

ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES

TOMO XLIV  
FASCICULO III



SEPT.-DICIEMBRE  
MCMXCI

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:

**ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Complutense de Madrid

Subdirector:

**CARLOS GARCÍA VALDES**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Alcalá de Henares

Redactor-Jefe:

**ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR G.\***

Profesor Titular de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Madrid

Secretario:

**LUIS FELIPE RUIZ ANTON**

Catedrático de Derecho penal  
de la Universidad de Extremadura

Vicesecretario:

**ESTEBAN MESTRE DELGADO**

Profesor Titular de Derecho penal de la  
Universidad de Alcalá de Henares

*Consejo de Redacción:*

**MIGUEL BAJO FERNANDEZ**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Madrid

**ANTONIO BERISTAIN IPIÑA**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad del País Vasco (San Sebastián)

**JAVIER BOLIX REIG**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Valencia

**JUAN BUSTOS RAMIREZ**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Barcelona

**BERNARDO FR. CASTRO PEREZ**

Magistrado Jubilado de la Sala 2.ª del  
Tribunal Supremo

**JOSE CEREZO MIR**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Zaragoza

**MANUEL COBO DEL ROSAL**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Complutense de Madrid

**CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO**

Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

**JUAN CORDOBA RODA**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Barcelona

**FERNANDO DIAZ PALOS**

Ex-Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo

**MANUEL GARCIA MIGUEL**

Ex-Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo

**GERARDO LANDROVE DIAZ**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Murcia

**DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Alcalá de Henares

**SANTIAGO MIR PUIG**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Barcelona

**FRANCISCO MUÑOZ CONDE**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Sevilla

**HORACIO OLIVA GARCIA**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Complutense de Madrid

**GONZALO QUINTERO OLIVARES**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Barcelona

**GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Madrid

**ENRIQUE RUIZ VADILLO**

Presidente de la Sala Segunda  
del Tribunal Supremo

**JOSE MARIA STAMPA BRAUN**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Nacional de Educación a Distancia

**RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Oviedo

**ANGEL TORIO LOPEZ**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Valladolid

**TOMAS SALVADOR VIVES ANTON**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Valencia

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas  
por los autores de los originales publicados**



**MINISTERIO DE JUSTICIA  
Secretaría General Técnica  
CENTRO DE PUBLICACIONES**

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Editado por: Centro de Publicaciones  
Gran Vía, 76 - 8.º - 28013 Madrid

Periodicidad: CUATRIMESTRAL

Precio de suscripción: España, 5.000 ptas. Extranjero, 5.400 ptas.

Precio del fascículo suelto: España, 1.980 ptas. Extranjero: 2.400 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Publica artículos doctrinales de los más destacados Penalistas españoles y extranjeros, comentarios de Legislación y Jurisprudencia y notas bibliográficas sobre libros y revistas de la especialidad.

## CORRESPONDENCIA

Sobre distribución, suscripción, venta de fascículos, separatas, etc., dirigirla al Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Gran Vía, 76 - 8.º, teléfono 247 54 22. 28013 Madrid.

ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES

TOMO XLIV  
FASCICULO III



SEPT.-DICIEMBRE  
MCMXCI

---

---

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la inscripción en el registro que marca la Ley. Reservados todos los derechos.

---

N.I.P.O.: 051-91-010-0

I.S.B.N.: 84-7787-077-2

I.S.S.N.: 0210-3001

Depósito Legal: M. 126-1958.

---

Artes Gráficas Suárez Barcala, S.L.  
D. Barraquer, 3. Getafe (Madrid)

## La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal

PROF. DR. BERND SCHÜNEMANN

Universität München (\*)

### 1. PRIMERA APROXIMACION

1. El que el tema de los términos lógicos de la relación entre Política criminal y Derecho penal constituye una cuestión extremadamente problemática, no puede ser entendido en ningún otro lugar mejor que en aquellos países cuyo Derecho penal representa una posición intermedia entre el pensamiento jurídico-penal anglosajón, pragmático y con ello político-criminalmente orientado, y la dogmática jurídico-penal alemana, que otorga primacía a la teoría y al sistema. Para un pragmatismo radical sólo existen, por una parte, las leyes penales en su significado coloquial, significado que no puede ser desplazado con argumentos de Política criminal, y, por otra parte, finalidades político-criminales, que inspiran la práctica judicial allí donde la ley penal otorga al juez un margen de discrecionalidad, como por ejemplo en los requisitos de punibilidad no regulados legalmente y, sobre todo, en la medición de la pena. No existe un sistema jurídico-penal en el sentido específico de la dogmática jurídico-penal alemana, es decir, un sistema de principios normativos de imputación que concreten y complementen las normas jurídicas escritas, sino tan sólo un ordenamiento jurídico-penal en sentido elemental, constituido por principios jurídicos extraídos de la legislación o del precedente judicial, de tal manera que tampoco entra en consideración un ámbito de interferencia o de concurrencia con máximas político-criminales.

2. Lo mismo ocurre con la teoría jurídica antagónica, representada por la ciencia jurídico-penal tradicional alemana, que concibe los presupuestos para la imputación objetiva e individual de la lesión de un bien jurídico penalmente protegido como un sistema no escrito, cognoscible

---

(\*) Conferencia pronunciada el día 10 de abril de 1991 en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Traducción de Margarita Martínez de Escamilla (Universidad Complutense).

por medios científicos, el cual concreta, completa y, allí donde es posible, interpreta las normas legales en un sentido diferente a su comprensión coloquial. Puesto que las declaraciones científicas jurídico-penales se diferencian de los postulados y finalidades político-criminales por su estructura cognoscitiva, queda estrictamente prohibida cualquier influencia de la Política criminal en el sistema de Derecho penal.

Considero erróneas ambas posiciones extremas porque, por una parte, no se puede discutir seriamente la necesidad de un sistema de derecho a configurar con medios científicos-jurídicos, que semánticamente es más rico que el conjunto del Derecho positivo entendido con los medios del lenguaje común, mientras que, por otra parte, en la construcción de este sistema, no se puede prescindir de recurrir a los objetivos político-criminales sin incurrir en graves errores metodológicos. Mi tesis reza, por consiguiente, que la conexión entre Política criminal y sistema de Derecho penal se deriva de la teoría de la obtención del Derecho, tesis que quiero aclarar y corroborar mediante una crítica a las posiciones extremas mencionadas y, acto seguido, mediante una explicación del nexo tal y como lo concibo.

## 2. CRITICA AL PRAGMATISMO PURO

Quisiera ser conciso en la crítica al pragmatismo científico jurídico-penal puro después de que hace seis años un simposium germano-americano de Derecho penal y un año después otro germano-escandinavo en Friburgo se ocuparan en todas sus ramificaciones de la diferenciación, fundamental para un sistema de Derecho penal independiente, entre justificación y exculpación (1) y, después de que en USA, si no me equivoco, los días de una ciencia jurídico-penal sin sistema están contados. Prescindiendo completamente de que la jurisprudencia analítica procede de Inglaterra progresivamente va desempeñando un papel parecido a la dogmática jurídico-penal (2), los nuevos planteamientos más tenidos en consideración de la teoría jurídico-penal americana, a saber: los trabajos de *George P. Fletcher* sobre los requisitos de la punibilidad (3) y el Neo-clasicismo en la doctrina de la medición de la

---

(1) Las ponencias están publicadas en: Albn Eser/George P. Fletcher, *Rechtfertigung un Entschuldigung — Justification and Excuse*, Freiburg i Br., t. I 1987, t. II 1988.

(2) Basicamente, ya H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility*, 1968. Por otra parte, por ejemplo, en la teoría analítica de la acción se discuten problemas muy similares como la controversia sobre el concepto de acción y la doctrina de la imputación de la dogmática jurídico-penal alemana, cfr. Las contribuciones de Georg Meggle, John L. Austin y otros muchos, en : Meggle (comp.), *Analytische Handlungstheorie* 1977.

