren crear una categoría independiente a la de la antijuricidad para integrar supuestos que responden a los planteamientos de Günther.

Por el contrario, cuestionan que el principio de la unidad del ordenamiento implique un concepto unitario de antijuricidad de carácter absoluto Hassemer, *op. cit.*, p. 352; Jakobs, *op. cit.*, pp. 287-288; Maurach-Zipf, *op. cit.*, pp. 333-334. Véase asimismo Bloy, «Die dogmatische Bedeutung der Strafausschliessungs und Strafaufhebungsgründe». Duncker und Humblot, Berlin, 1976, pp. 246-249.

Niega el carácter axiomático del principio de unidad del ordenamiento a partir de lo que estima una quiebra aislada del concepto unitario de antijuricidad, aún considerando que no deben sobreestimarse las consecuencias de ello, Roxin, «Die Notstandsähnliche...», *op. cit.*, p. 195.

(202) Véase *Supra*, apartado VI.1.

coincidente con los precedentes. Pero igualmente hemos visto cómo estos supuestos deben quedar al margen (203).

Por otra parte, y volviendo a los supuestos en los que es procedente plantearse nuestro problema, si determinados intereses de cualquier origen no han podido neutralizar el injusto específico penal tampoco van a poder dar lugar a la neutralización de otros injustos específicos direccionalmente coincidentes aunque tales intereses hayan podido tener una eficacia limitada en el ámbito penal a través de una justificación incompleta (204).

A mi juicio las notables discrepancias que se aprecian entre lo acabado de exponer y la postura de Günther, de algunos de sus seguidores y de otros autores (205) radica, por un lado, en una defectuosa utilización del principio de intervención mínima en el marco del injusto penal genérico, olvidando que éste presupone el injusto penal específico y que su función está esencialmente limitada a neutralizar a éste (206). Así, cuando se afirma que el principio de intervención mínima obliga a que la neutralización del injusto específico penal sea más fácil que la del injusto específico de otros sectores (207) se ignora que si aquel injusto es más intenso su neutralización también debe ser más dificultosa. De nuevo la ausencia de una correcta distinción entre injusto específico y genérico explica tales actitudes (208).

(203) Véase *ibidem*.

De cara a los fines pretendidos en la exposición resulta de interés confrontar en todo momento injustos específicos extrapenales con penales, pero no debe olvidarse el otro plano del problema, esto es, la diferente eficacia de determinados intereses tenidos en cuenta en la justificación según el injusto específico penal al que van referidos. Un uso abusivo de esta realidad, intentando a través de ella negar no sólo un concepto expansivo de antijuricidad unitaria sino incluso una única antijuricidad penal hace Günther, «Strafrechtswidrigkeit...», *op. cit.*, pp. 106-110; para ello pasa por alto que estamos ante valoraciones penales de una misma conducta no direccionalmente coincidentes y que explican, por ejemplo, el concurso ideal de delitos.

(204) Tal eficacia limitada podrá ser tenida en cuenta en el otro sector jurídico implicado sólo en la medida que éste disponga de una institución similar.

(205) Véanse Günther, *Supra*, apartado II; Schönemann, Kaufmann, Cobos, Mir Puig, *Supra*, apartado III; Perrón, «Strukturprinzipien...», *op. cit.*, pp. 14-15; Jakobs, *op. cit.*, pp. 287-288; Maurach-Zipf, *op. cit.*, pp. 333-334; Roxin, «Die Notstandssähnliche...», *op. cit.*, p. 195.

Por el contrario, coinciden sustancialmente con los resultados más arriba expuestos, aunque en ocasiones a partir de un concepto expansivo de la antijuricidad Triffterer, *op. cit.*, p. 205; Baumann-Weber, *op. cit.*, pp. 261-263; Carbonell Mateu, *op. cit.*, pp. 111, 118, 180; Hirsch, «Strafgesetzbuch...», *op. cit.*, p. 8; Jescheck, *op. cit.*, p. 293; Lenckner, «Schönke-Schröder...», *op. cit.*, pp. 428-429; Schmidhäuser, «Strafrecht...», *op. cit.*, pp. 289-290; Stratenwerth, *op. cit.*, p. 75.

(206) Sobre otras funciones satisfechas por el injusto penal genérico, véase *Supra*, apartado V.4.

(207) Véase al respecto claramente, entre otros, Günther, *Supra*, apartado II; Jakobs, *op. cit.*, pp. 287-288.

(208) Véase lo dicho *Supra*, apartado V, en especial Subapartado 5.

Por otra parte, se puede decir de modo general (209) que buena parte de las hipótesis cuyos resultados difieren de los nuestros son únicamente oposiciones aparentes derivadas de no dejar adecuadamente al margen los dos grupos de casos que, si queremos proceder de modo lógico, no deben ser confrontados.

En efecto, si estamos ante una misma conducta con una doble valoración de injusto específico extrapenal y penal direccionalmente coincidente resulta difícil imaginar que un determinado interés pueda neutralizar al segundo y no al primero ya que quien, en términos abstractos, puede lo más, puede lo menos. Cuando aparentemente suceda otra cosa en realidad lo que estará ocurriendo es que el interés incidirá, bien sobre una conducta distinta que es ilícita específica civil o administrativa pero no penal, bien sobre una misma conducta que por razones distintas a las que ha devenido ilícita penal y de otro sector jurídico es asimismo ilícita en un tercer ámbito del ordenamiento (210).

5. Algunas de las concretas hipótesis más insistentemente resaladas por los autores impugnados como expresivas de la mayor virtualidad de un determinado interés en la exclusión de lo ilícito penal frente al de otros sectores, y que les han dado ocasión para hablar de causas de exclusión de lo injusto genuinas (211), pueden ser convincentemente explicadas de acuerdo a lo acabado de exponer.

— Así, en lo que concierne al derecho de corrección de padres, tutores y maestros (212) no parece haber problemas en concebir tal derecho, que sin duda tiene su origen en el Derecho civil o administrativo, de modo que la justificación de supuestos leves de malos tratos ocasionales, injurias, amenazas, coacciones, detenciones... repercute no sólo en la licitud penal sino igualmente en la civil o administrativa de esa misma conducta (213). En los casos en los que eventualmente no se produzca tal paralelismo la razón podrá fácilmente descubrirse en el hecho de que la conducta, de un modo ciertamente discutible, está siendo valorada desde dos perspectivas axiológicas que se consideran direccionalmente no coincidentes, como podrían ser, en un análisis improcedentemente rígido, la estrictamente pedagógica y la protectora de derechos de la personalidad: En tales condiciones podría concluirse que

(209) Y a salvo de análisis más detenidos de algunos supuestos de los que nos ocuparemos enseguida.

(210) Aluden ocasionalmente a alguno de estos argumentos Lenckner, Jescheck, Triffterer, *ibídem*.

(211) Recuérdese la distinción en dos grupos de los supuestos problemáticos que dan origen a la tesis de Günther, y en especial el primer subgrupo del primer grupo, a la que aludimos en el apartado IV.1.

(212) Véanse las afirmaciones de Günther, *Supra*, apartado II, en especial nota 28.

(213) Véase un detenido análisis del derecho de corrección de acuerdo a nuestro ordenamiento en Cerezo Mir, «Curso... II», *op. cit.*, pp. 56-58.

