

Un problema de antijuridicidad (*) Sobre la racionalización de los contenidos de oportunidad a través de la teoría jurídica del delito

FERNANDO GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO

Universidad de La Laguna

SUMARIO: I. Aproximación al problema.–II. Presupuestos teóricos: 1. Brevemente, sobre la función de la antijuridicidad. 2. Desvalor, valor y contenidos de oportunidad. 3. Perspectivas de enjuiciamiento.–III. Solución legal.–IV. Un problema de antijuridicidad.–V. Un último comentario (sobre las dilaciones indebidas).

I. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA

Si un funcionario de Policía se precipita, y en la persecución de un vehículo, que previamente ha cometido distintas infracciones de tráfico y circula de modo sospechoso dentro de nuestra capital, saca el arma reglamentaria, y en la creencia de que uno de los ocupantes del vehículo perseguido –concretamente, Alejandro Hernán V.– porta en sus manos una escopeta de cañones recortados, efectúa tres disparos hacia el portón trasero, en la trayectoria en que se encuentran sus ocupantes, y hiere gravemente a uno de ellos (1). Puede plantearse la re-

(*) Este trabajo fue elaborado durante una estancia de investigación realizada entre los meses de julio y septiembre de 2005 en la Universidad degli Studi di Firenze, y es deudor de los comentarios y sugerencias realizados por los Profesores Doctores Francesco Palazzo, Roberto Bartoli y Francesco Cingari, a quienes reitero mi agradecimiento.

(1) En concreto se señala que uno de los proyectiles «atravesó el asiento trasero y después el delantero... penetró en su hemotórax izquierdo, teniendo orificio de salida en región subescapular y mamilar izquierdas, sin afectar al pulmón», SAP Madrid

solución de los hechos en sede de antijuridicidad. Incluso si, una vez que se ha detenido a los ocupantes de este vehículo, no se localiza el arma que el funcionario acusado –Miguel T. M.– dice haber visto ni vestigios de un posible uso de la misma (2). Sobre tales presupuestos, la AP apreció de forma incompleta la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, condenando a Miguel T. M. a una pena de un año y dos meses de prisión (3). Mientras que el TS va algo más allá, y aprecia un error vencible de prohibición, en relación con una posible legítima defensa, que ubica –parece– en el momento previo a la realización de los disparos, cuando el «acusado, que conducía el vehículo policial, logró ponerse prácticamente en paralelo al otro vehículo» (4), y de forma incompleta, también, la causa de justificación antes citada –de obrar en cumplimiento de un deber– (5), resultando entonces una reducción de pena de tres grados que se concretan en cuatro meses de prisión (6).

Más allá de las dudas que puedan suscitar estas soluciones (7), la distinción entre elementos esenciales e inesenciales, su diverso signi-

26/2001 (Sección 23.^a), de 30 marzo, hechos probados, precisando que las lesiones requirieron, «además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico consistente en ingreso hospitalario durante tres días y posterior atención médica en centro penitenciario, tardando en curar 30 días». También *Vid.* STS 17/2003, de 15 de enero, fundamentos jurídicos primero, tercero y cuarto.

(2) *Cfr.* SAP Madrid 26/2001 (Sección 23.^a), de 30 de marzo, fundamento jurídico tercero.

(3) SAP Madrid 26/2001 (Sección 23.^a), de 30 de marzo, fundamento jurídico cuarto.

(4) STS 17/2003, de 15 de enero, fundamento jurídico tercero, señalando que «una mayor diligencia, una menor precipitación en el desenlace, hubiera podido poner en duda la existencia de esa hipotética arma, primero, y quizás más tarde comprobar la irrealdad de algo, que fue simple apariencia».

(5) STS 17/2003, de 15 de enero, fundamento jurídico cuarto.

(6) STS 17/2003, de 15 de enero, segunda sentencia, fundamento jurídico único.

(7) En particular, que sobre los elementos fácticos descritos se acepte una doble atenuación sobre un doble fundamento justificante: error vencible sobre los presupuestos de la legítima defensa y de forma incompleta, la circunstancia de obrar en cumplimiento de un deber, *cf.* STS 17/2003, de 15 de enero, fundamentos jurídicos tercero y cuarto. En nuestra doctrina, con carácter general, también SÁNCHEZ GARCÍA, María Isabel, Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad, J. M. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 333 ss., quien, en estos casos, aprecia un concurso de normas permisivas que resuelve –por subsidiariedad– a favor de la legítima defensa. En sentido contrario, a su vez *Vid.* CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte general, II, Teoría jurídica del delito*, 6.^a ed., Tecnos, Madrid, 1998, pp. 303 y, señalando la posibilidad de apreciar un error de prohibición sobre la concurrencia de los restantes componentes inesenciales, 366. Así también, incidiendo en el carácter específico del obrar en cumplimiento de un deber, *Vid.* MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando:

ficado o el tratamiento del exceso en la actuación del agente reflejan –por encima de aspectos como el apuntado– el importante grado de desarrollo que ha alcanzado el discurso doctrinal y jurisprudencial en sede de antijuridicidad (8). Sobre diversos fundamentos, se han cincelado estructuras con componentes de diversa naturaleza y significado que permiten al discurso mayoritario un importante grado de operatividad tanto en la exclusión como en la graduación de lo injusto. Sin embargo, esta categoría encuentra importantes críticas en la discusión actual. Con carácter general, se objeta al discurso mayoritario su sustento en principios –como el interés preponderante– extraños –al menos en su intensidad– a la configuración jurídica de una sociedad que prioriza al ciudadano frente a otro tipo de intereses supraindividuales (9). Sobre ello habrá que redefinir también el supuesto de hecho y el significado de ciertos requisitos. Mayor alcance se advierte en la propuesta de enriquecer este segundo peldaño de la teoría jurídica del delito con contenidos –político-criminales– de oportunidad. Se argumenta al respecto que «tan importante como identificar correcta y diferenciadamente los contenidos político-criminales a incluir en el sistema de imputación jurídico-penal lo es el determinar dónde deben integrarse... 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... 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 aprove-

«El estado de necesidad como ley general», RDPC, 2000/extraordinario 1, pp. 225 ss. Sobre los problemas de error en los presupuestos inesenciales, de forma exhaustiva TRAPERO BARREALES, María A., *El error en las causas de justificación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 359 ss.

(8) A lo que no es ajeno el abundante tratamiento incluso monográfico que se ha prestado tanto a aspectos concretos, en especial, en estos últimos años, a los componentes subjetivos de justificación; como a las diferentes causas de justificación y circunstancias relevantes en esta sede. En particular, sobre la influencia de CÓRDOBA en el tratamiento jurisprudencial de la apreciación incompleta del obrar en cumplimiento de un deber, *vid.* SÁNCHEZ GARCÍA, María Isabel, *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, cit. núm. 7, pp. 178 ss.

(9) Fundamental PAWLIK, Michael, *Der rechtfertigende Notstand*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2002, *passim*. En nuestra doctrina, recientemente SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pp. 1009 ss., quien comprende el estado de necesidad agresivo mediante una redefinición de los ámbitos de organización, especialmente *vid.* pp. 1025 ss. Con anterioridad, también *vid.* BALDÓ LAVILLA, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa*, J. M. Bosch, Barcelona, 1994, *passim*.

chamiento de sus potencialidades sistemáticas: La integración de los nuevos componentes en las categorías actuales no sólo las completa valorativamente sino que simultáneamente la consolida en su especificidad» (10). Pues, en términos problemáticos, este último discurso –aunque sugerente– conlleva una variación sustancial del ámbito y materiales de la categoría de la antijuridicidad.