(3) De los numerosos trabajos de Fletcher. cfr. únicamente: *Rethinking Criminal Law*, 1978; además, con numerosas referencias, sus contribuciones en: Eser/Fletcher (nota 2), t. 1, pp. 9 y ss, 67 y ss; t. 2 pp. 795 y ss., y 1595 y ss.

pena (4), se caracterizan por una puesta en conexión claramente acentuada con el principio de igualdad, el cual sólo puede ser ejecutado en el marco de un sistema, es decir, en un ensamblaje ordenado de relaciones de reglas de imputación cualitativas y cuantitativas. Por ello quisiera tan sólo introducir una apreciación metodológica. Actualmente es una idea prácticamente ya elemental el que las leyes sólo contienen una unívoca regulación de las consecuencias jurídicas para una pequeña parte de los casos que acontecen en la realidad, es decir, sólo en la medida en que el supuesto es captado por el núcleo de significado del tenor de la ley, entendido según el lenguaje común, como ya formuló *Philipp Heck* mucho tiempo antes de la aparición de la teoría jurídica del análisis lingüístico (5) y como *H.L.A. Hart* como «coro» simplemente reformuló (6). La solución de los casos asentados en la corteza del significado (en la penumbra) de los términos legales requieren, por tanto, no sólo la obediencia a la ley, sino una teoría explícita, o por lo menos explicitable, de la pena estatal, que es de suponer, en principio, que el juez sólo puede obtener de manera correcta tomando partido por una determinada concepción político-criminal. Tan pronto como se adopte más de una decisión de este tipo debe existir un instrumento de crítica y de control, con cuya ayuda se pueda examinar la consistencia de las decisiones particulares en el sentido de su lógica compatibilidad. El medio para ello, como ha puesto de manifiesto de discusión alemana sobre la relación entre tópica y sistemática en la ciencia jurídica (7), es la generalización de la respectiva *ratio decidendi*, puesto que sólo de esta forma puede y debe ser averiguada la incoherencia de topoi semánticamente diferentes. Pero esta generalización es ya formación del sistema y, puesto que ello tiene lugar por caminos puramente lógicos, se comprueba con ello que no puede existir una obtención del Derecho partiendo exclusivamente de convicciones político-criminales. Por ello una administración de justicia orientada a un pragmatismo político-cri-

---

(4) Cfr., por ejemplo, Andrew v. Hirsch, *Doing Justice*, New York 1976; Rechar G. Singer, *Just Deserts*, Cambridge, Mass, 1979; A. v. Hirsch, *Past or Future Crimes*, Manchester 1986; el mismo /Nils Jareborg, *Nordisk Tedsskrift for Kriminalvidenskab* 74 (1987), 300. Desde la perspectiva alemana, cfr. la exposición (demasiado crítica) de Thomas Weigend, *ZStW* 94 (1982), pp. 801 y ss.

(5) AcP 112, 46, 173. La teoría analítica del lenguaje no fue esencialmente más allá de ese principio, el cual posteriormente hizo suyo y desarrolló especialmente Jesch, *AöR* 1957, 172 ss., sino que simplemente lo formuló de nuevo mediante la diferenciación entre candidatos positivos, negativos y neutros, cfr. Hans-Joachim Koch/Helmut Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, 1982, pp. 194 y ss.

(6) Cfr. H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, *Haward Law Review*, t. 71 (1958), pp. 539 y ss.

(7) Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 1974 5.ª ed., pp. 81 y ss.; Larenz, Karl, *Methodenlehre*, 1960, pp. 133 y ss.; Diederichsen Uwe, *Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz*, en: *NJW* 1966, pp. 697 y ss.

minal, si quiere superar el nivel de una «justicia del juez» (Kadi-Justiz), tampoco puede renunciar a un control mediante un sistema desarrollado o a desarrollar por la ciencia jurídica. Quod erat demonstratum.

### 3. CRITICA LA SISTEMATICA JURIDICO-PENAL ONTOLOGICA

La opinión dominante en Alemania durante más de ochenta años, de que en la construcción de un sistema de Derecho penal no deben ser tomados en consideración los objetivos político-criminales, resulta mucho más difícil de rebatir, puesto que parece conducir a un círculo vicioso el querer controlar la lógica interna y la justicia de las decisiones particulares político-criminales mediante un sistema que, a su vez, es un derivado de la Política criminal. Pero, incluso cuanto este argumento se utiliza en pro de una estricta separación entre Política criminal y sistema de Derecho penal, permanece en el aire la cuestión de cómo, entonces, ha de hallarse el contenido de dicho sistema. Los intentos de los últimos ochenta años, según mi opinión frustrados, de ofrecer un respuesta a la cuestión planteada, son tan ilustrativos que quisiera pasarles revista en pocas palabras.

1. La posición clásica fue formulada hace casi cien años en la famosa frase de *von Liszt*, del año 1893, según la cual el Derecho penal constituye la barrera infranqueable de la Política criminal (8). El trasfondo de esta antitética contraposición entre formación de un sistema dogmático jurídico-penal y finalidades político-criminales era para Liszt el positivismo legal, según el cual se pensaba que todas las decisiones habían sido tomadas ya por el legislador (9).

Consecuentemente, el sistema de Derecho penal fue concebido como el conjunto de requisitos de la punibilidad y de las relaciones entre ellos, que se organizaba y deducía partiendo del Código Penal del Reich, siguiendo los principios de la lógica jurídica. Dicho sistema contenía una respuesta inequívoca acerca de la punibilidad de cualquier supuesto imaginado, respuesta que, en caso necesario, debía ser extraída mediante un análisis adicional de las reglas contenidas, a veces implícitamente, en el sistema y que debían ser deducidas tomando como punto de referencia las relaciones entre los diversos componentes de dicho sistema. En el paradigma de Derecho penal de la retribución los presupuestos fundamentales del Derecho penal parecían estar tan claramente definidos que su contenido podía ser desig-

(8) *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. 2 1905 p.80

(9) Característico es, por ejemplo, su sobrevaloración de la transcendencia de las decisiones legislativas, en: *v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 14.<sup>a</sup>/15.<sup>a</sup> ed. 1905, p. 140.

nado y acotado sin dificultad. Debía ser castigada la culpabilidad manifestada en una acción prohibida con una pena, es decir, la causalidad evitable para el autor de un acontecimiento externo desaprobado. La evitabilidad individual se presuponía en el autor psíquicamente sano, si previó o pudo prever el curso causal que puso en marcha, de tal manera que a una contemplación intuitiva debía parecer evidente el concepto psicológico de la culpabilidad, característico del naturalismo jurídico-penal, que incorporaba el dolo y la imprudencia como formas de culpabilidad y cuya comprobación concebía como una labor empírica (10). En realidad esta concepción suponía una simplificación inadmisibles porque, por ejemplo, el concepto de causalidad no aportaba absolutamente nada en el tratamiento de las situaciones de conflicto, del tal manera que los supuestos de estado de necesidad no podían ser explicados correctamente ni por un monismo causal, ni por un concepto psicológico de la culpabilidad (11); porque la evitabilidad fallaba como criterio de punibilidad en los casos de riesgo deseado en el tráfico social y por lo tanto permitido (12); porque el concepto de querer, utilizado en la definición del dolo como querer y conocer no es definible ni científica ni coloquialmente (13) y porque

---

(10) Sobre la fundamentación de la teoría de la equivalencia por v. Buri y su asunción por v. Liszt, cfr. las referencias de Bernd Schünemann, en: Schünemann (comp.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, pág. 21; acerca del concepto psicológico de la culpabilidad, cfr. la exposición de Hans Achenbach, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, 1974, pp. 37 y ss., 62 y ss.

(11) Por ello el estado de necesidad jurídico-penal fue contemplado durante siglos como «un entramado en extremo enmarañado y confuso», «el cual hacía prácticamente imposible encontrar el *inicio del hilo*» (cfr. Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, t. II/1, 1905, p. 40; ulteriores referencias las encontramos, junto con una concisa exposición del desarrollo histórico-dogmático, en Wilfried Küper, en: Eser/Flecher —nota 2—, pp. 315, 323 y ss.)