En línea similar a texto véase Roxin, «Rechtfertigungs...», *op. cit.*, pp. 253-255.

cierto comportamiento dejaría de ser ilícito penal en cuanto amparado en el derecho de corrección pero no estaría carente de cualquier ilicitud civil o administrativa, ya que persistiría la que derivaría de intentar asegurar un procedimiento pedagógico moderno, quizá incluso regulado minuciosamente en disposiciones reglamentarias (214).

— Por lo que se refiere a las pretendidas menores exigencias del consentimiento para neutralizar injustos específicos penales frente a los civiles (215), hay que advertir en primer lugar que, como opina la mayoría de la doctrina (216), el consentimiento como interés jurídico civil es una institución autónoma del consentimiento como interés jurídico penal (217), el primero enmarcado en la teoría del negocio jurídico y en la transmisión de derechos, y el segundo en la delimitación del ámbito de protección de determinados bienes jurídicos (218), por lo que estamos hablando de intereses sólo nominalmente idénticos (219). En realidad podríamos expresarlo de otra manera diciendo que la diferente configuración del consentimiento civil y penal se funda en que pretenden incidir sobre injustos específicos no direccionalemente coincidentes aunque corporeizados en una misma conducta.

(214) La ilicitud civil o administrativa que sirviera de base a la ilicitud penal sí sería neutralizada.

Parece partir de un razonamiento similar al del texto Lenckner, «Schönke-Schröder...», *op. cit.*, pp. 428-429.

(215) Véase Günther, *Supra*, apartado II. Sin compartir la tesis general de Günther, véase en este tema igualmente Maurach-Zipf, *op. cit.*, pp. 333-334.

(216) Véase por todos, con abundantes referencias bibliográficas, Cerezo Mir, «Curso...», *op. cit.*, pp. 81-83, 87.

(217) Sobre dónde haya que acudir para buscar el origen de éste, véase *Infra*, apartado VII.

(218) No es éste el lugar para precisar cuándo su influencia la ejerce sobre el injusto penal específico o, como es el caso que ahora nos interesa, sobre el injusto penal genérico. Véase una panorámica doctrinal en Cerezo Mir, *op. cit.*, pp. 84-86.

Bacigalupo, «Consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal españoles», en «Die Einwilligung des Verletzten im spanischen Strafrecht», en «Rechtfertigung und Entschuldigung». Hrg. Eser-Perron, *op. cit.*, pp. 149-150, 155-156, considera que los que aceptan un consentimiento justificante basado en el art. 8.11 deberían exigir los mismos requisitos que los propios del negocio jurídico en Derecho privado ya que el 8.11 otorgaría un derecho subjetivo que debería integrarse de acuerdo a las exigencias del sector del que procede. A mi juicio, ni el consentimiento justificante necesita derivarse del art. 8.11 (véase al respecto Cerezo Mir, «Curso...», *op. cit.*, pp. 85-86; en sentido contrario Cobo del Rosal-Vives Antón, *op. cit.*, pp. 375, 378, 380), ni aunque así fuera debe limitarse la interpretación del término «derecho» a un derecho subjetivo (véase *Supra*, nota 188).

(219) Por otra parte, una situación de divergencia entre ilicitud civil y penal también basada en la presencia de intereses jurídicos sólo aparentemente idénticos se puede apreciar en el mantenimiento de la responsabilidad civil en supuestos de estado de necesidad en relación con la persona en cuyo favor se ha precavido el mal. Véase Cerezo Mir, «Curso... II», *op. cit.*, p. 25. Véase asimismo, en relación con la defensa de intereses legítimos del parágrafo 193 alemán lo que dice Weber, *op. cit.*, pp. 277-278.

Es más, si se llegara incorrectamente a plantear la alternativa de utilizar el consentimiento del negocio jurídico para neutralizar el injusto específico penal, en lugar del que es propio al Derecho Penal, resultaría muy dudoso que la menor exigencia de requisitos formales en éste tuviera como consecuencia una mayor facilidad para neutralizar el injusto aludido pues en un sector jurídico como el Derecho Penal, tan centrado en aproximaciones realistas a la materia de regulación, no debe confundirse una mayor laxitud formal con una menor rigidez en el establecimiento y verificación de los componentes necesarios para llegar a una definitiva licitud (220).

— Reflexiones similares podrían hacerse respecto al consentimiento presunto (221), no sólo si se le integra dentro de la causa de justificación genérica del consentimiento sino igualmente si se configura como una causa de justificación independiente (222).

— Del mismo modo, en la medida en que partamos de injustos específicos direccionalmente coincidentes y referidos a una misma

(220) De hecho Günther, «Strafrechtswidrigkeit...», *op. cit.*, pp. 347-350, no consigue citar ejemplos del BGH en los que un pretendido consentimiento extrapenal haya dado lugar a justificaciones más generosas.

(221) A él alude también Günther, *Supra*, apartado II. Roxin, «Die Notstandsähnliche...», *op. cit.*, p. 195, da la razón a Günther en este tema. Lenckner, «Schönke-Schröder...», *op. cit.*, p. 422 considera al consentimiento presunto como una causa de justificación de las que suponen simplemente una mera autorización de actuar.

(222) Desde éste último punto de vista mantiene una postura en la línea del texto Jescheck, *op. cit.*, pp. 346, 348.

No es éste el lugar para ocuparse de la necesidad de su admisión en España y, en caso afirmativo, cuáles sean sus elementos; en todo caso he tenido ocasión de pronunciarme a favor de la relevancia del consentimiento presunto como elemento constitutivo de la variante de la indicación terapéutica de aborto del art. 417 bis., 1. 1.º, p. 2, en Díez Ripolles, «El art. 417 bis del Código Penal y su naturaleza jurídica» y «Análisis de los elementos de la causa de justificación del art. 417 bis del Código Penal», en *La reforma del delito de aborto*, Comentarios a la legislación penal, Tomo IX, Edersa, 1989, pp. 122, 232-234.

De todos modos, considero posible una fundamentación del consentimiento presunto a tenor de la ponderación de valores, tal como la entiende Noll. De hecho él mismo la emplea en relación con el consentimiento presunto, si bien siendo especialmente cauteloso (véase Noll, «Tatbestand...», *op. cit.*, pp. 25-28). A mi juicio no cabe excluir tal fundamentación alegando que el sujeto no ha adoptado una resolución de voluntad, pues ello supone partir de lo que se quiere demostrar, esto es, que no es aceptable equiparar la efectiva resolución de voluntad a la presunta por lo que no cabe el consentimiento presunto (véase, sin embargo, en ese sentido Cerezo Mir, «Curso... II», *op. cit.*, pp. 100-102). Por otro lado, a partir de los casos en que el autor, pese a un cuidadoso examen de todas las circunstancias, adopta una decisión que no concuerda con la verdadera voluntad del afectado tal como se demuestra con posterioridad, no es obligado afirmar que el fundamento no está en la voluntad del afectado sino en la necesidad de tomar una decisión (así interpreta Cerezo, *ibidem* determinada afirmación de Stratenwerth, *op. cit.*, pp. 129-130), pues la situación es de algún modo similar a aquélla en que el propio sujeto pasivo adopta una decisión equivocada, como él mismo comprueba más tarde (véase además Mir Puig, *op. cit.*, p. 567).

conducta, resulta erróneo afirmar que una pretendida mayor generosidad de la legítima defensa o el estado de necesidad frente a las autorizaciones administrativas en relación con el uso de armas de fuego por parte de los funcionarios policiales conlleva la desaparición de la ilicitud penal pero no de la administrativa (223).