Con otras palabras, si en el supuesto anterior, suprimimos *ex ante* un presupuesto objetivo esencial de justificación, y negamos ya la necesidad del uso de violencia (11). Supongamos: pese al titubeo inicial, el conductor del vehículo se presta a seguir las orientaciones de los agentes. Y sólo *ex post* (12), una vez que se ha inmovilizado éste y que se han realizado los disparos, añadimos de forma inesperada –desarrollando algo más el ejemplo: dadas la oscuridad y distancia que separaba ambas máquinas– un arma cargada en el vehículo indicado, constatándose desde esta segunda perspectiva que el ciudadano Manuel P. esgrimía durante la persecución una escopeta de cañones recortados en términos próximos a los que arguye el funcionario acusado –Manuel T. M.– en su defensa (13). Entonces estos breves retoques no sólo pueden generar

(10) Díez RIPOLLÉS, José Luis, «La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal», en Diego-Manuel Luzón Peña y Santiago Mir Puig (coords.): Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 166. No obstante, también el mismo, op. cit., p. 157, matizando que es tan sólo «en la dilucidación de cuál sea el interés preponderante o en la misma configuración de alguno de los intereses en conflicto» donde pueden desempeñar «un papel importante contenidos de oportunidad». En esta línea también, *vid.* LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», en Diego-Manuel Luzón Peña y Santiago Mir Puig (coords.): Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 204 ss. Igualmente, objetando a ROXIN la restricción de las consideraciones preventivas a la responsabilidad, CUERDA RIEZU, Antonio, La colisión de deberes en Derecho penal, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 213 ss.

(11) *Cfr.* STS 1496/2000, de 30 de septiembre, fundamento jurídico tercero; STS 1633/2001, de 18 de septiembre, fundamento jurídico quinto; STS 2466/2001, de 24 de diciembre, fundamento jurídico sexto; STS 1601/2002, de 30 de septiembre, fundamento jurídico tercero; STS 1810/2002, de 5 de noviembre, fundamento jurídico único; STS 17/2003, de 15 de enero, fundamento jurídico cuarto; STS 601/2003, de 25 de abril, fundamento jurídico primero; STS 1585/2003, de 30 de diciembre, fundamento jurídico quinto; STS 277/2004, de 5 de marzo, fundamento jurídico primero, con ulteriores referencias jurisprudenciales; STS 1436/2004, de 13 de diciembre, fundamento jurídico quinto; STS 4/2005, de 19 de enero, fundamento jurídico segundo; STS 26/2005, de 22 de enero, fundamento jurídico segundo, con ulteriores referencias jurisprudenciales; STS 112/2005, de 31 de enero, fundamento jurídico segundo.

(12) Y por tanto inexistente en términos de injusto; así *vid.* STS 1810/2002, de 5 de noviembre, fundamento jurídico único.

(13) V. SAP Madrid 26/2001 (Sección 23.ª), de 30 de marzo, fundamento jurídico tercero.

dudas *–ex post–* sobre el grado de necesidad de pena (14), también invalidan el sustento teórico de las soluciones anteriores. Porque ya no se trata de la licitud o ilicitud de la conducta o de la magnitud de injusto. Ni siquiera de la misma perspectiva de enjuiciamiento. Luego, la solución requiere una reformulación del discurso en sede de antijuridicidad.

II. PRESUPUESTOS TEÓRICOS

1. Brevemente, sobre la función de la antijuridicidad

La orientación de una categoría hacia la «solución social de conflictos» (15), pese a sus limitaciones (16), ofrece cierta flexibilidad a la hora de introducir en su enjuiciamiento este tipo de componentes axiológicos. Frente a la tipicidad, sujeta fundamentalmente al principio de responsabilidad subjetiva, así como también a los principios de legalidad y –en los términos de Amelung– proporcionalidad (17), parece que la configuración de este segundo peldaño de la teoría jurídica del delito se presta en mayor medida a su enriquecimiento mediante contenidos como los antes apuntados. En particular, si se trata de intro-

(14) Ilustrativo ya MIR PUIG, Santiago: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 1982, pp. 70 s.

(15) En los clásicos términos de ROXIN, Claus: *Política criminal y sistema del Derecho Penal* (trad. castellana e introducción de Francisco Muñoz Conde), Bosch, Barcelona, 1972, pp. 8, 40 y 55 ss. Más recientemente, en nuestra doctrina, *vid.* BALDÓ LAVILLA, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa*, cit. núm. 9, p. 37. Anteriormente también GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito*, Civitas, Madrid, 1984, p. 279. En un sentido distinto, por ejemplo, *vid.* Díez RIPOLLÉS, José Luis, «La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal», cit. núm. 10, pp. 145 ss., quien cede especial importancia a las posibilidades que ofrece esta categoría de contextualizar el comportamiento típico en el marco general del Derecho.

(16) Así, por ejemplo, señala SCHÜNEMANN, Bernd, «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal», en Bernd Schünemann (compilador): *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, introducción, traducción y notas de Jesús María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1991, p. 78, que tal principio «no proporciona un valor de referencia normativo, sino únicamente un diagnóstico descriptivo».

(17) Y aun cuando los contenidos de oportunidad tienen asiento en ella –entre otros momentos– en los juicios de imputación, decisiones políticas o en la relación entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica; así, en relación con la autoría, *vid.* LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», cit. núm. 10, pp. 206 s., y con carácter general, pp. 208 a 210.

ducir excepciones a los mandatos y prohibiciones comprendidos en el tipo (18), o relativizar la magnitud de lo injusto mediante componentes jurídico-penalmente relevantes, aunque no se expresen en estos mismos términos –de injusto– (19).

El creciente interés por los deberes de tolerancia y su redefinición más restrictiva –a través de los deberes cuasi-institucionales, institucionales, etc.– conforme a la superestructura jurídica vigente, tampoco desautoriza posibles razones de *ultima ratio*, intervención mínima o de necesidad de pena. Simplemente, pretenden engarzar en mayor medida este marco discursivo con la constitución jurídica de nuestra sociedad, sin perjuicio de la operatividad de las específicas razones jurídico-penales en este nivel de análisis (20). Ciertamente, desde comprensiones que agotan el significado sistemático de la antijuridicidad en evitar contradicciones entre el ordenamiento jurídico-penal y el resto del ordenamiento jurídico, o en armonizar las normas de conducta que establece éste dentro del marco total del Derecho (21), se advierte más resistencia a la importación de tales contenidos. Sin embargo, si este juicio deja de ser un juicio jurídico-penal erigido sobre principios y razones propias –de forma paralela a lo que acontece en el tipo– para transformarse en un elemento de enlace con el resto del ordenamiento

(18) Con carácter general, *vid.* GÜNTHER, Hans-Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Carl Heymanns, Köln, 1983, pp. 1, 3 ss., 7, 35 ss., 55 ss., 62, 83 ss., 100 ss., 107, 114 ss., 126, 133 ss., 159, 168, 178, 189 ss., 204 ss., 224 s., 232 ss., 241, 244 ss., 255 ss. y 281 ss.