(12) Por ello tampoco pudo triunfar el último intento de Friedrich-Cristian Schroeder (en: Hans-Heinrich Jeschek/Wolfgang Ruß/Günter Willms, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 10.<sup>a</sup> ed., § 16 n.º marginal 127 y ss., 184, 195 y ss.) de solucionar los problemas normativos de la responsabilidad por imprudencia exclusivamente mediante el criterio naturalístico de la reconocibilidad de la realización del tipo (cfr. Schünemann, GA 1985, pp. 341, 359 y ss.; Schroeder en su réplica en JZ 1989, pp. 776, 778 y s. ha de conceder finalmente relevancia al riesgo permitido y por ello es incapaz de convencer.

(13) Cfr. de la casi inabarcable bibliografía, y en los últimos tiempos de nuevo en aumento, Wolfgang Frisch, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 255 y ss.; Schünemann, GA 1985, pp. 360 y ss.; Günter Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1983, pp. 220 y ss.; como postura más avanzada y consecuente con la eliminación de todos los componentes supuestamente volitivos, Rolf D. Herzberg, JuS 1986, pp. 249 y ss.; 1987, pp. 777 y ss.; NJW 1987, pp. 1461 y ss. 2283 y ss; Wilfried Botke, en: Bernd Schünemann/Gerd Pfeiffer, *Die Rechtsprobleme von AIDS*, 1988, pp. 171, 192 y ss. el mismo, AIFO 1988, pp. 631 y ss.

esta imposibilidad se hace patente con el transcurso del tiempo también para la causa fundamental de exculpación de la «perturbación mental patológica» (14). A esto se añade otro defecto de construcción fundamental: a la vista de las evidentes lagunas de la Parte General del Código Penal de Reich de 1871 en la ciencia jurídico penal el positivismo legal se agudiza adoptando la forma radical del naturalismo jurídico penal, que concibe todos los problemas no contestados por la ley como cuestiones empíricas. Así, por ejemplo, el problema normativo de la imputación del resultado se reduce a la cuestión empírica de la causalidad, culminando en un monismo causalista, el cual, de una manera tan consecuente como absurda, traslada todos los problemas, en realidad no resueltos en el plano objetivo, al plano subjetivo, dando luz a un conjunto de teorías subjetivas de las cuales sólo quisiera citar aquí la teoría subjetiva de la tentativa (15) la teoría subjetiva de la autoría (16) y, en cierto modo coronación, la teoría de la injerencia en los delitos de omisión impropia. Esta última creía haber encontrado en la psique del sujeto omitente la causalidad, inexistente en la parte objetiva de los delitos de omisión y que, según el propio dogma, era elemento imprescindible y determinante de la punibilidad (17).

2. Los defectos metodológicos y teórico-jurídicos, ilustrados con los ejemplos que acabamos de citar, el sistema clásico basado

---

(14) Y a más tardar con el reconocimiento del denominado concepto jurídico de enfermedad, que actualmente lo encontramos en la categoría de «otras graves anormalidades psíquicas», cfr. con referencias, BGHSt 14, 30 (32); Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4.<sup>a</sup> ed., 1988, p. 397; Lenckner, en: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 23.<sup>a</sup> ed, 1988, § 20, n.º marginal 22; acerca del problema todavía hoy sin resolver del § 20 StGB, finalmente con numerosas referencias, Schünemann, GA 1986, pp. 293, 296 y ss.; el mismo en: Hans Joachim Hirsch/Thomas Weigend, Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, pp. 147, 165 y ss.

(15) Básicamente v. Buri, GS 19 (1867), pp. 60, 71; 32 (1880), pp. 321 y ss.; 40 (1888), pp. 503 y ss.; en mismo, ZStW 1 (1881), pp. 185 y ss; desde un principio bajo su influencia también la jurisprudencia del Tribunal de Reich, cfr. RGSt 1, 439, 441; 8, 198, 203; 34, 15 21; 72, 66; 77, 1.

(16) Fundamentalmente también de nuevo v. Buri, Zur Lehre von der Teilnahme, 1860, pp. 1 y ss. el mismo, GA 1869, pp. 233 y ss, 305 y ss; el mismo, Die Causalität in ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885, p. 41; continuamente mantenida en la jurisprudencia del Tribunal del Reich desde RGSt 3, 181 y ss y aún hoy defendida por el BGH a pesar de la contundente crítica en la doctrina (Cfr. por todos, Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 5.<sup>a</sup> ed. 1990, pp. 54 ss., 591 y ss.: Schünemann, GA 1986, pp. 293 y 328 y ss.) y a pesar de la incorporación de claros elementos de la doctrina del dominio del hecho, cfr. únicamente BGHSt 27, 205, 28, 346, 348; 33, 50, 53.

(17) La exposición y referencias de Jürgen Welp, Vorangegangens Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, pp. 46 y ss.; Bernd Schünemann, Grund und Grezen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, p. 9, el mismo, ZStW 96 (1984), p. 287, nota 1. También aquí le corresponde a v. Buri el odioso privilegio de «führer» de la opinión.

en el positivismo jurídico y en el naturalismo, fueron puestos de manifiesto por la ciencia jurídica alemana poco después de 1900, con lo que ciertamente en el Derecho civil se puso fin a las deficiencias metodológicas mediante la jurisprudencia de intereses (18), mientras que en el Derecho penal, a causa del principio de legalidad consagrado en la Constitución, el naturalismo, en mayor medida que el positivismo jurídico, se convierte en centro de la crítica. Con la sustitución de éste por un pensamiento jurídico-penal inspirado en el neokantianismo se abandonó también su *sistema clasificatorio-categorial* con sus limitaciones y precipitadas tesis a las que acabamos de aludir y se acometió la labor de construcción de un *sistema teleológico* de Derecho penal, el cual era concebido a partir de la finalidad de la pena (19), apuntando con ello a la superación de la tajante oposición anterior, característica de von Liszt, entre Política criminal y Derecho penal. La consolidación del concepto normativo de la culpabilidad y la descomposición, posible gracias a dicha concepción de la culpabilidad (20), del nudo gordiano del estado de necesidad en un estado de necesidad justificante y un estado de necesidad exculpante (21), así como el desarrollo del estado de necesidad supralegal sobre la base de un concepto material de la antijuridicidad (22), constituyen los hitos de un desarrollo que, según mi valoración, de no haber sido interrumpido, y a pesar de su procedencia la filosofía del idealismo alemán, hubiera conducido a una fuerte aproximación al pensamiento jurídico utilitarista de la tradición anglosajona, como pone especialmente de manifiesto el reconocimiento, fundamentado de una manera puramente utilitarista, de un estado de necesidad supralegal. Mediante la doctrina de los elementos normativos del tipo se reconoció también el problema de la apertura semántica de las regulaciones contenidas en la ley penal y su necesidad de concreción mediante decisiones judiciales valo-

---

(18) Cfr. Philipp, Heck, *Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre*, 1936, pp. 9 y ss.; el mismo, *Rechtsphilosophie und Interessenjurisprudenz*, en *AcP* 143, 143 (1937), pp. 129 y ss.; el mismo, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 1912 (citado según la nueva compilación de R. Dubischar 1968), pp. 21 y ss.; Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5.ª ed., 1983, pp. 48 y ss; Wolfgang Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, 1976, tomo III, pp.361 y ss.

(19) Textualmente Radbruch, *Festgabe für Frank I*, p. 163.

(20) Cfr. la exposición de Achenbach, *op. cit.* (nota 11), pp. 97 y ss., 105 y ss.