Por el contrario, a la luz de las reflexiones anteriores, el interés justificante finalmente adoptado (224) deberá tener los mismos efectos excluyentes de la ilicitud tanto sobre el injusto específico penal como sobre el injusto específico extrapenal en que se basa el primero. Otra solución sólo sería admisible si los injustos específicos respectivos, penal y extrapenal, no fueran direccionalmente coincidentes (225).

(223) Véanse las alusiones de Günther en este sentido en apartado II, en especial nota 38.

En contra, claramente, Baumann-Weber, *op. cit.*, pp. 261-262; Weber, *op. cit.*, p. 278; Lenckner, «Schönke-Schröder...», *op. cit.*, pp. 477-478, 494-495; Jakobs, *op. cit.*, p. 329. También, en relación con la situación española, Perrón, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, pp. 194-196.

(224) El sector jurídico originario de cada uno de esos intereses es irrelevante en la medida en que, a la hora de ser confrontados con el injusto específico penal, ya se han integrado en el Derecho Penal, lo que en España está debidamente garantizado por el art. 8.11. Véase al respecto lo dicho en Subapartado 2 de este apartado e Infra, apartado VII. Asimismo Perrón, *ibidem*.

(225) Un acabado análisis del último problema analizado nos conduciría a la problemática del concurso entre causas de justificación, que no es objeto de este trabajo (véase al respecto Cuerda Riezu, «Sobre el concurso...», *op. cit.*).

Con todo, se me va a permitir hacer unas breves reflexiones sobre este tema inspiradas en el modo de reflexión desarrollado en este apartado y referidas a las hipótesis en que una misma conducta puede resultar justificada a partir de un determinado interés pero no de otro que se encuentra en una determinada relación con el anterior (véase sobre otras hipótesis Cuerda Riezu, *ibidem*).

En ese sentido hay que decir que el especial celo puesto por el Derecho Penal, a partir del principio de intervención mínima, en fomentar un análisis depurado de cualesquiera intereses con potencialidad justificante (véase Supra, subapartado 3), obliga a asumir una actitud lo más generosa posible en lo que respecta a la concurrencia de diversas causas de justificación, lo que debe plasmarse en la aceptación como principio rector del de calificación jurídica más benigna. Ello, por otra parte, no contradice la idea de que una conducta injusta específica penal, dada su cualificación, sea más difícil de neutralizar que una conducta injusta que no alcance el nivel penal (véase Supra, subapartado 4).

De acuerdo a lo anterior, si nos encontramos ante intereses no direccionalmente coincidentes, como suele ser el caso en situaciones análogas a las de alternatividad o subsidiariedad del concurso de leyes entre tipos delictivos, habrá que atender al interés justificante que permita la neutralización; a mi juicio el caso de uso de armas de fuego aludido en texto es precisamente uno de alternatividad, dada la diversa fundamentación de las causas de justificación concurrentes (véase la situación doctrinal y jurisprudencial españolas en Cuerda Riezu, *ibidem*, pp. 529-530, 533- 535; Cerezo Mir, «Curso... II», *op. cit.*, pp. 55-56).

Si los intereses son direccionalmente coincidentes, como acostumbrará a suceder en relaciones análogas a las de especialidad y consunción del concurso de leyes, sólo procederá el efecto oclusivo de la justificación más especial o de la consumente si se apre-

— Tampoco las conductas amparadas en una autorización administrativa antijurídica, pero aún no anulada, o la constatación, en relación con el delito de resistencia, de actos de la autoridad administrativamente ilícitos pero lícitos desde la perspectiva de poderse oponer a ellos (226), permiten hablar de una antijuricidad administrativa discordante de la penal, siempre que estemos ante valoraciones direccionales coincidentes de una misma conducta.

En realidad en ambas hipótesis se confunden los planos de la calificación jurídica que merece la actuación de la autoridad administrativa, y la que corresponde al comportamiento del que ha obtenido la autorización o cumple la orden ilícita de la autoridad. Aquella será antijurídica, tanto administrativa como penalmente en todo momento (227), a salvo de la concurrencia de una justificación que, en cualquier caso, incidirá sobre la ilicitud de ambos sectores; éste estará justificado, tanto administrativa como penalmente (228), sea por el ejercicio de un derecho o por la obediencia debida (229).

Las conclusiones de todo este subapartado, en último término, coinciden con aquellas a las que han llegado numerosos críticos de Günther en el sentido de afirmar que todo habla a favor de considerar estos supuestos como causas de justificación, sin necesidad de categorías adicionales (230).

cia en éstas una finalidad restrictiva de la neutralización del injusto específico frente a las genéricas o consumidas, pero no si las primeras tienen una finalidad ampliatoria; a mi juicio eso lleva a que la no concurrencia del art. 417 bis no impida la apreciación, si se da, del art. 8.7 (véase al respecto Díez Ripolles, «El art. 417 bis...», *op. cit.*, pp. 118-120; llega al final a la misma conclusión desde otro punto de vista Cuerda Riezu, *ibidem*, pp. 553-555).

(226) Véase al respecto Günther, *Supra*, apartado II, en especial nota 39. Confróntese además Perron, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, pp. 105-106.

(227) En el primer caso desde su declaración de nulidad.

(228) En el primer caso, al menos mientras no se haya producido la anulación.

(229) El problema al que aludimos está directamente relacionado con los actos y mandatos estatales antijurídicos, así como sobre su obligatoriedad, tema en el que ahora no nos podemos detener. Véase por todos, muy documentadamente, Cerezo Mir, «Curso... I», *op. cit.*, pp. 429-434; del mismo, «Curso... II», *op. cit.*, pp. 71-74. Una visión alemana de la situación española en Perrón, *ibidem*, pp. 196-197.

(230) Véase, entre otros, en relación con el consentimiento, las indicaciones en el aborto, y la defensa de intereses legítimos en los delitos contra el honor. Hirsch, «Strafgesetzbuch...», *op. cit.*, p. 9; del mismo, «Die Stellung...», *op. cit.*, p. 35-36; Lenckner, «Schönke-Schröder...», *op. cit.*, pp. 421, 422, en relación con las indicaciones, la defensa de intereses legítimos y el consentimiento presunto, considerando a los tres últimos como meras autorizaciones para actuar; Weber, «Recensión...», *op. cit.*, pp. 277-278, respecto a la defensa de intereses legítimos; Roxin, «Rechtfertigungs...», *op. cit.*, pp. 253-256 respecto al derecho de corrección (aunque véase respecto a consentimiento presunto, del mismo, «Die notstandsähnliche...», *op. cit.*, p. 195); Maurach-Zipf, *op. cit.*, pp. 333-334.

La consideración del sistema de indicaciones en el aborto no la hemos tratado pues será objeto de análisis detenido en el próximo apartado.

7. LA INTRODUCCION DE CONTENIDOS POLITICO-CRIMINALES EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

1. Aclarada la relación entre el injusto penal específico y genérico, y entre el injusto penal y el injusto de otros sectores jurídicos, es preciso a continuación determinar si, pese a todo, la naturaleza de determinados contenidos que en ocasiones es menester integrar en la tercera categoría del delito obliga a encontrar a aquellos un acomodo sistemático específico y diferenciado dentro de esa categoría (231).