(19) Por el contrario, si se trata de agravar, las resistencias aquí no son menores que las que podamos encontrar en sede de tipicidad; *cfr.* LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», *cit. núm. 10*, pp. 208 a 210.

(20) Sobre ello, ilustrativo GÜNTHER, Hans-Ludwig: *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, *cit. núm. 18, passim*; si bien dentro de un marco jurídico que ofrece más resistencias en sede de ley a la graduación de lo injusto que nuestro Código Penal, como advierte con razón Díez RIPOLLÉS, José Luis: «La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal», *cit. núm. 10*, pp. 114, 115 y 118 ss.

(21) Entre otros, *vid.* RUDOLPHI, Hans-Joachim: «Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymann, Köln, 1989, p. 372. En nuestra doctrina, por ejemplo, CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «El sistema de la justificación en el artículo 20 CP/1995», en Gonzalo Quintero Olivares/Fermín Morales Prats (coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 123, entiende la antijuridicidad como «algo más que la tipicidad. Supone que el desvalor de la acción y del resultado que han sido comprobados se mantienen respecto de la globalidad del Ordenamiento jurídico... Si la tipicidad es fruto de un contraste entre conducta y norma penal..., la antijuridicidad es fruto del contraste entre conducta y Ordenamiento en su conjunto».

jurídico, las posibilidades problemáticas y con ello, de atender en esta sede a razones particulares de *ultima ratio* o de merecimiento y necesidad de pena –entre otras razones– se limita enormemente. Así, mantiene Carbonell que en casos próximos al anterior, la solución de la punibilidad no «parece satisfactoria desde el punto de vista de la *justicia material*... si la conducta está justificada es porque reporta al Ordenamiento jurídico algo valioso y no tienen sentido que el Derecho trate de *motivar* para que no se realicen conductas que... quiere que se realicen... si partimos de un Derecho penal *preventivo* y no represivo, si con el imperativo de la norma penal lo que pretendemos es *evitar las conductas que reporten daños*, no debemos castigar a quienes, pese a que lo ignoraran, han realizado una conducta objetivamente conforme a Derecho» (22). La solución que propone este penalista podrá convencer más o menos. Lo que está claro es que su sustento argumental, aludiendo a razones de retribución, prevención y motivación, se dificulta en esta sede mediante una comprensión de la antijuridicidad orientada, más que a sus propias razones jurídico-penales como –las también referidas por Carbonell Mateu, esto es– el merecimiento o la necesidad de pena (23), hacia el «Ordenamiento jurídico en su conjunto».

En sede de ley, la construcción –sobre contenidos de oportunidad– de eximentes por analogía tropieza, con carácter general, con lo

(22) CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, Edersa, Madrid, 1982, p. 104 (cursiva añadida).

(23) Con carácter general, ya GÜNTHER, Hans-Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, cit. núm. 18, pp. 1 s., 15 ss., 57 ss., 80 ss., 119 ss., 131 ss., 143 ss., 154 ss., 191 a 192, 242 ss. y 251 a 256, insistiendo en la necesidad de mostrar la especificidad del concreto sector al que pertenece la categoría frente al resto del Ordenamiento jurídico. Más recientemente, el mismo, «La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal», en Diego-Manuel Luzón Peña y Santiago Mir Puig (coords.), *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 46 ss. Con matices, LARRAURI PIJOAN, Elena, «Función unitaria y función teleológica de la antijuridicidad», ADPCP, 1996, p. 880 núm. 24; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», cit. núm. 10, p. 210 núm. 44. En la doctrina alemana, con matices también, PERRON, Walter, «Principios estructurales de la justificación en los Derechos penales español y alemán», en Diego-Manuel Luzón Peña y Santiago Mir Puig (coords.), *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 77, 81 y 85 s. Críticamente, sin embargo, cuestionando la idoneidad de la antijuridicidad como sede de la reinterpretación material de lo injusto propuesta por este autor, RUDOLPHI, Hans-Joachim, «Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», cit. núm. 21, p. 374. Advirtiendo de sus riesgos sistemáticos HIRSCH, Hans Joachim, *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana*, trad. castellana de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 22 s.

dispuesto en el artículo cuarto número tercero de nuestro Código Penal (24). Sin embargo, su introducción en esta categoría como factores de atenuación, se ve favorecida por las importantes vías de graduación –eximentes incompletas, atenuantes, atenuantes por analogía y sus grados de apreciación– que articula nuestro Código (25). Ahora bien, la introducción en el juicio de antijuridicidad de componentes de esta clase no puede comprenderse como compensación normativa a las valoraciones realizadas en el plano de la tipicidad. Pues contenidos de oportunidad como el recogido en el ejemplo –un resultado positivo *ex post*– no afectan a la ilicitud de una conducta. Tampoco al contenido o grado de injusto. Se trataría –estrictamente, en este caso– de razones de necesidad de pena.

2. Desvalor, valor y contenidos de oportunidad

El enriquecimiento del discurso categorial, a través de este tipo de contenidos, no debe traducirse –por tanto– en términos de valor. La estructura tradicional de la antijuridicidad, paralelamente al tipo, sobre el valor de acción y resultado puede resultar idónea para una ponderación –compensación o atenuación– de las magnitudes –lo injusto– derivadas del grado de adecuación de la conducta a las normas o expectativas jurídico-penales relevantes en sede de tipicidad y antijuridicidad (26). En estos términos, desde posiciones próximas al finalismo, se mantiene incluso «que la existencia de la situación objetiva

(24) Cfr. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte general I. Introducción*, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, pp. 213 s.

(25) Subrayando esta función, DíEZ RIPOLLÉS, José Luis, «La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal», cit. núm. 10, p. 139. Anteriormente, ya ALONSO ÁLAMO, Mercedes, *El sistema de las circunstancias del delito*. Estudio General, Universidad de Valladolid, 1981, pp. 436, 438 y 441 s., por ejemplo. Más recientemente, también BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 36 ss.; PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *Teoría general de las circunstancias: Especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Edersa, Madrid, 1995, pp. 98 y 122 s.; SALINERO ALONSO, Carmen, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, Comares, Granada, 2000, pp. 4, 6 y, con amplias referencias, pp. 66 a 69. En la doctrina alemana, fundamental, GÜNTHER, Hans-Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, cit. núm. 18, pp. 114 ss., 126 ss. y 373 ss.

(26) Sobre esta discusión, últimamente *vid.* SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas», *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 2002/3, pp. 391 ss.

de justificación es irrelevante penalmente si está desvinculada de la pretensión del sujeto» (27). Recientemente, también, cuestionaba GIL GIL: «Cómo puede entonces el Derecho conceder relevancia a una idoneidad no conectada a un valor de acción (intención) cuando no concede relevancia a una peligrosidad no conectada a un desvalor de acción (dolo o imprudencia)», arguyendo que «el Derecho prohíbe la realización de acciones peligrosas dirigidas por la voluntad del sujeto a la producción de resultados que estén sólo amparados de un modo objetivo y casual en una causa de justificación» (28). Sin embargo, una

(27) GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *El ejercicio legítimo del cargo*, Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1980, p. 175, y en los mismos términos pp. 13, 167 ss. y 176, insistiendo en este último lugar que «así como en la fundamentación del injusto se concluye que el resultado es relevante sólo en la medida en que demuestra, por su realización, el poder de resultado de la finalidad o acción final (es decir, en cuanto desvalor del resultado), así también hay que concluir que en el ámbito del tipo de la autorización, la situación objetiva de justificación es relevante en cuanto demuestra con su existencia la “necesidad objetiva *ex ante*” de la acción final (es decir, en tanto valor del resultado). Y ello presupone, obviamente el elemento subjetivo de justificación... la mera existencia de la situación objetiva de justificación es irrelevante penalmente si está desvinculada de la finalidad, y de que dicha irrelevancia muestra una estructura típica de injusto consumado».