(21) Básicamente Jamens Goldschmidt, en: *Österreichische Zeitschrift für Strafrecht* 1913, pp. 162 y ss.; el mismo en: *Festgabe für Frank I*, 1930, pp. 452 y s.; Helmut von Weber, *Das Notstandsproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925*, 1925, p. 16; Heinrich Henkel, *Der Notstand nach gegenwärtigem und zukünftigem Recht*, 1932, pp. 16 y ss.; Marquetus, *Der Gendanke der Zumutbarkeit*, 1928, p. 68.

(22) Cfr. únicamente el famoso fallo del Tribunal del Reich de 11-3-1927, *RGSSt* 61. 242. 253 ss.

rativas (23), cuestiones no superadas en realidad a causa del realismo valorativo (24), que rechazaba nuevamente el Positivismo jurídico.

3. Con la subida al poder del Nacionalsocialismo el posterior desarrollo de esta concepción no sólo se interrumpió, sino que se vio truncado, puesto que se denuncia el enfoque teleológico como individualista y valorativamente relativista (25) y se hace tan concienzudamente que, incluso después de 1945, no se vuelven a retomar los principios utilitaristas del pensamiento jurídico-penal teleológico, sino que más allá del pensamiento teleológico tan tremendamente comprometido del Tercer Reich, se buscan verdades suprapositivas. Mientras que en la Filosofía del Derecho se inició un renacimiento del Derecho natural por el propio Gustav Radbruch, antiguo principal exponente del pensamiento del relativismo valorativo (26), la ciencia jurídico-penal alemana permanece a lo largo de dos decenios anclada bajo el signo del Finalismo, acuñado por Hans Welzel, el cual creía haber encontrado en la finalidad de la acción la estructura lógico-real fundamental para el Derecho penal, que debería constituir el pilar natural de un sistema de Derecho penal pretendidamente independiente de la regulación jurídica y que debía determinar de manera decisiva, por ejemplo, los conceptos de dolo e imprudencia, la distinción entre error de tipo y error de prohibición y el tratamiento de las distintas formas de error, así como la construcción del sistema del delito mediante la atribución del dolo al tipo subjetivo (27). El pretendido hallazgo de una constante antropológica, a cuya toma en consideración estaba obligado el legislador con total independencia de sus concretas finalidades político-criminales, antepone la sistemática jurídico-penal, que debía consistir en el desenvolvimiento y explicación de esas estructuras lógico-reales, a la Política criminal, fundamentada tan sólo secundariamente en esas estructuras, expul-

---

(23) Cfr. Ernst Mayer, *Der Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, pp. 182 y ss.; Gründhut, Max, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1926; August Hegler, *Festgabe für Frank I*, 1930, p. 274 y s.

(24) Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 8.ª ed., 1973 (comp. Erich Wolf y Hans Peter Schneider), pp. 95 y ss., 98 y ss.

(25) Cfr. la exposición y referencias de Klaus Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, 1975, pp. 87 y ss., 214 y ss.; Schünemann, en *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems* (nota 11), p. 33 y ss.

(26) SJZ 1946, págs 105 y ss. (también impreso en: *Rechtsphilosophie* (nota 25), 8.ª ed. 1973, pp. 339 y ss.

(27) Básicamente ya Hans Welzel, *ZStW* 51 (1931), pp. 703 y ss. Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, pp. 7 y ss., 12 y ss., el mismo, *Naturalismus und Wertphilosophie in Strafrecht*, 1935, págs 108 y ss.; el mismo, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4.ª ed.; además en el conjunto de ediciones de su manual «Das deutsche Strafrecht» cfr. por lo demás con referencias Schünemann, en: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems* (nota 11) pp. 34 y ss.

sando así, de una forma todavía más determinante que la correspondiente a la tesis de la separación de *Franz von Liszt*, a la Política criminal del sistema de Derecho penal. Como ejemplo típico puede servir tanto hoy como ayer el tratamiento del error evitable sobre los presupuestos de una causa de justificación, el cual según la concepción finalista, no impide el castigo por una comisión dolosa, porque las causas de justificación no hacen desaparecer nunca la tipicidad sino sólo la antijuridicidad, por lo que la creencia errónea sobre la concurrencia de una causa de justificación no elimina el dolo típico, sino simplemente la conciencia de antijuridicidad (28). Tanto la desaparición del planteamiento político-criminal, cuyo manejo desde la perspectiva del fin de protección de los bienes jurídicos sería adecuada para esta constelación, como la decisión deductiva del caso partiendo de las fijaciones sistemáticas superiores, permite reconocer la pretensión de un sistema de Derecho penal completamente independiente que genera, a partir de sí mismo, la solución de nuevos problemas jurídicos.

4. Este segundo intento de construcción de un sistema ontológico de Derecho penal ha dejado también tras de sí —al igual que el naturalismo jurídico penal— profundas huellas en la dogmática jurídico-penal. Sin embargo finalmente fracasó porque *Welzel*, por una parte, exageró la trascendencia de las estructuras lógico reales por él descritas y, por otra, en la construcción del propio sistema se enreda con contradicciones internas. Así, la bipartición naturalista del concepto de delito en lo relativo al mundo exterior, como base de la antijuridicidad, y lo psicológico como fundamento de la culpabilidad, que comenzó a tambalearse ya en tiempos del pensamiento jurídico-penal neokantiano mediante el descubrimiento de los elementos subjetivos del tipo (29) y de los elementos objetivos de la culpabilidad (30), fue, sin lugar a dudas, definitivamente superada mediante la comprensión, debida al finalismo, del dolo como requisito de una acción lesiva de una concreta norma prohibi-

---

(28) Sobre esta denominada teoría estricta de la culpabilidad, cfr. Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, pp. 164 y ss.; la elaboración más minuciosa de esta teoría se encuentra en Hans-Joachim Hirsch, *Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, p. 170 y ss.; por ello es digno de mención el hecho de que el discípulo de Hirsch, Georg Küpper, en su trabajo «*Grezen der normtivistischen Strafrechtsdogmatik*», 1990, a pesar de intentar defender casi todas las posiciones centrales del finalismo clásico, no alude a la teoría estricta de la culpabilidad.

(29) También, en este aspecto, básicamente Hegler, *ZStW* 36 (1915), pp. 31 y ss.; el mismo, *Festgabe für Frank I*, 1930 pp. 251 y ss.; Mezger, *Gs* 89 (1924), pp. 207.

(30) Cfr. de nuevo Hegler, *ZStW* 36 (1915), 34; el mismo, *Festgabe für Juristischen Fakultäten für das Reichsgericht*, 1929, t.v, p. 314; el mismo, *Festgabe für Frank I*, 1930, págs 253 y ss.; además Thierfelder, *Objektiv gefaßte Schuldmerkmale*, 1932, pp. 44 y ss.

tiva jurídico-penal. Ya la equiparación entre dolo y finalidad, y con ello el axioma básico del finalismo es insostenible, de tal manera que el finalismo sobrevalora considerablemente el poder de radiación de su fundamento ontológico para el sistema jurídico-penal (31). Y con la propagación de la teoría estricta de la culpabilidad, que conceptúa como un simple error de prohibición de la apreciación errónea de una circunstancia excluyente del injusto, el finalismo traiciona sus propias premisas, puesto que quien deduce de la doctrina final de la acción un concepto de injusto personal, por una parte, y, por otra, la exclusión del error de prohibición de la dogmática del dolo, no puede equiparar de nuevo, en parte, el error sobre las circunstancias relevantes para el injusto con la ausencia de conciencia de antijuridicidad sin incurrir en contradicciones internas (32).

5. Los dos intentos más elaborados de establecer un sistema de Derecho penal completamente separado de la Política criminal no han tenido, desde mi perspectiva, ningún éxito, ni pueden tenerlo por razones teórico-jurídicas, y metodológicas, porque la causalidad y la estructura final de la acción dejan tan reducido margen para la comprobación de los requisitos particulares de la punibilidad que el legislador, mediante la remisión a esas realidades ontológicas, cuya correcta puesta de relieve quiero atribuir sin más a *Liszt* y a *Welzel*, habría determinado implícitamente, si bien a grandes rasgos, cualquier cuestión sobre las particularidades de los presupuestos de la punibilidad regulados en la ley. Que al fin y al cabo también el finalismo, al igual que antes explícitamente el naturalismo, para la realización de esta labor de concreción sólo puede remitir al positivismo jurídico, inidóneo a tal efecto, ha sido reconocido por el propio *Hans Joachim Hirsch* en su reciente defensa del finalismo, cuando habla de que la anterior concepción, es decir, la concepción de *Welzel*, contempla la determinación del injusto a practicar desde el punto de vista del merecimiento y la necesidad de pena como una labor que obliga al legislador en la elaboración de los tipos penales (33).