Ante todo hemos de recordar que la especial amplitud y generosidad con la que el Derecho Penal atiende a los intereses jurídicos extrapenales en el marco de la tercera categoría del delito no puede hacernos olvidar que su virtualidad está condicionada a su integración en el marco conceptual del juicio de licitud e ilicitud *penal*. Ya hemos tenido ocasión de comprobar cómo el juicio de antijuricidad es uno penal, sin que a ello sea óbice el principio de unidad del ordenamiento ni un concepto unitario de antijuricidad (232). De ahí que esté fuera de lugar la pretensión de algunos de los autores estudiados de negar la naturaleza penal de las causas de justificación, a diferencia de las pretendidas causas de exclusión del injusto penal (233).

De nuevo en este punto la necesaria integración en el art. 8.11 de todo interés extrapenal que no haya encontrado un más preciso encaje en otra causa de justificación expresa acertadamente lo anterior en la regulación española (234).

Por otro lado, no se trata de una acomodación sin más al injusto penal sino que, dada la categoría en la que nos encontramos, la integración se produce en el plano del injusto penal *genérico*, con las importantes peculiaridades que ello implica (235).

Así pues, para que el interés originariamente extrapenal pueda llegar a término debe satisfacer los requisitos de la causa de justificación respectiva, requisitos que son expresión de su fundamento (236). Elementos propiamente penales especialmente característicos de todas las causas de justificación son la primacía otorgada al interés prepon-

(231) En las posturas de Bacigalupo y Laurenzo, *Supra*, apartado III se trataría de localizarlos en una categoría intermedia entre la antijuricidad y la culpabilidad, aunque sin duda más cercana a la primera.

(232) Véanse subapartados 2 y 3 del apartado VI, *Supra*.

(233) Véanse de modo especial Günther, Amelung y, en menor medida, Triffterer, Cobos, *Supra*, apartados II y III. El primer autor parece vacilar en algún momento (*ibidem, in fine*). En contra Schünemann y Kratsch, *ibidem*.

(234) Véase lo dicho en subapartado 2 del apartado VI.

(235) Ya se ha advertido sobre la rechazable confusión entre los planos del injusto penal específico y genérico que se produce con frecuencia en los autores estudiados. Véase *Supra*, subapartados 3 y 6 de apartado V.

(236) Véanse Carbonell Mateu, *op. cit.*, pp. 118-119, 124-130, 136-140, 144-153, 157-162, 182-183; Cobo del Rosal-Vives Antón, *op. cit.*, pp. 35, 363, 378.

derante (237), en el marco ampliado de la ponderación de valores como fundamento de toda justificación (238), y la ineludible presencia del elemento subjetivo.

2. Pues bien, nada impide que en la dilucidación de cual sea el interés preponderante o en la misma configuración de alguno de los intereses en conflicto jueguen un papel importante contenidos de oportunidad.

No olvidemos que ellos ya han desempeñado una función significativa en la modelación del injusto específico (239), por lo que parece razonable pensar que, sin caer en la mezcla de contenidos y planos valorativos entre el injusto penal específico y genérico (240), también en este último debe producirse una notable intervención de elementos de tal naturaleza.

No hay, por consiguiente, motivos para limitar el contenido de la justificación a una confrontación entre bienes jurídicos a la luz de su jerarquía en una apriorística ordenación valorativa, ni siquiera si ésta se relativiza atendiendo a las circunstancias del caso concreto (241). El paso, aceptado mayoritariamente por la doctrina (242), de la mera ponderación de bienes a la ponderación de intereses no supone, a mi juicio, simplemente prestar atención a las diferentes concreciones de los bienes colidentes en la situación aislada, sino que implica igualmente introducir criterios de conveniencia en la verificación del injusto penal genérico a través de la justificación (243).

(237) Véase, con especial atención al art. 8.11, Carbonell Mateu, *ibidem*.

(238) No es éste el momento de tratar detenidamente el problema de si cabe encontrar un fundamento único a las causas de justificación. Comparto, en todo caso, las líneas básicas de la tesis de Noll expuesta. en «Tatbestand und Rechtswidrigkeit...», *op. cit.* Véanse por todos Carbonell Mateu, *op. cit.*, pp. 21-64; Cerezo Mir, «Curso... I», *op. cit.*, pp. 405-407.

(239) Véase Supra, apartado V.1.

(240) Véase Supra, subapartados 3 y 5 del apartado V.

(241) Véase, sin embargo, en tal sentido decididamente Laurenzo, Supra, apartado III, quien, con todo, reconoce que su punto de vista puede llegar a considerarse como una concepción demasiado estricta de la ponderación de intereses, opuesta a las ideas hoy dominantes (*op. cit.*, pp. 240-242).

(242) Véase por todos Cerezo Mir, «Curso... II», *op. cit.*, pp. 21, 31-33, 37.

(243) Véanse en la misma línea Perrón, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, pp. 231, 182, 219, 104; del mismo, «Strukturprinzipien...», *op. cit.*, p. 18; Volk, *op. cit.*, pp. 877-879, 884; Muñoz Conde, «Recensión a "Rechtfertigung und Entschuldigung"», de Eser-Fletcher, en *CPC*, n.º 35, pp. 608-609; Carbonell Mateu, *op. cit.*, pp. 144-153, 182, 183; Kratsch, *op. cit.*, pp. 223-224, 257; Bloy, «Die dogmatische...», *op. cit.*, p. 248-253; Roxin, Supra, nota 82. Véase asimismo, desde su concepto fundamentador de la justificación, Gimbernat Ordeig, «El estado de necesidad...», *op. cit.*, pp. 227-228.

Crítica incluso el mero hecho de partir de la ponderación de intereses, en detrimento de aspectos de control e institucionales, en relación con la postura de Günther, Hassemer, *op. cit.*, p. 352.

El confinamiento de tales componentes en una subcategoría dentro de la antijuricidad, o su traslado incluso a una nueva categoría, merece serias objeciones: Además de contrastar con la plena e indiferenciada integración en el injusto específico de sus correspondientes contenidos de oportunidad (244), supone ante todo una renuncia, en algunos casos sorprendente (245), a enriquecer politicocriminalmente de un modo pleno la categoría de la antijuricidad. En efecto, por lo que se refiere a las causas de justificación, se mantiene una concepción de lo que sea el injusto penal genérico desligada de las actuales tendencias encaminadas a vincular de modo más estricto el Derecho a la realidad social y a sus contingencias, y que están presentes en todos los sectores jurídicos y no sólo en el penal (246).

Por otra parte, tales actitudes exigen a la justificación tareas que no le corresponden descuidando a su vez otras que sí le competen (247); asimismo, las nuevas causas de exclusión de lo injusto configuradas adolecen del defecto de fundarse de un modo excesivo en consideraciones de conveniencia (248), con el efecto acompañante de crear inseguridad jurídica dada su mayor dificultad de precisión

(244) Hay escasas voces hoy en día que hablen a favor de incluir las referencias político-criminales del tipo en una subcategoría específica. Entre ellas destaca sin duda la de Sax, «Tatbestand und Rechtsgutverletzung (I)», *Juristenzeitung*, 1976, pp. 9 y ss., 80 y ss.; del mismo, «Der Verbrechenssystematische Standort der Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch», *Juristenzeitung*, 1977, pp. 326 y ss.

(245) Sin duda lo es el que Günther y buena parte de sus seguidores hayan decidido mantener al margen de referencias político-criminales a las causas de justificación, en lugar de realizar una completa reformulación en ese sentido de toda la categoría.