(28) GIL GIL, Alicia, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, Comares, Granada, 2002, p. 115, explicando, p. 114, que en estos casos «concorre un desvalor de acción, un desvalor de resultado y ninguno de los dos ha sido compensado... la retribución exige el castigo por delito consumado. Por otra parte, es evidente que en este supuesto el sujeto no se había visto motivado por la norma de determinación prohibitiva puesto que la había infringido sin estar obedeciendo una norma de determinación autoritativa, por ello, desde el punto de vista de la prevención especial también resulta evidente que este sujeto necesita del efecto preventivo especial de la pena para apoyar el efecto motivador de la norma que para él no fue suficiente»; en términos de prevención general, también *vid.* p. 184. En un sentido próximo CERZEZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español*. PG II, cit. núm. 7, pp. 201 ss.; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, «Elemento objetivo y elemento subjetivo de las causas de justificación», en José Luis Díez Ripollés, Carlos María Romeo Casabona, Luis Gracia Martín y Juan Felipe Higuera Guimerá (edits.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 148, señalando que «la contraposición entre norma de prohibición y norma de autorización en Derecho penal tiene la virtud de mostrar que, en ambos casos, se trata de normas de comportamiento y no de meros estados de hecho»; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7.^a ed., Reppertor, Barcelona, 2004, p. 171 marg. 50. Con matices, TRAPERO BARREALES, María A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, Comares, Granada, 2000, p. 254, quien distingue según se trate de supuestos en los que nadie en la misma situación del actor «podría sufrir tal ignorancia de la realidad y por lo tanto más bien nos encontraríamos ante una situación absolutamente irreal o por el contrario si se puede desprender de esa conducta realizada con el desconocimiento de la concurrencia de los presupuestos materiales de justificación algún peligro para el bien jurídico y por lo tanto su conducta debe castigarse por el grado de desvalor de acción presente». En un sentido distinto tam-

cosa es que el Derecho ancle sus juicios de valor y desvalor —según esta concepción— en la intención de los actores, y otra bien distinta es la relevancia que pueda ceder a determinados aspectos objetivos y casuales con significado jurídico-penal. Así, por ejemplo, la impunidad de la inmensa mayoría de los comportamientos imprudentes intentados no se explica exclusivamente en términos de desvalor. Un factor de importante componente casual como, por ejemplo, la ausencia de un resultado lesivo se traduce directamente en términos preventivos: en términos de necesidad de pena. En la doctrina se venía señalando que este último componente, la materialización del resultado lesivo, más allá de la efectiva lesión del bien jurídico y su traducción en términos de injusto, acentúa su visibilidad y, por tanto, la necesidad de reacción contrafáctica (29). Ahora se propone desarrollar estos contenidos y, mediante su engarce en los distintos peldaños de la teoría jurídica del delito, «consolidarlos en su especificidad» (30).

La introducción expresa de nuevos materiales, que obedecen a razones diversas de la estricta dialéctica normativa entre esta categoría y la precedente, aconseja distinguir igualmente desde el punto de vista conceptual. Diferenciar cuando estamos hablando de (des)valor —o contenidos (des)valiosos— y cuando de contenidos de oportunidad. Mientras los primeros se reconducen directamente o indirectamente al

bién *vid.* CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «El sistema de la justificación en el artículo 20 CP/1995» cit. núm. 21, pp. 128 ss. y 129, quien entiende que «si la antijuridicidad viene determinada también por un desvalor del resultado aunque subsiste la predecibilidad objetiva del desvalor, la no concurrencia del resultado, esto es, la producción del resultado positivo, aun cuando éste no haya sido querido, debe bastar para que no haya antijuridicidad, porque falta un componente de la misma, como no hay tipicidad (injusto específico) si no hay resultado lesivo de acción o puesta en peligro del bien jurídico».

(29) Así ya MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, cit. núm. 14, pp. 70 s., señalando «la menor necesidad de pena resultante» en los casos de ausencia de lesión, pues «es menos necesaria la prevención general positiva, tendente a estabilizar la conciencia jurídica general... menos necesaria la descalificación penal del hecho ante la colectividad... la Sociedad está más dispuesta a perdonar en caso de ausencia de lesión y... por tanto, la ausencia o disminución de la pena no perjudica la prevención». Más recientemente el mismo: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 65. En términos similares, también *vid.* CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «El sistema de la justificación en el artículo 20 CP/1995», cit. núm. 21, pp. 130 ss.; SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio, «Reflexiones en torno al injusto penal», en Diego-Manuel Luzón Peña y Santiago Mir Puig (coords.), *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 195 s.; TRAPERO BARREALES, María A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, cit. núm. 28, p. 72.

(30) *Cit.* núm. 10.

comportamiento realizado, dada la concepción personal que subyace a la tipicidad y antijuridicidad, y permiten –según la comprensión de la doctrina mayoritaria– una suerte de compensación entre sus correspondientes elementos (31), los segundos responden a cuestiones bien distintas: se trata de considerar aspectos de oportunidad –de merecimiento y/o necesidad de castigo– en sede de antijuridicidad. Desde un punto de vista problemático, la distinción de magnitudes y –como veremos también de– consecuencias permite atenuar los riesgos sistemáticos de los que nos advierte Hirsch (32) y, en definitiva, de deconstrucción del discurso experto en esta sede.

3. Perspectivas de enjuiciamiento

La atención a este tipo de contenidos muestra sus consecuencias, también, en las perspectivas de enjuiciamiento. La reducción de las magnitudes de ponderación a términos de injusto facilita –de forma

(31) Así, en relación con este tipo de problemas, *vid.* GIL GIL, Alicia, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, cit. núm. 28, p. 133, rechazando «que en sistemas penales en los que no se admite un desvalor de resultado ni un desvalor de acción sin un valor de intención se admita, en cambio, un valor de resultado». Anteriormente también GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*, cit. núm. 15, pp. 293 s., insistiendo en que «el desvalor del acto –que es el fundamento del injusto penal– no depende de que se produzca un resultado, sino que es el desvalor de una pretensión, de una determinada dirección de la voluntad... Si eso es así en la fundamentación del injusto, ..., también habrá de serlo en su exclusión, es decir, en la de por qué un hecho típico no constituye injusto penal... En consecuencia, un hecho típico no puede quedar justificado por el mero hecho de que objetivamente sea valorable, es decir, sólo porque objetivamente concurre en su realización una situación de justificación, sino que será preciso, en todo caso, que el sujeto activo se haya percibido de que se encuentra en una situación de justificación y, por tanto, que haya realizado el hecho típico para (finalidad, dirección de la voluntad) actuar en causa de justificación... en caso contrario la lesión del bien jurídico llevada a cabo se muestra plenamente consumada»; en los casos de desconocimiento de los presupuestos objetivos LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2.^a ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2002, p. 552, señalando que, en los mismos, «la voluntad del sujeto va dirigida a producir un resultado desvalorado por lo cual al margen de la causa de justificación subsiste el desvalor de la acción y, más concretamente, el dolo; y cuando en los delitos dolosos hay desvalor de la acción, aunque de entrada el hecho no puede consumarse por faltar ex ante el desvalor del resultado, el hecho es punible como tentativa imposible». En relación con el tipo objetivo, por ejemplo, TRAPERO BARREALES, María A.: *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, cit. núm. 28, p. 69, señalando «que si concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación, en tal caso se produce la compensación del desvalor objetivo de acción».