---

(31) Cfr. únicamente la crítica de Claus Roxin, ZStW 74 (1962), pp. 515 y ss.

(32) La crítica, consistente sólo desde el punto de vista sistemático, a la teoría estricta de la culpabilidad es suministrada por la teoría de los elementos negativos del tipo, mientras que la concepción, actualmente muy extendida, de la teoría limitada de la culpabilidad en el sentido de la simple exclusión de la culpabilidad dolosa mediante el error de tipo permisivo, o sea, en el sentido de una orientación a las consecuencias jurídicas adolece de contradicciones internas insalvables, cfr. críticamente Schünemann, en: Grundfragen des modernen Strafrechtssystems (nota 11), p. 41 y s. nota 89; el mismo, GA 1985, 347 ss.; Rolf Dietrich Herzberg, JA 1989, pp. 243, 250.

(33) En: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln, 1988, pp. 399, 416 y ss.

#### 4. ACERCA DE LA FUNCIONALIZACION DEL CONCEPTO JURIDICO-PENAL DE INJUSTO

1. La amplia renormativización del pensamiento sistemático jurídico-penal que se ha ido imponiendo en Alemania desde 1970 y que está estrechamente ligada al estudio programático de *Claus Roxin*: «Política criminal y sistema de Derecho penal», del mismo año, renormativización que he conceptualizado en otro lugar como una clarificadora continuación del pensamiento jurídico-penal neokantiano dominante en el primer tercio de este siglo (34), ha dado lugar en los dos últimos decenios a un gran número de esfuerzos, algunos elementales, otros detallados, en pro de la superación del concepto anti-tético (que se podría denominar «*concepto zanja*» —«*Grabenkonzept*»—) entre sistemática jurídico-penal y Política criminal y de su sustitución por un ininterrumpido sistema de relaciones y derivaciones, es decir, en pro del desarrollo de un «*concepto puente*» («*Brückenkonzept*»). Puesto que la limitación de tiempo me impide descubrir en detalle los pilares aportados hasta el momento a este concepto puente, que se encuentra todavía en vías de construcción y desarrollo, he de limitarme a una visión totalmente general. En 1970 Roxin proclamó la necesidad de reflejar la unidad sistemática entre Política criminal y Derecho penal también en la elaboración de la doctrina del delito, por lo cual las categorías delictivas particulares de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad debían ser desde un principio contempladas, sistematizadas y desarrolladas desde la perspectiva de su función político-criminal. A este efecto al tipo le corresponde el «*Leitmotiv*» de la determinación legal, a la antijuridicidad el ámbito de las soluciones sociales de conflictos y a la culpabilidad la necesidad de pena resultante de consideraciones preventivas (35). La controvertida discusión (36) al respecto, mantenida desde entonces hasta hoy, ha puesto de manifiesto, según mi opinión, que el sistema de Derecho penal teleológico-racional o funcional, basado en el concepto puente, debe escapar de la sombra de la concepción tripartita del delito, sombra que hasta hoy despliega el sistema de *Beling* y *von Liszt* surgido del naturalismo jurídico-penal, puesto que resulta imposible desde los principios básicos políticos-criminales funcionalizar la diferenciación puramente heurística y de control entre tipicidad y antijuridicidad. Si eliminamos este lastre histórico en la construcción de un

---

(34) En: Grundfragen des modernen Strafrechtssystems (nota 11), pp. 45 y ss.

(35) Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.<sup>a</sup> ed. 1973, p. 15 y s. y passim.

(36) Cfr. los trabajos de Achenbach, Amelung, Haffke, Rudolphi, Schünemann y Wolter, en: Grundfragen des modernen Strafrechtssystems (nota 11); Jescheck ZStW 93 (1981), 24; Hirsch, Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln (nota 34) pp. 399, 414 y ss.; Küpper, op. cit. (nota 29), pp. 157 y ss.

sistema funcional de Derecho penal, surge, tan inevitablemente como sin tensiones la siguiente deducción: Puesto que el sistema de Derecho penal quiere captar, ordenando y concretando, el Derecho vigente y no cualquier ordenamiento jurídico hipotético, el punto de partida debe estar formado por las decisiones político-criminales básicas, que sirven de base al Derecho penal vigente y que están explicitadas puntual y parcialmente en el conjunto de las normas jurídico positivas. Dicha decisión básica consiste en la misión de protección de los bienes jurídicos mediante la influencia general y especial preventiva en el comportamiento humano. Dicha decisión básica puede desglosarse nuevamente en dos escalones de valoración: Tanto para la prevención general de intimidación como también para la prevención general positiva o de integración (37) lo determinante es la formulación de un juicio cualificado de desvalor sobre el comportamiento del autor, o bien, con otras palabras, de la misión del Derecho penal consistente en la evitación de comportamientos socialmente dañinos, como última ratio de la protección de bienes jurídicos (38), puede deducirse el primer nivel valorativo de una desvalorización especialmente intensa («específicamente jurídico-penal) del hecho. La diferenciación tradicional entre tipicidad y antijuridicidad se manifiesta bajo este punto de vista como una diferenciación simplemente técnico-jurídica, cuya importancia ha sido excesivamente sobrevalorada en la dogmática alemana desde los días de *Beling* y *Liszt*. La antijuridicidad, es decir, el carácter prohibido de la acción, en el sentido de la teoría general del Derecho, desde esta forma de contemplación no heurística ni didáctica, sino referida a valores y objetivos, no constituye ningún escalón valorativo definitivo, sino sólo una condición necesaria, aunque no suficiente, para el injusto específicamente jurídico-penal. Por ello, la tesis de *Hans-Ludwig Günther*, tan vehementemente discutida en los últimos años en Alemania, según la cual, junto a las causas de justificación que excluyen cualquier colisión con el ordenamiento jurídico global, también deben de ser reconocidas las causas que excluyen el injusto penal y que eliminan tan sólo el desvalor jurídico-penal cualificado (39), resulta perfectamente plausible desde un

---

(37) Cfr. Claus Roxin, *Festschrift für Bockelmann*, 1978, pp. 279 y ss.; Heinz Müller-Dietx, *Festschrift für Jescheck*, t. 2, 1985 pp. 813 y ss.; Bernd Schünemann, *GA* 1986, pp. 293, 349; Winfried Hassemer, *JuS* 1987, pp. 257 y ss.; Karl F. Schumann/Claus Berlitz/Hans Werner Guth/Reiner Kalitzki, *Jugendkriminalität und die Grenzen der Generalprävention*, 1987; Karl F. Schumann, *Positive Generalprävention*, 1989.

(38) Cfr. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts* (nota 15), pp. 3 t ss., 3; el mismo, en: *Leipziger Kommentar*, t. 1, 10.ª ed., Introducción, n.º marginal 3; Maurach/Zipf, *Strafrecht Allg. Teil* 1, 7.ª ed., 1987, pp. 25 ss.; Rudolphi en: *Systematischer Kommentar*, vor § 1, n.º marginal 12 y ss.; Claus Roxin, *JuS* 1966, pp. 377 y s., 382; Arthur Kaufmann, *Festschrift für Henkel*, pp. 89 y ss. 100 y ss.