Por lo que se refiere al primer autor cabe señalar cómo, pese a que asume la idea de que todas las categorías del delito, incluida la antijuricidad, deben contener referencias teleológico materiales o funcionales, cuyos contenidos básicos pretenden identificar, a que critica el carácter demasiado estricto de la teoría del interés preponderante, y a que finalmente acepta que las causas de justificación terminan teniendo una concreción positiva a tenor de las funciones propias del Derecho Penal, sin embargo, fundándose sustancialmente en las exigencias del concepto unitario de antijuricidad, considera obligado alojar las reflexiones político-criminales en una subcategoría nueva, véase *Supra*, apartado II.

(246) Véanse por todos, con abundantes referencias bibliográficas, Volk, *op. cit.*, pp. 870 y ss., en especial 886-888; Bloy, «Die dogmatische...», *op. cit.*, pp. 239-249; del mismo, «Die Beteiligungsform...», *op. cit.*, pp. 30-45; Perrón, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, pp. 53-54, 62-63, 68, 80, 166, 168, 172-173.

(247) Véase respecto a lo primero las reflexiones contenidas en el subapartado 2 del apartado V sobre la limitada fuerza expresiva de la justificación, y en relación con lo segundo lo acabado de decir sobre la ineludible introducción de contenidos de oportunidad en la justificación.

(248) Véanse las interesantes afirmaciones de Volk, *op. cit.*, pp. 900-905 sobre la función crítica y legitimadora de las actuales categorías del delito, que les lleva a actuar de filtro en la necesaria introducción en la teoría jurídica del delito de contenidos de oportunidad, función que no se podría satisfacer si se opta por incluir tales componentes de modo separado a través de categorías nuevas.

(249) y, por lo que se refiere a Günther y sus más fieles seguidores, obtienen parcialmente resultados distintos a los pretendidos en cuanto que restringen en la práctica el ámbito de exclusión de lo injusto al limitar los efectos de determinadas hipótesis hasta ahora justificantes (250).

Los imprescindibles componentes de oportunidad citados pueden tener un origen extrapenal o penal supraespecífico, es decir, no ligado al injusto penal específico cuya neutralización se plantea. En cualquier caso ese diferenciado origen no puede dar pie a una pretendida contraposición entre reflexiones de política jurídica y reflexiones de política criminal. Nos encontramos en el injusto penal genérico y en él tienen acogida todas las reflexiones de oportunidad procedentes de cualquier sector jurídico, o del propio Derecho Penal con la ineludible excepción de las que sirven para caracterizar el injusto penal típico: En tanto se integren cualesquiera de aquellas en el marco conceptual y estructural de la justificación, pasan a ser sin excepción contenidos político criminales y no meramente políticojurídicos (251).

La falta de comprensión de esa transformación fomenta, sin duda, distinciones superfluas dentro de la categoría de la antijuricidad (252), o incorrectas entre ésta y el tipo o la residual categoría de la punibilidad (253).

(249) Aluden a este problema en relación con las tesis de Günther, Weber, *op. cit.*, p. 277; Baumann-Weber, *op. cit.*, p. 261; Roxin, «Rechtfertigungs...», *op. cit.*, pp. 255-256.

(250) Me refiero a la posibilidad de la legítima defensa de la víctima que surge respecto a las eximentes que son trasladadas del ámbito de la justificación al de la exclusión del injusto penal. Véase al respecto lo ya dicho en subapartado 2 de apartado IV y Jescheck, *op. cit.*, p. 290.

(251) Mantiene una postura cercana a la acabada de exponer Volk, *op. cit.*, pp. 888-893.

(252) Véase de modo especial cómo Amelung pretende profundizar en la tesis de Günther por la vía de residenciar las reflexiones «político-jurídicas» en la justificación y las «político-criminales» en las causas de exclusión del injusto penal, Supra, apartado III. El mismo Günther, Supra, apartado II considera inconsonante con el principio de unidad del ordenamiento incluir reflexiones político-criminales en la justificación, debiéndose limitar, todo lo más, a las político-jurídicas.

(253) Respecto a lo primero obsérvese Supra, apartado III cómo Triffterer elabora una distinción entre causas de exclusión del tipo y de la antijuricidad que, más allá de la distinción entre injusto específico y genérico, atiende al carácter específicamente penal o no de los criterios utilizados.

Respecto a lo segundo es de destacar la opinión de Bloy, «Die dogmatische...», *op. cit.*, pp. 212-213, 223-227, 238-239, 249-252, para quien las causas de exclusión basadas en intereses político criminales deben ser trasladadas al injusto, mientras que las basadas en intereses político jurídicos deben permanecer en la categoría residual de la punibilidad.

A su vez Roxin, «Rechtfertigungs...», *op. cit.*, pp. 259-262, ha manifestado que las causas de exclusión vinculadas a reflexiones político-criminales deben ser trasladadas a la exculpación, dejando en la punibilidad las ligadas a intereses extrapenales.

Actitud inversa e igualmente rechazable es la que cree que la caracterización políticocriminal de determinados elementos de la justificación autoriza a atribuirles efectos inmediatos sobre los elementos político-criminales del injusto específico, olvidando el diverso plano valorativo en que se mueven unos y otros y que los primeros sólo pueden incidir sobre los segundos de modo mediato, integrados en la correspondiente causa de justificación y de acuerdo a la función de ésta (254).

Asimismo la presencia de componentes político criminales de origen penal supraespecífico en la justificación en ningún caso debe suponer un obstáculo a la identidad de efectos de ésta sobre el injusto específico penal y el extrapenal que sirve de base al anterior, siempre que sigamos identificando correctamente los términos de la comparación, y se trate, por tanto, de una misma conducta y de injustos direccionalmente coincidentes (255).

3. Sin duda, un análisis detenido de los requisitos de las causas de justificación tal y como ahora se entienden mostraría en qué importante medida una buena parte de ellos están impregnados de contenidos de oportunidad y conveniencia, y no simplemente valorativos o lógico-sistemáticos (256).

A falta de ese análisis minucioso, cuyo lugar para emprenderlo no puede ser éste, vamos a referirnos brevemente a un caso especialmente significativo, como es la causa de justificación que contiene el sistema de indicaciones en el aborto. La elección tiene mayor valor por tratarse precisamente de una hipótesis que, al decir de Günther y sus seguidores, constituye uno de los más claros ejemplos de la existencia de causas de exclusión de lo injusto penal, o en su caso de eximentes a incluir en la categoría de la atribuibilidad (257). Por otro lado, la regulación alemana en el parág. 218 *a*) y la española en el art. 417 bis guardan grandes semejanzas.

Es más, la inclusión de todos los requisitos formales en el propio art. 417 bis español, a diferencia de la regulación alemana que saca una buena parte de ellos de la eximente construyendo con ellos tipos delictivos independientes (258), hace que la pretensión de mantener el

(254) El problema lo hemos tratado, de modo general y sin limitarnos a los contenidos de oportunidad, en subapartados 3 y 5 del apartado V.

(255) En línea con el principio de unidad del ordenamiento y el concepto unitario de antijuricidad más arriba defendido. Véase *Supra*, apartado VI.

(256) Obsérvese la imbricación entre todos esos aspectos que reconoce un seguidor de Günther, como Schünemann, al criticar la postura de Amelung negadora de contenidos específicos político-criminales en la justificación. Véase *Supra*, apartado III.

(257) Véanse especialmente Günther, *Supra*, apartado II, y Bacigalupo y Laurenzo, *Supra*, apartado III. Mantiene una postura poco clara Cobos, *Supra*, apartado III.