(32) *Cit.* núm. 23.

paralela a la tipicidad— una estructuración mayoritaria de esta categoría desde una perspectiva *ex ante* de enjuiciamiento y sobre una concepción personal del valor de acción (33). En este sentido, apunta recientemente Molina Fernández que «el ejercicio de derechos debe estar sometido a las mismas normas que el cumplimiento de deberes. El sujeto debe poder determinar también cuando ejerce sus derechos si está actuando correcta o incorrectamente en el momento de llevar a cabo la acción» (34). Por esta razón la juridicidad o antijuridicidad de

(33) Así, proponiendo incluso la introducción de la perspectiva de enjuiciamiento en la definición legal del estado de necesidad, sugiere MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, «El estado de necesidad como ley general», cit. núm. 7, p. 229 núm. 58, una primera cláusula —de cinco— en los siguientes términos: «La ponderación se realizará atendiendo a las circunstancias conocibles en el momento de realizarse la acción o la omisión, tanto en lo que se refiere al mal que se trata de evitar como al que se causa». En un sentido próximo SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio, «Reflexiones en torno al injusto penal», cit. núm. 29, p. 195; TRAPERO BARREALES, María A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, cit. núm. 28, p. 254. No obstante, en relación con los juicios sobre el valor-desvalor de resultado, también *vid.* MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, J. M. Bosch, Barcelona, 2001, p. 670 En este último sentido, señalando la divergencia de enjuiciamientos del desvalor de acción y resultado CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «El sistema de la justificación en el artículo 20 CP/1995», cit. núm. 21, pp. 134 ss.

(34) MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, cit. núm. 33, p. 390, y en términos similares *op. cit.*, p. 416, señalando que «la adopción de un criterio *ex ante* para medir la antijuridicidad del hecho se justifica históricamente en la necesidad de adaptar los mandatos y prohibiciones legales al nivel del hombre, y no al de un ser omnisciente. Ello conecta con la idea de la norma entendida como un instrumento directivo de conducta». En relación con las causas de justificación que imponen deberes activos *op. cit.*, p. 387, insistiendo en «la necesidad de que el contenido del deber pueda fijarse en el momento de realizar la acción parece un requisito mínimo de racionalidad... con independencia del resultado que se derive del hecho». En términos similares, también CUELLO CONTRERAS, Joaquín, «Elemento objetivo y elemento subjetivo de las causas de justificación», cit. núm. 28, p. 151, señalando que «el peligro y la idoneidad del medio constitutivo del tipo de autorización deben ser valorados “*ex ante*”, esto es, conforme al observador objetivo en lugar del autor, ya que es en ese momento en el que se concreta la norma en aras de su fin preventivo, lo que excluye valoraciones “*ex post*”, que no sirven para perfilar el tipo, a comprobar “*ex ante*”»; desde la función de motivación, ROPERO CARRASCO, Julia, *La provocación del estado de necesidad en Derecho Penal*, Comares, Granada, 2002, pp. 205, 206 y 487, por ejemplo. En la doctrina alemana, entre otros, RUDOLPHI, Hans-Joachim, «El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal», en Bernd Schünemann (compilador), *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales, introducción, traducción y notas de Jesús María Silva Sánchez*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 88, quien entiende que «para la permisividad de una conducta peligrosa en sí prohibida, carece de significado si ésta —contemplada desde una perspectiva *ex post*— se muestra idónea para la salvación o no; es decir, que no es relevante que se realicen las posibilidades de salvación generadas por ella y, de tal

una conducta exige, tanto en sede de tipicidad como en esta segunda categoría, una perspectiva de enjuiciamiento *ex ante*: si se aseguran jurídico-penalmente deberes, derechos o expectativas, el momento de enjuiciamiento de su vigencia como pautas de actuación es precisamente en el que procede –de forma necesaria o facultativa– su realización. Frente a ello, los contenidos de oportunidad no imponen con carácter general una determinada perspectiva de enjuiciamiento. Las razones de oportunidad pueden surgir o constatarse con anterioridad, durante o, como en el caso de las alarmas sociales –en cuanto reflejo de posibles carencias preventivo-generales– una vez agotado el proceso lesivo.

La razón se encuentra en su diversa naturaleza: estos componentes no conforman –normativamente, mediante expectativas, etc.– los cauces posibles de lo jurídico, simplemente, se trata de razones –muchas veces accidentales y con un importante contenido de irracionalidad– (35) que por su significado pueden afectar al grado de merecimiento o necesidad de castigo de una concreta conducta. En cuanto a la procedencia de su apreciación en esta sede, y en los términos que se verán a continuación (36), entiendo que el déficit de racionalidad y en general de vinculación personal de tales razones y perspectivas, se salva a través

modo, se cree un valor de resultado que finalmente compense el desvalor de resultado existente. Más bien lo decisivo para el decaimiento de la antinormatividad de una conducta peligrosa en sí prohibida es, simplemente, que dicha conducta –contemplada desde una perspectiva *ex ante*– genere, según el saber empírico de nuestro tiempo, posibilidades de salvación para otros bienes jurídicos amenazados, y que el ordenamiento jurídico valore en mayor medida tales posibilidades de salvación generadas por ella que la peligrosidad inherente a la misma». En términos similares, el mismo: «Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», cit. núm. 21, pp. 383 s. Más recientemente, sobre razones de legitimación RATH, Jürgen, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, Springer, Berlin, 2002, p. 594. También PAWLIK, Michael, *Der rechtfertigende Notstand*, cit. núm. 9, p. 173, insistiendo en que «die Beurteilungsperspektive muß zwar eine im Kern objektive sein, jedoch ist grundsätzlich nicht der Informationsstand ex post, sondern derjenige ex ante zugrunde zu legen», con ulteriores referencias en núm. 84.

(35) Así por ejemplo, señalando la disociación entre los datos estadísticos y las necesidades preventivas que desembocaron en Alemania en la «Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten», *vid.* LAUBENTHAL, Klaus, «Die Renaissance der Sicherungsverwahrung», *ZStW*, 116, (2004), pp. 704 s. En nuestra doctrina, también v. CANO PAÑOS, Miguel Ángel, «¿Es conveniente un endurecimiento del Derecho penal juvenil? Una toma de posición crítica», *ADPCP*, 2002, pp. 286 s., 291 ss. y 298 ss.

(36) Frente a lo que he mantenido, siguiendo a LUZÓN, en el ámbito de determinación judicial de la pena: «Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad», *RP*, 2006/17, en prensa, donde me pronuncio –quizá precipitadamente– a favor de la introducción de argumentos preventivo-generales en este último discurso.

de su contenido. En términos de libertad, nuestro discurso se ciñe –como en el supuesto antes comentado de constatación *ex post* de un resultado próximo al perseguido por la cláusula de justificación– a elementos de oportunidad de significado positivo, esto es, susceptible de justificar una reducción de la pena (37).