(39) En: *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, *passim*.

planteamiento teórico, aunque realmente no es más estimulante que el reconocido de los elementos de tipo formulados negativamente (40); sin embargo, al igual que ésta última, la tesis de Günter no encuentra en la práctica un ámbito de aplicación digno de mención. Y ello porque cualquier elemento del tipo formulado negativamente puede ser reformulado mediante una adecuada delimitación del correspondiente elemento positivo del tipo; así, por ejemplo, ello puede conseguirse excluyendo del tipo del aborto el óvulo antes de la anidación mediante una conveniente definición restrictiva de feto o de embarazo, tal y como ha hecho el legislador alemán en el § 219 del Código penal. Pero aunque concurren todos los requisitos positivos del daño social específicamente jurídico-penal, no obstante puede producirse una renuncia al castigo, bien basándose en la compensación del daño social con un provecho social de peso relevante, proporcional al hecho, que puede entonces conducir en el ordenamiento jurídico global a la justificación, o bien desde la toma de consideración de la enorme presión motivacional que pesa sobre el autor individual, que en este caso no excluye el injusto penal, sino tan sólo la culpabilidad jurídico-penal, que pasaremos a examinar más adelante.

2. Ahora bien, haciendo nuestra la crítica pregunta de Hirsch, que quiere reconocerlas por sus frutos (41), ¿qué nuevas y convincentes soluciones ofrece, pues, un sistema funcional de Derecho penal en el marco del injusto? Yo veo ya hoy suficientes mejoras y quisiera abordar tres de ellas. La derivación del concepto de injusto jurídico-penal de la combinación entre el principio de protección de bienes jurídicos y el principio de última ratio proporciona directamente una directriz metódica para la interpretación de los tipos de la Parte Especial, recoge de esta manera en el sistema penal las cuestiones dogmáticas de los delitos particulares, remitidas habitualmente a la casuística de la jurisprudencia, y libera, al mismo tiempo, la interpretación teleológica tradicional de su deformación cuando se entiende como un mero pensamiento de protección de bienes jurídicos (42). En cualquier caso la así denominada Victimodogmática no casualmente se ha difundido en Alemania pocos años después del disparo de salida para

---

(40) En ello coincido totalmente con la defensa de Günther, en: Eser/Fletcher, op. cit. (nota 2), pp. 363, 397 y ss., por lo que considero demasiado radical el extendido completo rechazo de esta concepción (cfr. por ejemplo, Roxin), Festschrift für Oehler, 1985, pp. 181 y ss.; Hirsch, Festschrift der Juristischen Fakultät Köln (nota 34), pp. 411 y ss. más referencias por el mismo Günther, ibidem, p. 368, nota 9.

(41) En: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln, 1988, p. 417.

(42) Cfr. mi crítica en: Festschrift für Bockelmann, 1979, pp. 117 y ss.; la contra-crítica de Eser (en: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 23.ª ed. 1988, §1, n.º marginal 48) no acepta en absoluto la notable nivelación del aspecto «última ratio» mediante la simple interpretación partiendo del bien jurídico y por tanto, no hace justicia a mi argumentación.

un sistema funcional de Derecho penal; la victimodogmática concretiza el principio de la última ratio en el sentido de una razonable limitación de la punibilidad para aquellas constelaciones que se caracterizan por una capacidad de autoprotección a todas luces suficiente y aporoblemática por parte de la víctima potencial (43). En segundo lugar, quisiera hacer mención a la dogmática del dolo, que durante largo tiempo se ha mantenido sin un sólido punto de apoyo político-criminal, tan sólo haciendo juegos de malabares con palabras vacías y fórmulas lingüísticas retóricas que no llegaban más allá de la estructura superficial (44), y a la cual la monografía de *Frisch* sobre «dolo y riesgo» y su posterior desarrollo por *Herzberg* (45) ha abierto nuevos horizontes, en la medida que la delirante búsqueda en el dolo eventual de un elemento volitivo ontológico ha sido sustituida por un planteamiento cimentado político-criminalmente. Este elemento volitivo será valorado por la comunidad, a partir del conocimiento que tenga el autor de las características de su comportamiento, como una acción lesiva dominada por el autor y que manifiesta un desprecio hacia el bien jurídico. A este efecto ya no sólo entran en juego las categorías de la psicología de la emoción y de la psicología de la percepción continuamente manoseadas sin éxito en el pasado, sino el concreto modelo de comportamiento, de tal manera que, por ejemplo, la puesta en peligro de otro en el marco de un atraco es valorada por la comunidad de forma completamente diferente a la creación de un peligro unida con una autopuesta en peligro en una maniobra de adelantamiento. En este nuevo y desde hacía tiempo no sondeado desarrollo de la dogmática alemana del dolo reside, según mi opinión, por una parte, un importante acercamiento a la concepción pragmática del Derecho penal angloamericano, que toma en consideración la situación de prueba y, con ello en el fondo, el modelo concreto de compor-

---

(43) Coincidiendo con el año 1977 el artículo de Amelung, GA 1977, pp.1. ss., y mi ponencia en el Congreso de Profesores de Derecho penal de Gießen (publicado en: ZStW 90 (1978), pp. 11 y ss.); sobre el posterior desarrollo y rechazo de los contraargumentos cfr. Schünemann, en: Schneider (comp.), Das Verbrechensopfer in der Strafrechtspflege, pp. 407 y ss.; el mismo, Festschrift für Faller, 1984, pp. 357 y ss.; el mismo, NSZ 1986, pp. 439 y ss.; además Reimund Hassemmer, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, 1981; Kurth, Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug, 1984; Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986. La contracrítica de Eser, op. cit. (nota 43) de que la necesidad y el merecimiento de protección de la víctima depende de la interpretación del tipo y, con ello, de la precedente descripción del bien jurídico, pasa de nuevo por alto la autonomía del principio de «última ratio frente a la cuestión de la protección e incurre en sí mismo en realidad en el reproche de la argumentación circular, prescindiendo del particular malentendido de Eser del principio de última ratio como «prejuicio extrajurídico».

(44) Esto ha sido suficiente demostrado, cfr. por todos Schünemann, GA 1985, 362 y s., con referencias.

(45) Cfr. las referencias en la nota 14.

tamiento (46) y además, por otra parte, una reconstrucción más idónea de la praxis jurisprudencial, que se adereza siempre posteriormente con las palabras vacías de la dogmática del dolo (47). El finalismo ha naufragado de una forma especialmente trágica en su, por así decirlo, innato territorio, puesto que no quiso reconocer que las estructuras psicológicas reales no cuadraban con la praxis tradicional, puesto que en los conceptos psicológicos en absoluto existe una frontera trazable con nitidez entre aquello que habitualmente se califica como imprudencia consciente o bien como dolo eventual (48). Justamente este hallazgo debería haber hecho concebir sospechas a la ciencia jurídico-penal y sobre todo a la escuela finalista, puesto que, junto a la crítica a la dogmática jurídico-penal ontologizada, quisiera también advertir con urgencia el fallo contrario. Este amenaza por doquier el modelo construido por *Günther Jakobs*, antitético respecto al pensamiento jurídico-penal ontológico, con una impresionante consecuencia, justamente con la errónea conclusión normativa de poner los principios de imputación a la completa disposición del legislador o a la disposición de una teoría del sistema que se conforma con contenidos en el fondo discrecionales y, por otra parte, con el completo abandono de la toma en consideración de las estructuras reales prejurídicas (49). En concreto, hay muchos argumentos que hablan a favor de una *tripartición* de los tipos del injusto penal en un primer grupo de intención o dolo directo, un segundo grupo de dolo eventual e imprudencia consciente y un tercero de imprudencia inconsciente. Esta tripartición habría podido contemplar mucho mejor y con más precisión las estructuras reales psicológicas, de manera parecida a

---

(46) Cfr. Jerome Hall, *General principles of Criminal Law*, 2.<sup>a</sup> ed., 1960, pp. 117 y ss.