(258) Véase al respecto ampliamente Díez Ripollés, «El art. 417 bis del Código Penal y su naturaleza jurídica», *op. cit.*, pp. 103-104.

sistema de indicaciones como una causa de justificación para de una situación, desde la visión de los autores criticados, más desfavorable en España que en Alemania.

Pues bien, creo haber demostrado en otro lugar (259) que el art. 417 bis es efectivamente una causa de justificación de estado de necesidad específico cuya peculiaridad más remarcable reside en que en la ponderación de intereses, además de ocupar un lugar destacado, por un lado, determinados intereses de la embarazada, como su vida e integridad física y psíquica o su derecho a una maternidad no impuesta, y de la sociedad, como el aseguramiento de la calidad de vida de sus ciudadanos, y por otro, el interés social en la vida del nasciturus, se añaden otros intereses, que he denominado sociales instrumentales.

Estos, que son los que explican la abundante presencia de requisitos formales en el art. 417 bis, aspiran a garantizar ciertas pretensiones socioestatales, tales como la conveniencia de asegurar una ejecución adecuada del aborto que evite intervenciones precipitadas o peligrosas, la importancia de consolidar una normal aplicación de la ley en los supuestos despenalizados, o la oportuna prestación de ayudas sociales a las que abortan (260).

Parece claro que estos últimos intereses, que enriquecen la ponderación y que son los que terminan decantando la balanza a favor de la justificación de la intervención abortiva, tienen una naturaleza estrictamente político-criminal, basándose en razones de oportunidad y conveniencia originariamente extrapenales o penales supraespecíficas, según los casos.

Sin embargo, ese fuerte componente político-criminal no supone ningún obstáculo para, en línea con la opinión dominante (261), mantener la eximente inserta dentro de los parámetros de la justificación, sin necesidad de asignarle un lugar sistemático diferenciado. Por el contrario, nos tropezamos con una causa de justificación especialmente matizada y ponderada, significativamente más rica que el estado de necesidad genérico, con el que se encuentra en relación de especialidad sin que, por lo demás, se produzca ninguna solución de continuidad con él (262).

(259) Véase Díez Ripolles, *ibidem*, pp. 69-122.

Un entendimiento similar, desde la perspectiva de la regulación alemana, mantiene Perrón, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, pp. 103-104, 231.

(260) Mantiene una postura contraria a la inclusión de esos intereses sociales instrumentales en la ponderación de intereses propia de las indicaciones del aborto, Laurenzo Copello, *Supra*, apartado III y nota 241. A sus principales argumentos se ha atendido ya en subapartados anteriores.

(261) Véase un análisis de las posturas doctrinales española y alemana en Díez Ripolles, «El art. 417 bis...», *op. cit.*, pp. 91-102; Laurenzo Copello, *op. cit.*, pp. 145-184.

(262) Véase al respecto Díez Ripolles, «El art. 417 bis...», *op. cit.*, pp. 118-122, y lo dicho *Supra*, apartado IV.3, nota 108 y apartado VI.5, nota 225.

4. En realidad, con las reflexiones de los subapartados anteriores hemos abierto la problemática a un tema de carácter más general, que supera con creces el ámbito propio de la categoría de la antijuricidad, así como el objeto de este trabajo, de modo que he de limitarme a insinuar algunos puntos de vista personales en directa relación con posturas mantenidas por los autores estudiados. En efecto, aceptada casi unánimemente la introducción de contenidos de oportunidad y conveniencia en la teoría jurídica del delito, uno de los primeros problemas que surgen es el de cuál sea la vía de integración sistemáticamente más adecuada. Resultan al respecto especialmente ilustrativos los diversos intentos realizados para residenciar en la teoría jurídica del delito los conceptos de merecimiento y/o necesidad de pena considerados como soportes de los contenidos aludidos (263).

La pretensión de integrar todos ellos en una nueva categoría específica (264), o de reservar la vaporosa cuarta categoría del delito, en España denominada de la punibilidad, como lugar preferente de acogida de tales referencias (265), supone cabalmente renunciar a realizar una auténtica profundización político-criminal de la teoría jurídica del delito en cuanto que aspira, en la medida de lo posible, a dejar indemne de referencias de oportunidad al injusto culpable, confinando tales contenidos a una categoría residual y, en la mayoría de las propuestas, escasamente estructurada (266).

Sin negar los méritos que le corresponden en la consolidación de las tendencias a enriquecer la teoría jurídica del delito con contenidos político-criminales (267), la última crítica aludida afecta en buena medida igualmente a la conocida propuesta de Roxin, que se ha mostrado finalmente como una proclive a confinar los conteni-

(263) Opto en estos momentos por un tratamiento indiferenciado de ambos conceptos, dados los limitados fines de este trabajo en este punto. Renunciamos, por tanto, al análisis de las diferentes opiniones doctrinales relativas a si los dos conceptos deben contener referencias político-criminales y cual deba ser, en consecuencia, su distribución, o si sólo han de incluirse en uno de ellos y cuál haya de ser éste.

Véase con todo una actitud escéptica sobre la consistencia de la distinción entre merecimiento y necesidad de pena en Volk, *op. cit.*, pp. 894-899.

(264) Véase de modo especial en este sentido Langer, *op. cit.*, pp. 275-276, 327-328, 339-345.

(265) Véanse referencias a la doctrina alemana dominante en esa línea en Volk, *op. cit.*, pp. 881-883. La tendencia, en menor medida, se aprecia también en la doctrina española: véase al respecto, entre otros, Cerezo Mir, «Curso...», *op. cit.*, pp. 254, 320, 347-348.

(266) Se manifiestan críticamente en este sentido Volk, *op. cit.*, pp. 875-879; Bloy, «Die dogmatische...», *op. cit.*, pp. 231-242; Otto, *op. cit.*, pp. 53-54, 57-66, 67-69.

(267) Véase lo dicho, *Supra*, apartado I.

dos de oportunidad y conveniencia exclusivamente en una subcategoría de la culpabilidad o responsabilidad, y en la punibilidad (268).

Frente a estos planteamientos, Günther y algunos de sus seguidores han optado por la solución, metodológicamente más correcta, de asignar a cada una de las categorías delictivas un componente político-criminal expresado en el correspondiente merecimiento y/o necesidad de pena de cada categoría (269). Ciertamente, con su actitud han conseguido eludir, no sólo las posturas anteriores, sino igualmente aquellas que, asignando en general a todas las categorías del delito componentes político-criminales, terminan difuminando éstos, de modo indiferenciado y sin sustantividad propia, en los actuales contenidos del injusto culpable y punible, de forma que las referencias al merecimiento y/o necesidad de pena no pasan de ser en cada categoría una vaga mención a pautas globales de interpretación, expresivas, todo lo más, del aspecto material o final frente al formal o valorativo, respectivamente, de la teoría jurídica del delito (270).

Ahora bien, en contrapartida, Günther y parte de sus seguidores han consolidado y relativamente independizado, como una especie de subcategorías ínsitas en cada una de las categorías del delito, las formulaciones abstractas de merecimiento y/o necesidad de pena, lo que origina consecuencias indeseables:

En primer lugar, porque da una solución sólo aparente y nominalista al verdadero problema consistente en identificar los *concretos* contenidos político-criminales propios de cada categoría delicti-

(268) Véase al respecto Roxin, «Política criminal...», *op. cit.*, pp. 39 y ss; del mismo, «Rechtfertigungs...», *op. cit.*, pp. 256-262, donde claramente afirma que la necesidad de pena, como expresiva de intereses político-criminales, debe reconducirse a la responsabilidad, mientras que en la punibilidad deben permanecer los intereses político-jurídicos o extrapenales en general.