III. SOLUCIÓN LEGAL

Según se ha dicho, la concurrencia de este tipo de contenidos plantea un problema extraño al juicio sobre la licitud de la conducta. La valoración de la actuación del sujeto desde los distintos parámetros de juridicidad que –también– conforman esta categoría impone una perspectiva de enjuiciamiento *ex ante* (38). Es entonces cuando se debe

(37) En este sentido, con razón, señala CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «El sistema de la justificación en el artículo 20 CP/1995», cit. núm. 21, pp. 139 s., que se trata de incrementar «la zona de libertad en detrimento de la zona de prohibición, o mejor dicho, por un incremento de la zona de libertad en detrimento de la intervención del Derecho penal... [añadiendo] donde dicha intervención no resulta necesaria por cuanto tampoco sufre la función *motivadora* o *preventivo-general*, resulta ciertamente injusto mantenerla» (cursiva añadida).

(38) Se trata, concretamente de «la perspectiva o el juicio objetivo del hombre medio ideal», TRAPERO BARREALES, María A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, cit. núm. 28, p. 254. Sin embargo, pese a ello mantiene esta autora, op. cit., pp. 73 ss., como VALLE MUÑIZ, José Manuel, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, PPU, Barcelona, 1994, p. 132, que «el elemento subjetivo de justificación, el conocimiento de que se actúa inmerso en una situación justificante, es absolutamente necesario para posibilitar el juicio de conformidad a Derecho de una conducta que, no olvidemos, va a lesionar o poner en peligro bienes jurídico-penales». Más recientemente, también, GIL GIL, Alicia, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, cit. núm. 28, p. 12, señalando que «para determinar la justificación es preciso tener en cuenta necesariamente la finalidad del sujeto, el contenido de la voluntad». En la doctrina alemana, últimamente RATH, Jürgen, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit. núm. 34, pp. 614 s., quien entiende la justificación como «einen Unrechtsausschluss aus rechtlich vollkommener, freier Setzung des Subjekts und besteht in der wissentlichen und willentlichen Erbringung einer rechtlich positiven Leistung des Täters». En cualquier caso, se acepta que «quien decide qué comportamientos se autoriza o se prohíbe no es el sujeto, su intención delictiva no puede suplantar la decisión adoptada por el legislador de autorizar tal conducta», en palabras de TRAPERO BARREALES, María A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, cit. núm. 28, p. 354. Y la acentuación de los componentes subjetivos en los términos descritos ubica el baremo para decidir la licitud de la conducta –en mayor o menor medida– en la psiquis del actor. En un sentido distinto, en el Derecho comparado, merece señalarse el artículo 59 del Codice Penale, donde se establece: «Le circostanze che attenuano o

ponderar si el uso de armas tuvo lugar total o parcialmente dentro de los cauces o términos establecidos por el Derecho y, más concretamente, «en situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios» recogidos en el apartado c) del artículo cinco número cuarto de la LO 2/1986, de 13 de marzo (39). Aquí hemos puesto un ejemplo de elementos apreciables *ex post*, esto es, de elementos que aparecen una vez establecida la licitud o ilicitud de la actuación del sujeto activo y, por tanto, no reconducibles a través –de la apreciación completa o incompleta, en cualquier caso *ex ante*– de la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho oficio o cargo (40).

Como apuntamos, la apreciación de eximentes por analogía resulta bastante compleja en nuestro marco positivo. La exclusión de responsabilidad, más allá de los supuestos expresamente recogidos en nuestro Código Penal, sobre estrictas razones de necesidad de pena se encuentra con el obstáculo del número tercero del artículo cuarto del mismo (41), donde se establece la posibilidad de acudir al Gobierno

escludono la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti»; sobre ello, v. MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale*, 4.^a ed., Cedam, Padova, 2001, pp. 290 s. En la doctrina alemana, también JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1991, 6/73, señalando que aquí «es geht nicht um die individuelle, sondern um die soziale Bedeutung von Verhalten, und die soziale Bedeutung ist nicht am Kopf des Täters ablesbar».

(39) Cfr. STS 17/2003, de 15 de enero, fundamento jurídico cuarto.

(40) No obstante, en un sentido distinto, *vid.* VALLE MUÑIZ, José Manuel, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, cit. núm. 38, pp. 124 a 127, quien reduce los aspectos esenciales a «la presencia insuficiente de intereses preponderantes». Siguiendo al anterior CUELLO CONTRERAS, Joaquín, «Elemento objetivo y elemento subjetivo de las causas de justificación», cit. núm. 28, p. 158, entiende que «quien no se ha representado la situación justificante no es autor de una tentativa (= realización de una acción típicamente peligrosa para el bien jurídico), sino alguien que ha querido realizar, y ha realizado, el tipo delictivo correspondiente; sólo que, en virtud del estado resultante (valor-resultado) su antijuridicidad aparece disminuida (eximente incompleta)». Críticamente, a su vez, CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español*. PG II, cit. núm. 7, p. 204.

(41) Cfr. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español*. PG I, cit. núm. 21, pp. 213 s. No obstante, también MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, cit. núm. 28, p. 125 marg. 43; MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 6.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 124 s. Sobre esta cuestión, con amplias referencias bibliográficas y jurisprudenciales, ROMEO MALANDA, Sergio, «La eximente por analogía en el Código Penal español de 1995. Especial referencia a la aplicación analógica de la indicación criminológica del aborto», RDPC, 2005/16, pp. 189 ss., quien siguiendo a CEREZO, pp. 195 ss., niega

en los casos de desproporción o inidoneidad del castigo «sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia». Por consiguiente, cuando el significado de los contenidos preventivos impida su dilución en los márgenes resultantes de determinación de la pena, su apreciación en sede de antijuridicidad sólo encuentra franca la vía de la atenuación por analogía.

En este sentido, la cláusula del artículo veintiuno número seis facilita bastante los términos: la apreciación *ex post* de presupuestos fácticos de una causa de justificación –en el supuesto antes comentado, de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo– no impide su participación en el fundamento de la misma (42). Particularmente si se comparte, pese a sus matices y excesos utilitaristas, el discurso mayoritario sobre el principio del interés preponderante (43). Basta con comparar los intereses lesionados –integridad física de uno de los ocupantes del vehículo perseguido– con los tutelados –vida, integridad física de los agentes y riesgo para la seguridad ciudadana– por la conducta antijurídica. No obstante, la explicación de esta causa de justificación sobre el marco de la relación Estado-ciudadano tampoco ofrece especial resistencia (44). Según se

igualmente la apreciación de eximentes por este procedimiento de integración. Sobre los antecedentes de este precepto, ilustrativo ROMEO MALANDA, Sergio, op. cit., pp. 198 ss.

(42) Cfr. FRISCH, Wolfgang, «Grund- und Grenzprobleme des sog. Subjektiven Rechtfertigungselements», Festschrift für Karl Lackner, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1987, pp. 120 ss.