(47) Esto es puesto de manifiesto de forma especialmente clara por la sentencia del BGH sobre el dolo de contagio de un VHS infectado en las relaciones sexuales sin protección, así como la crítica de la doctrina al respecto, acertada desde un punto de vista intrasistemático pero incorrecta en el resultado, por ejemplo, Frisch, *JuS* 1990, pp. 262 y ss.; el mismo *Gedächtnisschrift für Meyer*, 1990, pp. 533 y ss.

(48) También aquí llama de nuevo la atención que Küpper en su trabajo en defensa la posición clásica del finalismo, op. cit. (nota 29) omita el concepto de dolo y la delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente, lo cual también rige para el trabajo de Hirsch comprensiblemente limitado desde un principio en su envergadura en *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln* (nota 34).

(49) Donde esto se aprecia con mayor claridad es en la «determinación de la culpabilidad» practicada por Jakobs, para lo cual «hay que negociar cuántas presiones sociales pueden ser endosadas al autor afectado por la atribución de culpabilidad y cuantas particularidades perturbadoras del autor han de ser aceptadas por el estado o soportadas por terceros —también por la propia víctima—» (*Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 396), mientras Jakobs sorprendentemente en la definición del concepto de dolo permanece descriptivo y, por ejemplo, para el dolo eventual exige un juicio consciente de probabilidad (p. 222).

como ocurrió en el Derecho anglo-americano con el grupo intermedio de *recklessness* (50). Cuando antes Welzel y ahora sobre todo Hans *Joachim Hirsch* se defienden con vehemencia frente a la opinión que afirma el carácter normativo de todos los conceptos básicos jurídico-penales y que considera, por tanto, innecesaria cualquier referencia a las estructuras prejurídicas (51), quisiera ponerme expresamente de su parte en lo tocante a este punto y remitirme a la idea del neokantianismo, que a mi juicio aún mantiene vigencia, de que si bien la relevancia de las estructuras ónticas tan sólo puede ser enjuiciada bajo un determinado aspecto valorativo directivo, pero que evidentemente también este principio normativo quedaría, por así decirlo, incorporado si no se le aplica a una determinada realidad existente con anterioridad a la aplicación del Derecho.

A quien objetara en contra de los ejemplos utilizados que éstos no ilustran los progresos del sistema de Derecho penal, sino tan sólo los de su contenido, se le podría contraargumentar que el sistema ya no debe ser incorrectamente entendido, por ejemplo, como un gran esquema constructivo o de control, sino que representa la síntesis de todas las relaciones lógicas existentes entre todas las reglas jurídico-penales y por ello evidentemente puede continuar desarrollando la estructura profunda mientras la superficie permanezca invariable. En segundo lugar, el sistema penal funcional va a dar lugar, ya en el marco del injusto, a una esencial mejora de la construcción externa del hecho penal y de su idoneidad para la concreción de las normas de imputación, a saber: mediante el ya mencionado abandono de la estructura tripartita del delito, consagra sólo por la tradición, pero que, por lo demás, trabaja con instrumentos completamente incoherentes y mediante la refundición de las categorías formales de la tipicidad y de la categoría extrapenal de la antijuridicidad en el nuevo nivel sistemático del *injusto específicamente jurídico-penal*. Como es sabido el eclecticismo, numéricamente dominante en Alemania, que considera correcta la crítica ejercida por *Welzel y Hirsch* a los elementos negativos del tipo, pero rechaza la consecuencia que de ahí se deduce de la teoría estricta de la culpabilidad (52), no ha sido capaz hasta hoy de sistematizar sin contradicciones esta decisión político criminalmente correcta, puesto que la tesis de la aplicación analógica del parágrafo 16, regulador del error de tipo, al error sobre el tipo permisivo recurriendo al tipo imprudente, al que no afecta el § 16, 1,

---

(50) Cfr. al respecto Weigend, ZStW 93 (1981), pp. 657 y ss. 687 y ss.; Arzt, Gedächtnisschrift für Shröder, 1978, pp. 119 y ss., 142 s.

(51) En: Festschrift der Juristischen fakultät Köln (nota 34); en el mismo sentido ahora Küpper, *op. cit.* (nota 29).

(52) Cfr., Johannes Wessels, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 20.<sup>a</sup> ed., 1990, pp. 132 y s., 135 y s.; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, (nota 15), p. 417 y s.

segundo inciso del Código Penal alemán, o bien lesiona la prohibición de analogía, o bien ha de admitirse que el error afecta al tipo. Y la tesis de que el error sobre el tipo permisivo no excluye el dolo, sino la culpabilidad dolosa, crea un concepto de culpabilidad que rebasa la simple reprochabilidad generalmente exigida, concepto que no existe en ninguna otra parte y que hasta ahora todavía no ha sido aclarado por nadie. Con el reconocimiento de que tanto el error de tipo como el error sobre el tipo permisivo hacen igualmente referencia a un requisito del injusto específicamente jurídico-penal, se elimina el quebrantamiento sistemático de la opinión dominante, haciendo posible al mismo tiempo el reconocimiento de que no sólo razones político-criminales, sino, de manera decisiva, también razones sistemáticas revelan la corrección de la teoría dominante de la culpabilidad restringida, en la forma del postulado del tratamiento igualitario de los supuestos equiparables entre ellos en las relaciones esenciales (53).

## 5. LA FUNCIONALIZACIÓN DEL CONCEPTO JURIDICO-PENAL DE CULPABILIDAD

Si ahora vuelvo la mirada desde el injusto a la culpabilidad, me introduzco en el terreno de la discusión hasta ahora más fructífera sobre el sistema funcional de Derecho penal. Aquí reside ya la dirección de choque básica del estudio de *Roxin* del año 1970, que todavía trata los niveles sistemáticos tradicionales de tipicidad y antijuridicidad de una manera comparativamente convencional, pero tendiendo expresamente un arco hacia la doctrina de los fines de la pena y, con ello, hacia los principios centrales de la Política criminal (54). Posteriormente *Günther Jakobs* da todavía un paso más hacia delante y proclama la completa remisión de la culpabilidad a la prevención general, es decir, más claramente, la eliminación del sistema de un concepto de culpabilidad no derivado de la idea de prevención (55). El eclecticismo dominante consintió, de una forma totalmente paralela, una reducción político-criminal, en todo punto semejante, del concepto de culpabilidad, si bien encubierta por la nomenclatura, a saber: mediante el así denominado concepto social de culpabilidad, que ya no exige como requisito del reproche de culpabilidad la posibilidad

---

(53) Cfr. las referencias en nota 53.

(54) *Op. cit.* (nota 36), pp. 33 y ss.

(55) Primeramente en: *Schuld und Prävention*, 1976; más extensamente elaborado en: *Strafrecht Allgemeiner Teil* (nota 14), pp. 392 y ss. Referencias sobre la concepción similar de *Haffke, Streng y Dornseifer* se encuentran en *Schünemann*, en: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems* (nota 11), p. 170, nota 34; en el mismo lugar, respaldando la concepción de *Jakobs*, las explicaciones de *Hans Achenbach*, pp. 135 y ss.

individual de comportarse de otra manera, sino tan sólo la comparación del autor con el hombre medio (56). Si se habla a favor del sistema funcional de Derecho penal, este desarrollo, desde el punto de vista de la tendencia, parecer ser perfectamente consecuente, puesto que si, como en Alemania, la concepción básica del Derecho penal pasa de un Derecho penal retribucionista a un Derecho penal preventivo, este cambio, según el principio de la adecuación al substrato, no puede dejar de ser tenido en consideración en la formación del sistema. No obstante, considero indiscutible, en un examen pormenorizado, el que dos de las tres líneas de desarrollo mencionadas, exceden el objetivo y que únicamente tendrá futuro, en el nivel sistemático de la culpabilidad, la diferenciación entre reprochabilidad en sentido estricto, entendida como posibilidad individual de comportarse de otra forma, y la exigibilidad en sentido amplio, a concretar de mano de consideraciones preventivas.