A todo ello deben añadirse las frecuentes críticas a la escasa o nula capacidad discriminadora de las funciones político-criminales originariamente asignadas por Roxin al tipo y a la antijuricidad; véanse al respecto, Cerezo Mir, «Curso... I», *op. cit.*, pp. 256-257; Volk, *op. cit.*, pp. 888-891; Muñoz Conde, «Introducción», en *Política criminal...*, de Roxin, *op. cit.*, p. 12; Amelung, *Supra*, apartado III.

Véase un análisis concordante con el realizado sobre la postura de Roxin, en Bloy, «Die Beteiligungsformen...», *op. cit.*, pp. 31, 38-39; del mismo, «Die dogmatische...», *op. cit.*, pp. 240-241; Volk, *op. cit.*, p. 889; Günther, *Supra*, apartado II.

(269) Véanse Günther, *Supra*, apartado II, y Amelung, Bacigalupo, Mir Puig, *Supra*, apartado III.

(270) Con posturas no coincidentes, cabe incluir en este grupo a las tesis de Schmidhäuser, «Strafrecht, Allgemeiner Teil...», *op. cit.*, pp. 27-31, 156-157; Bloy, «Die Beteiligungsformen...», *op. cit.*, pp. 30-44; del mismo, «Die dogmatische...», *op. cit.*, pp. 228-236, 239-254; Otto, *op. cit.*, pp. 53-54, 56-70.

Adoptan una actitud crítica hacia las tesis anteriores, en la línea expresada en texto, Volk, *op. cit.*, pp. 879-881, 891-893; Langer, *op. cit.*, pp. 332-333.

va (271). En segundo lugar, porque la utilización de los mismos conceptos de merecimiento y/o necesidad de pena en las diversas categorías suministra un indeseado apoyo a la movilidad intercategorial de los contenidos de conveniencia y oportunidad, en cuanto susceptibles de alojarse, en todo caso, en conceptos terminológicamente idénticos (272). A ello se añade el fomento de la aproximación entre las categorías del delito, en la medida que comparten una misma subcategoría (273).

En consecuencia, quizá de modo inconsciente, se sientan las bases para una pérdida importante de la capacidad expresiva del sistema de imputación jurídico-penal, creando el riesgo de su nivelación valorativa y difuminación categorial, logrando resultados diametralmente opuestos a los pretendidos (274): Descuidando la estructura secuencial y valorativamente acumulativa del concepto analítico del delito difícilmente se va a lograr la deseada profundización en la capacidad discriminatoria del sistema, fin último al que se aspira con la introducción de contenidos político-criminales en el concepto de delito.

En efecto, tan importante como identificar correcta y diferencialmente los contenidos político-criminales a incluir en el sistema de imputación jurídico-penal lo es el determinar *dónde* deben integrarse de modo exclusivo o cuasi-exclusivo cada uno de ellos. De ahí que lo acertado sea proceder a una identificación precisa e individualizada de los componentes de oportunidad y conveniencia *propios de cada categoría*, en la cual deberán insertarse directamente, es decir, sin necesidad de conceptos abstractos mediadores, así como asegurando lo más posible su estanqueidad. Sólo en tales condiciones la incorporación de elementos político-criminales a la teoría jurídica del delito asegura un enriquecimiento del sistema de imputación paralelo a un mayor aprovechamiento de sus potencialidades sistemáticas: La integración de los nuevos componentes en las categorías actuales no sólo

(271) Sobre la indeterminación y falta de contenido de los conceptos de merecimiento y necesidad de pena, véanse Volk, *op. cit.*, pp. 894-902; Perrón, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, p. 64.

(272) Véase lo que se dirá al respecto *Infra*.

(273) Aluden críticamente a la excesiva aproximación entre las diversas categorías Perrón, «Strukturprinzipien...», *op. cit.*, pp. 7-9, 13; del mismo, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, pp. 86-87, 123-133, 218, 221-222, 224, 227-230, con expresa referencia, entre otros, a Günther; Schünemann, *op. cit.*, pp. 301-302. Véase asimismo Frisch, *op. cit.*, pp. 502-504.

Hirsch, «Leipziger...», *op. cit.*, p. 9, y «Die Stellungnahme...», *op. cit.*, p. 35-36, considera, exageradamente, en directa alusión a Günther, que la introducción del concepto de merecimiento de pena en la antijuricidad supone privar a ésta de su función propia y proceder a la voladura del sistema del hecho punible.

(274) Véase al respecto lo dicho *Supra*, apartado I.

las completa valorativamente sino que simultáneamente las consolida en su especificidad (275).

La matizada caracterización del injusto culpable así obtenida no debe suponer cerrar el paso a una eventual última categoría del delito, la punibilidad, comprensiva de contenidos propios, quizá exclusivamente político-criminales con la cualidad añadida de ser difícilmente encuadrables en los contextos categoriales precedentes (276), y que está apremiantemente necesitada de estudios más detenidos (277). En cualquier caso no puede continuar siendo un cajón de sastre donde se guarda todo aquello que no se acierta a conceptualizar o fundamentar debidamente, ni tampoco debe servir de soporte a distinciones fuertemente cuestionadas como la de necesidad frente al merecimiento de pena, o la de intereses político-jurídicos frente a los estrictamente político-criminales (278).

5. Por otro lado, la movilidad intercategoriaal fomentada por los conceptos abstractos mediadores, a la que hemos aludido, no sólo repercute en el recorte de las potencialidades sistemáticas, sino que conlleva igualmente un empobrecimiento de los contenidos político-criminales. Esto se aprecia en destacados autores objeto de nuestro estudio de dos formas:

— En primer lugar, al hacer girar todas las referencias político-criminales del merecimiento de pena fundamentalmente en torno a la idea de proporcionalidad, presente en todas las categorías aunque con

(275) Mantiene una postura cercana a la expresada en texto, Perrón, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, pp. 53-54, 93, 166, 168, 172-173, 219, 227; Schümenann, *op. cit.*, pp. 301-303, 305; Volk, *op. cit.*, pp. 872-874, 887, 899-900.

Véanse conclusiones similares desde una perspectiva más global, focalizada en el fenómeno de la normativización de la teoría jurídica del delito, en Díez Ripolles, «Los elementos subjetivos...», *op. cit.*, pp. 317-318; del mismo, «Recensión al libro de Perrón, "Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht"», *ADPCP*, 1988, pp. 1090-1091.

(276) Véase lo dicho en apartado VII.2, y en especial en nota 248.

(277) Sobre la problemática de la independencia sistemática y material de la categoría de la punibilidad en España, véase en especial Cerezo Mir, «Curso... I», *op. cit.*, pp. 254-256. Asimismo, Muñoz Conde, «Introducción», en *Política criminal...*, *op. cit.*, pp. 12-13; Mir Puig, *Supra*, apartado II. En Alemania véanse, por todos, Schmidhäuser, «Strafrecht...», *op. cit.*, pp. 27-31, 156-157; del mismo, «Sobre la sistemática...», *op. cit.*, pp. 41-46; Volk, *op. cit.*, pp. 881-885, 899-905.

(278) Véanse, sin embargo, estas últimas tendencias, por más que en una actitud más amplia, ya aludida, sobre la problemática de este subapartado, en Bloy, «Die dogmatische...», *op. cit.*, pp. 212-213, 223-227, 238-239, 249-254; Roxin, «Rechtfertigungs...», *op. cit.*, pp. 256-262.