(43) Ampliamente, *vid.* SÁNCHEZ GARCÍA, María Isabel, *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, cit. núm. 7, pp. 83 ss., quien, siguiendo a RUDOLPHI propone, op. cit., p. 84, reorientar este principio «hacia una ponderación de las propiedades materiales –positivas y negativas– de la conducta». Con anterioridad CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *La justificación penal*, cit. núm. 22, pp. 64 y, más concretamente, 168 ss. En relación con el ejercicio legítimo de un derecho MESTRE DELGADO, Esteban, *La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas suprallegales de justificación penal*, Edisofer, Madrid, 2001, pp. 150 a 153. En relación con los tratamientos curativos obligatorios, ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el Derecho penal I, La actividad curativa*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 384 ss. Sobre su vigencia en los marcos jurídicos de nuestro entorno, GUÉREZ TRICARICO, Pablo, «Estudio comparado de la antijuridicidad en la Unión Europea. Algunas reflexiones previas a la construcción de un sistema de causas de justificación europeo», en Silvana Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá (coords.): *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 221 ss. Con amplias referencias bibliográficas y jurisprudenciales, *vid.* CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español*. PG II, cit. núm. 7, p. 291.

(44) Sobre ello, con carácter general, *vid.* PAWLIK, Michael, «Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten», ZStW, 111, (1999), pp. 348 ss. También *vid.* JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurech-*

desprende de la habilitación legal recogida en el apartado *d*) del artículo cinco número cuatro de la LO 2/1986 (45), el uso lícito de armas sólo procede, sobre el fundamento común del haz de derechos y deberes institucionales –de titularidad estatal– del que participan estos actores, en supuestos de riesgo grave para la vida, integridad física o la seguridad ciudadana. La atenuación o inocuización de los mismos, constatada desde una perspectiva *ex post*, permite una participación en el fundamento de la causa de justificación prevista en el artículo veinte número siete y, en consecuencia también, su apreciación –vía artículo veintiuno uno– como atenuante por analogía (46).

IV. UN PROBLEMA DE ANTIJURIDICIDAD

Según el razonamiento expuesto, ¿cómo se soluciona el anterior ejemplo, el de producción –accidental– *ex post* por parte del miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado de un resultado positivo? La innecesariedad *ex ante* de los disparos impide la apreciación desde esta misma perspectiva de los requisitos objetivos de justificación (47).

nungslehre, cit. núm. 38, 11/5 s. En la doctrina italiana, en un sentido próximo, PALAZZO, Francesco, *Corso di Diritto penale. Parte generale*, Giappicheli, Torino, 2005, p. 392, quien explica el uso legítimo de las armas «sul potere di autotutela ejecutiva e diretta della pubblica amministrazione». Con carácter general, señalando la necesidad de articular el sistema de causas de justificación sobre los presupuestos axiológicos sobre los que se asienta el modelo jurídico-político del Estado, GUÉREZ TRICARICO, Pablo, «Estudio comparado de la antijuridicidad en la Unión Europea. Algunas reflexiones previas a la construcción de un sistema de causas de justificación europeo», cit. núm. 43, pp. 210 a 211, 221, 224, 233 y 238.

(45) *Cit.*

(46) *Cfr.* STS 865/2005, de 24 de junio, fundamento jurídico noveno.

(47) En este sentido, con razón, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad», ADPCP, 1987, p. 547, señalando que «si la situación es, desde la perspectiva *ex ante*, justificante, aunque al sujeto le falte el elemento subjetivo de justificación nos hallaremos ante una estructura de tentativa irreal impune por falta de injusto», mientras que en los supuestos inversos, situaciones *ex ante* no justificantes, entiende que «habrá injusto y sólo dependerá de la efectiva concurrencia *ex post* de la situación justificante el que se castigue por tentativa o por consumación (presupuesto, siempre, que falte el elemento subjetivo de justificación)». Pareciendo equiparar contenidos de oportunidad y componentes de (des)valor, al admitir la existencia de (des)valor de resultado sin sus presupuestos de acción. En este sentido, no obstante, proponiendo una comprensión de las causas de justificación que distingue entre causas que excluyen el desvalor de resultado y causas que excluyen solamente el desvalor de acción, ampliamente, *vid.* LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit. núm. 31, pp. 75 núm. 326, 76 núm. 335, 103 ss. y 597 ss., matizando, *op. cit.*, pp. 597 s., que «en sentido estricto no se puede hablar de “injusto del resultado”, ya que el (o lo) injusto es el hecho antiju-

La conducta es, por tanto, típica y antijurídica. Sin embargo, el resultado producido accidentalmente, tutela de la vida, integridad física de los agentes mediante una lesión desvalorada –esto es, infringiendo normas o expectativas de comportamiento jurídico-penales, luego *ex ante*– de la integridad física de uno de los ocupantes del vehículo perseguido, participa del fundamento de la disposición que a través del artículo veinte número siete de nuestro Código habilita a la autorización del uso de armas por parte de los miembros y fuerzas de seguridad del Estado (48). El discurso mayoritario permite una simplificación de este razonamiento: los bienes jurídicos protegidos, vida e integridad física de los agentes y seguridad ciudadana, prevalecen frente al bien jurídico lesionado, integridad física de Manuel P. Por encima de las reservas que suscita esta última postura, parece razonable que sean éstos, «los componentes fundamentales y originales de la antijuridicidad... los que deben marcar el ámbito de juego donde insertar las genuinas referencias político-criminales de la antijuridicidad» (49).

En cuanto a los márgenes de operatividad que ofrece esta vía, la posibilidad de graduación que ofrece nuestro Código: mitad inferior (art. 66.1.1.^a CP), y en los supuestos de apreciación como muy cualificada, reducción de pena en uno o dos grados (art. 66.1.2.^a y 7.^a CP), permite responder a la importancia significativa de tales referencias: formas de manifestación, intensidad, etc. En relación con el ejemplo aquí propuesto, la concreta e importante forma de manifestación, resultado de tutela de bienes jurídicos (50), como el notable desequilibrio a favor de los bienes tutelados, invita a su apreciación como muy cualificada y a una reducción de la pena –cuando menos– en un grado (51).

rídico, y antijurídica sólo puede ser una acción, en su caso productora de un resultado, pero el resultado mismo no es antijurídico, no infringe norma jurídica alguna, aunque sí puede ser jurídicamente desvalorado como algo indeseable». Críticamente, a su vez, entendiendo el desvalor de resultado como realización de desvalor de acción, CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. núm. 7, pp. 201 ss.; GIL GIL, Alicia, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, cit. núm. 28, pp. 89, 114 a 116, 118, 119, 138 núm. 335, 140 y 168; GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito*, cit. núm. 15, pp. 293 s.; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, cit. núm. 28, p. 171 marg. 50.

(48) *Cfr.* artículo 5.4.d) LO 2/2986, de 13 de marzo. En nuestra jurisprudencia, también *vid.* STS 17/2003, de 15 de enero, fundamento jurídico cuarto.

(49) Díez RIPOLLÉS, José Luis, «La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal», cit. núm. 10, p. 169.

(50) *Cfr.* núm. 29.

(51) Se aprecie únicamente un delito de lesiones dolosas del artículo 148.1.º, por la utilización de armas, así, en relación con el supuesto original, *vid.* STS 17/2003, de 15 de enero, fundamento jurídico quinto, resultando una pena de prisión de uno a dos años menos un día; o, como también parece desprenderse de los hechos, en concurso ideal un delito de homicidio en grado de tentativa.

V. UN ÚLTIMO COMENTARIO (SOBRE LAS DILACIONES INDEBIDAS)

La problemática de este tipo de contenidos no se agota en el segundo peldaño de la teoría jurídica del delito, así la actual discusión jurisprudencial sobre la incidencia de las dilaciones indebidas en sede de culpabilidad es traducible a términos paralelos (52). Sin embargo, la fricción entre la concepción tradicional de la culpabilidad como juicio de reproche orientada a la evitabilidad individual por parte del «sujeto, en la situación concreta en que se hallaba» (53) y su concepción como categoría mutable abierta a factores, incluso, posteriores a la comisión del delito (54), se ha superado mediante su –mayor o menor– apertura a contenidos de oportunidad (55). Ello no supone, por poner un ejemplo, que un estado de embriaguez en el momento del juicio permita la exención de responsabilidad jurídico-penal por parte del autor de los hechos. Simplemente, que con posterioridad al momento de comisión de aquéllos pueden acontecer factores que diluyan la trascendencia social de los mismos –incluso, el propio transcurso del tiempo– (56) o

(52) Sobre su evolución, recientemente, *vid.* MOLINS RAICH, Marc, «Dilaciones indebidas y culpabilidad penal», *La Ley*, 2005/2, D-94, pp. 1858 ss.

(53) CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte general. III. Teoría Jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 15, con amplias referencias en p. 25 núm. 48 s. Sobre la presencia de la posibilidad de evitación individual a lo largo de los cuatro últimos siglos en el pensamiento jurídico de nuestro entorno, ilustrativa MARTÍNEZ GARAY, Lucía, «Aproximación histórica al surgimiento del concepto de imputabilidad subjetiva en la doctrina penal alemana», *RDPC*, 2001/8, pp. 41 ss., particularmente, en el pensamiento de PUFENDORF, pp. 58 ss.; en relación con este último, señalando ya la tensión con las razones preventivas SCHÖNEBORN, Christian: «Grenzen einer generalpräventiven Rekonstruktion», *ZStW*, 92, (1981), p. 692. En nuestra doctrina, limitando la discusión a estos últimos términos, por todos, *vid.* GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?», en *Estudios de Derecho Penal*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 140 ss.

(54) *Cfr.* STS 934/1999, de 8 de junio, fundamento jurídico primero.

(55) Fundamental ya ROXIN, Claus: *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, cit. núm. 15, pp. 67 ss.; el mismo: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.^a ed., Walter de Gruyter, Berlin-New Cork, 1973, pp. 47 ss. Posteriormente también JAKOBS, Günther, *Schuld und Prävention*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1976, p. 32, «Der Zweck, der in die Schuld eingegangen ist, kann durch Schuld nicht limitiert werden, und die Schuld, in die der Zweck eingegangen ist, begründet Strafe». En nuestra doctrina GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?», cit. núm. 53, pp. 140 y ss.

(56) STS 2039/2002, de 9 de diciembre, fundamento jurídico quinto, señalando el debilitamiento de «los sentimientos de reprobación que los hechos suscitaron en su día». Con carácter general, BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, «Extinción de la responsabilidad penal», en Luis Gracia Martín (coord.): *Lecciones de consecuencias ju-*

el merecimiento de pena por parte del actor, sea por la aflicción ya producida o porque entonces se trate de una persona “muy distinta de la que los cometió» (57).

Aunque sin duda todo ello, estas últimas razones y las anteriormente indicadas, pueden subsumirse –y obviarse– en la determinación judicial de la pena (58). Frente a las delimitaciones conceptuales, injusto frente a contenidos de oportunidad, y los cauces señalados para uno y otro tipo de materiales, es posible simplificar y reducir el problema a la imposición sin más, de una pena de diez, cinco o un año y once meses de privación de libertad. A ello empuja también la divergencia de magnitudes. En estos problemas no se trata de injusto ni de desvalor de acción o resultado, tampoco –en estos últimos supuestos– de causas de exclusión de la imputabilidad. Se trata en ambos casos de merecimiento y necesidad de pena. Constituyen problemas preventivos –sobre la idoneidad, necesidad o merecimiento de castigo– relacionados con los elementos que fundamentan –como en el ejemplo expuesto al inicio– a una de las causas de justificación o con el juicio de reproche, por poner dos ejemplos. Sin embargo, los distintos pelda-

ridicas del delito, Tirant lo Blanch, 3.^a ed., Valencia, 2004, p. 357, aludiendo a razones procesales, de imposibilidad o innecesidad de la pena, pues, apunta, que «el tiempo hace que la sociedad vaya olvidando el delito, y puede hacer que el delincuente deje de serlo»; disociando tales factores de lo injusto, también p. 359 núm. 70. Sobre la incidencia de los contenidos preventivo-generales en esta categoría, ilustrativo LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», cit. núm. 10, pp. 211 s., señalando, p. 213., el significado de factores como los apuntados en términos de merecimiento y necesidad de pena.

(57) STS 2039/2002, de 9 de diciembre, fundamento jurídico quinto. En el primer sentido indicado, STS 948/2005, de 19 de julio, fundamento jurídico tercero, señalando que «la lesión causada injustificadamente en el Derecho fundamental como consecuencia de la dilación irregular del proceso, debe ser valorada al efecto de compensar una parte de la culpabilidad por el hecho»; en términos similares, anteriormente *vid.* STS 934/1999, de 8 de junio, fundamento jurídico primero.

(58) Así, por ejemplo, entiende GIL GIL, Alicia, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, cit. núm. 28, p. 185 núm. 436, que en los supuestos de «menor necesidad de pena desde el punto de vista de la prevención general ello sólo podría ser tenido en cuenta dentro del margen de arbitrio judicial», aunque para esta penalista, *op. cit.*, p. 185, «el castigo de estos supuestos tampoco carece de efectos desde el punto de vista preventivo general, sino todo lo contrario, por lo que no se trata de que la pena no puede intimidar a la generalidad, que sí puede, sino de si es necesaria para los fines de prevención general. Pero puesto que el fin de intimidación general no es el único fundamento y fin de la pena, aunque coincidiéramos que tal fin no es necesario en estos casos,... su ausencia no puede dar lugar a la exclusión de la pena cuando..., se dan su fundamento y resto de fines, sino que únicamente podría servir para regular la pena dentro del margen que ofrece la ley».

ños de la teoría jurídica del delito permiten una mejor graduación de la intensidad o importancia significativa de tales elementos. Por otra parte, como ya se ha señalado, «tan importante como identificar correcta y diferenciadamente los contenidos político-criminales a incluir en el sistema de imputación jurídico-penal lo es el determinar dónde deben integrarse... De ahí que lo acertado sea proceder a una identificación precisa e individualizada de los componentes de oportunidad y conveniencia propios de cada categoría... 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 las completa valorativamente sino que simultáneamente la consolida en su especificidad» (59). Por ello y, en definitiva, por la conveniencia de racionalizar siempre en mayor medida nuestro discurso entiendo preferible comprender el problema aquí tratado como un problema de antijuridicidad (60).

(59) *Cit.* núm. 9.

(60) En esta línea, ya *vid.* LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», *cit.* núm. 10, pp. 204 ss. Ilustrativo, también GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?», *cit.* núm. 53, pp. 158 a 160.