Véase críticamente sobre las dos contraposiciones mencionadas, *Supra*, nota 263 y apartado VII.2, respectivamente. Asimismo Volk, *op. cit.*, pp. 890-899.

una especial influencia en la antijuricidad (279). Pero tal concepto, por lo que se refiere a esta última categoría, resulta claramente insuficiente: Ante todo, porque la proporcionalidad, al menos de la forma que la concibe Günther (280), se identifica con una generosa ponderación de intereses, exigencia esta última ya firmemente establecida en la justificación, por lo que en sí misma aquella referencia no supone ningún avance en la profundización político-criminal de la tercera categoría del delito (281); el avance comienza a darse donde acaba esa idea de proporcionalidad, esto es, cuando ella se concreta en la introducción en la ponderación de nuevos intereses, hasta ahora no considerados, y con fuertes componentes de oportunidad y conveniencia.

Lo acabado de decir hace difícilmente explicable que se quiera construir la pretendida distinción entre causas de exclusión de lo injusto genuinas o no sobre el concepto de proporcionalidad: Las no genuinas, es decir, las incuestionadas causas de justificación, son precisamente las que han introducido la idea de la ponderación de intereses y, por ello, de la proporcionalidad, en la antijuricidad.

Asimismo, no resulta dificultoso encontrar componentes político-criminales fuera de la ponderación de intereses en las causas de exclusión de lo injusto; piénsese, sin ir más lejos, en la intensa normativización de los elementos subjetivos de la teoría jurídica del delito a la que no escapan sus homólogos de la exclusión de la antijuricidad (282).

En definitiva, la idea de proporcionalidad así entendida no añade nada nuevo a la antijuricidad, carece de capacidad diferenciadora de contenidos entre las dos supuestas clases de exclusión de lo injusto, y confina las aportaciones político-criminales a un sólo aspecto, por más que importante, de la exclusión de la antijuricidad, sin considerar las coloraciones político-criminales de los restantes requisitos y menos aún la posible introducción de otros nuevos con esas connotaciones a partir de nuevas exigencias sociales.

(279) Véase especialmente Günther, *Supra*, apartado II y, en menor medida, Amelung y Mir, *Supra*, apartado III.

(280) Véase Günther, *ibídem*.

(281) Véase al respecto lo dicho *Supra*, apartado VII.2 y 3.

También Hassemer, *op. cit.*, p. 352 critica a Günther por haber acudido, para dotar de contenido a sus propuestas, a la idea de la contraposición de intereses, que no considera la más adecuada metodológicamente.

(282) Véase Díez Ripollés, «Los elementos subjetivos...», *op. cit.*, pp. 21 y ss.

Crítica expresamente el uso del principio de proporcionalidad como expresión del merecimiento de pena en detrimento de otras referencias, Bacigalupo, *Supra*, apartado III. También, críticamente, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, Weber, *op. cit.*, p. 277. Se aparta de Günther en este punto Schünemann, *Supra*, apartado II.

— En segundo lugar, al acabar siendo reconducidos tales componentes político-criminales, sea mediatamente a través del origen mismo del concepto de proporcionalidad erigido como referencia fundamental, sea por medio de su atribución directa a los conceptos de merecimiento y necesidad de pena, a la teoría de los fines y límites de la pena (283).

De este modo, resulta que el «enriquecimiento» político-criminal de la teoría jurídica del delito acaba reduciéndose a asegurar que las ideas vinculadas a los fines y límites de la pena se esparzan lo más posible por todas las categorías del delito, con frecuencia sin importar su grado de indiferenciación o superposición. En esta labor de nivelación valorativa parece haberle llegado la hora a la antijuricidad, o a categorías intermedias entre ésta y la culpabilidad, una vez que ya se ha logrado con la culpabilidad y aún con el tipo (284).

Tal hipervaloración y absolutización de las referencias a los fines y límites de la pena, que ya posee una cierta tradición, se produce en la antijuricidad en detrimento de una puesta en primer plano, ante todo, del propio contenido de la norma, y, en general, en menoscabo de los llamados ideales jurídico-penales que han cristalizado, entre otras cosas, en un depurado sistema de exigencia de responsabilidad personal.

Por el contrario, son los componentes fundamentales y originales de la antijuricidad, que en ningún caso pueden quedar reducidos a meros límites a la teoría de los fines de la pena, los que deben marcar el ámbito de juego donde insertar las genuinas referencias político-criminales de la antijuricidad (285).

(283) Véanse Günther, *Supra*, apartado II, quien atribuye al principio de proporcionalidad, considerado decisivo en la antijuricidad, básicamente la función de limitar los resultados a los que pudiera llegarse atendiendo únicamente a la teoría de los fines de la pena, y Bacigalupo, *Supra*, apartado III, quien realiza una más directa involucración de la teoría de la pena en la antijuricidad y categorías cercanas.

(284) Véase sobre esta última categoría especialmente la postura de Amelung, aludida *Supra*, apartado III, y asumida por Cobos, *ibidem*.

(285) Véase más ampliamente, y desde una perspectiva más genérica, Díez Ripolles, «Recensión...», *op. cit.*, pp. 1086-1087, 1090-1091; del mismo, «Los elementos subjetivos...», *op. cit.*, pp. 318-319.

Véase un planteamiento cercano al expuesto en texto en Perrón, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, pp. 28-29, 30, 34, 42, 49, 52, 67, 80, 85-86, 225, 227. Véanse también Schünemann, *op. cit.*, pp. 302, y, en general, sobre la improcedencia de identificar la teoría del Derecho Penal con la teoría de la pena, Kaufmann, *Arm. «Teoría de las normas»*, *op. cit.*, pp. 386-387.

Por el contrario, una postura también muy expansiva de los contenidos sobre fines de la pena a lo largo de todas las categorías delictivas muestra, entre otros, Bloy, «Die dogmatische...», *op. cit.*, pp. 242-247; del mismo, «Die Beteiligungsform...», *op. cit.*, pp. 35-44.

Se trata, como hemos señalado, de desarrollar una nítida separación entre los componentes político-criminales propios de cada categoría delictiva, lo que presupone la profundización en el fundamento de cada una de ellas y el consecuente progreso en su diferenciación. La teoría de los fines de la pena tiene sin duda un papel que desempeñar en la identificación y configuración de tales componentes pero, ni puede pretender la ubicuidad, ni conformar bajo sus presupuestos elementos de muy diverso origen y funciones ajenos a ella, ni, en sentido contrario, fomentar una sustantividad material o sistemática fuera del ámbito que le es propio, a elementos a ella vinculados (286).

(286) No es éste el momento para determinar el lugar sistemáticamente adecuado, ni los contenidos a considerar, de la teoría de los fines y límites de la pena, sea de forma unitaria o diferenciada. En cualquier caso véanse opiniones reticentes a una problemática localización en la culpabilidad muy extendida doctrinalmente, en Cerezo Mir, «Curso... I», *op. cit.*, pp. 256-257; del mismo, «Curso... II» *op. cit.*, pp. 25-26; del mismo, «Culpabilidad y pena», en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, 1982, pp. 181 y ss; Muñoz Conde, «Introducción», en *Política...*, *op. cit.*, p. 12; Perrón, «Rechtfertigung...», *op. cit.*, pp. 54-55, 62-63, 68-70, 226-227, 231, entre otros.

Abogan por una profundización en este tema Schünemann, *op. cit.*, p. 302; Perrón, *ibidem*, p. 227.