1. La transformación del Derecho penal retributivo en un Derecho penal preventivo, no significa en modo alguno que ahora se pueda renunciar a la reprochabilidad individual, sino que ésta ha pasado de ser un requisito de la punibilidad *necesario y suficiente*, a ser tan sólo un presupuesto necesario de la misma. Puesto que, en cualquier caso, después de la quiebra de la utopía de un Derecho penal puro de regeneración, la imposición del daño que la pena representa debe mostrarse no sólo preventivamente necesario (racional-teleológicamente útil) en conformidad con la idea básica de la protección de bienes jurídicos, sino también legitimable desde un punto de vista valorativo-racional, puesto que, como *Inmanuel Kant* en su teoría de la pena, por lo demás tan desacreditada, convincentemente argumentó, ningún hombre puede ser tratado simplemente como un instrumento en la imposición del castigo penal (57). También un utilitarista habrá de darle la razón, puesto que una administración de la justicia penal, que actúa de forma notoriamente selectiva y no posee ninguna regla fija, empíricamente confirmada, para la intensidad de sus sanciones, no puede prescindir de una legitimación adicional que, fuera del reducido ámbito de una «inocua» mediante el internamiento para la protección de la sociedad, sólo puede consistir en la

---

(56) Fundamentalmente Friedrich Nowakowsky, *Festschrift für Rittler*, 1957, pp. 71 y ss.; en la doctrina actual cfr. por todos Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts* (nota 39), pp. 368 y s.; Krümpelmann, *ZStW* 88 (1976), 6, 12, 32 y ss.; el mismo, *GA* 1983, 227, 360; Karl Lackner, *Festschrift für Kleinknecht*, 1985, pp. 245, 250 y ss.; a los mismos resultados va a parar el así denominado concepto empírico-pragmático de culpabilidad (cfr. Hans-Ludwig Schreiber, *Nervenarzt* 1977, 242, 245; Peter Alexis Albrecht, *GA* 1983, pp. 193 y ss.) y la teoría de la presunción *in bonam partem* de Roxim (primeramente en *MschKrim* 1973, 326, 320; finalmente en *SchwZStr.* 104 (1987), pp. 356 y ss, 372).

(57) En: *Die Metaphysik der Sitten*, publicado por Weischedel, 1968, p. 453.

comprobación de que el autor podía haber evitado el hecho y por tanto él mismo, de una manera imputable, ha provocado la consecuencia jurídica. Un «poder evitar» dado en la realidad es, por ello, indispensable, y la renuncia a él en el concepto social de la culpabilidad destruye, si se la toma en serio y no sólo como «una forma de hablar», la indispensable legitimación del Derecho penal. Que la reducción que ello conlleva del concepto de culpabilidad no es exigible en absoluto por motivos filosóficos-jurídicos, puesto que la libertad de voluntad como una construcción social es tan real como el restante substrato social del Derecho penal, he intentado demostrarlo en varias ocasiones, primero en el coloquio germano-japonés sobre Derecho penal en Colonia en 1988 (58), por lo que no es necesario repetirlo.

2. Por el mismo motivo es imposible también la reconducción del concepto de culpabilidad a la prevención general en el sentido propuesto por *Jakobs*. Si bien la prevención general positiva o de integración (59) requiere, por regla general, la evitabilidad individual del hecho para el autor, porque un hecho inevitable no supone una rebelión contra la norma y por tanto, el castigo en semejante caso tampoco actúa reforzando la norma. Sin embargo, esto varía en aquellos ámbitos delictivos, donde —como en los hechos penales cometidos en empresas económicas— por regla general sólo se puede probar una responsabilidad general, pero no la culpabilidad de un determinado autor en particular, y donde, por ello, una simple presunción de culpabilidad ya tiende un puente a la necesidad de prevención (60). Aquí, por tanto, no puede reducirse la culpabilidad a la prevención general y tampoco se puede desplazar el problema al marco procesal porque una presunción de culpabilidad disfrazada como una regla de prueba también destruye el efecto legitimador del principio de culpabilidad.

3. La culpabilidad en sentido estricto permanece, pues garantizada en el sistema de Derecho penal, pero no agota el *segundo* nivel de valoración del sistema funcional de Derecho penal, es decir, la *reprochabilidad agravada*. Cuando el legislador niega la responsabilidad penal no solo en los casos de una presión normativa irresistible, sino ya en los casos de fuerte presión inexigible, nos encontramos ante una renuncia, derivada de razones político-criminales, al reproche, todavía posible desde presupuestos psicológicos, como ya expu-

---

(58) *Op. cit.* (nota 15), pp. 151 y ss.

(59) Cfr. las referencias en nota 38.

(60) A ello ya se remitieron acertadamente Stratenwerth, Burkhardt y Schönborn, cfr. las referencias así como la contraréplica a la anticrítica de Roxin y Baumann en Schünemann, en: Grundfragen des modernen Strafrechtssystems (nota 11), pp. 177 y ss.

so Roxin en 1970 mediante la remisión a la ausencia de eficacia exculpatoria del estado de necesidad de los funcionarios de policía obligados a la aceptación del peligro, y a la ausencia de exculpación en el exceso en la legítima defensa por motivos agresivos (61).

## 6. CONSECUENCIAS PARA EL LEGISLADOR Y PARA LA DISCUSION INTERNACIONAL

Al final de esta concisa panorámica sobre un sistema de Derecho penal que elabora y hace suyas las finalidades político criminales, quisiera abordar muy brevemente dos cuestiones críticas: ¿Debe o no el legislador decidir las cuestiones sistemáticas, por ejemplo mediante la observación de un determinado uso del lenguaje? Y, la orientación del respectivo ordenamiento jurídico a los concretos principios político criminales básicos, ¿no ha de poner en peligro el diálogo internacional de la ciencia jurídico-penal?

1. El legislador alemán en la Reforma del Derecho penal no ha titubeado en adoptar un conjunto de decisiones sistemáticas, por ejemplo, definiendo la tipicidad como un presupuesto de la antijuridicidad en el § 11, 1, n.º 7 recogiendo y diferenciando en los §§ 34 y 35 entre un estado de necesidad justificante y uno exculpante y conceptualizando implícitamente, mediante el juego con la definición de hecho antijurídico y la regulación de las medidas de seguridad, el dolo y la imprudencia como elementos del tipo, dejando también, por otra parte, consecuentemente sin responder diferentes cuestiones claramente definidas, como por ejemplo la discusión entre las teorías estricta y limitada de la culpabilidad, o la punibilidad de sujeto inidóneo. Considero que esta reserva no está justificada, pues si bien el legislador puede dejar abiertas cuestiones que no son definibles con exactitud, siempre que un problema pueda ser finalmente dominado, han de ser puestas las cartas boca arriba.

2. *Hirsch*, en su estudio varias veces citado, reprocha al sistema teleológico-racional de Derecho penal que podría conducir a una renacionalización de la dogmática jurídico penal (62), y de hecho es indiscutible que decisiones básicas político-criminales diferentes han de conducir también a sistemas diferentes, como es perfectamente imaginable mediante la noción de un Derecho penal puramente especial-preventivo con la peligrosidad del autor como nivel valorativo superior. Sin embargo, no veo en ello sino una consecuencia necesaria de la primacía de la regulación material, cuyas diferencias no deben

---

(61) *Op. cit.* nota 36, pp. 33 y s.; el mismo, *Festschrift für Schaffstein*, 1975, pp. 105, 116 y ss.; *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 279 y ss.

(62) En: *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln* (nota 34), p. 417.

ser niveladas por una forma de colonización dogmática jurídico-penal del ordenamiento jurídico vecino. Por otra parte, ha de constatarse que actualmente, por lo menos en las sociedades occidentales, una nivelación rasante de las decisiones fundamentales y convicciones básicas político-criminales, pues, después del hundimiento de un elemental Derecho penal retributivo y después del fracaso de un concepto especial-preventivo de regeneración es apreciable en la discusión anglo-americana, así como en Escandinavia y también en Alemania, el triunfo de la prevención general positiva o indirecta o integradora, que no puede prescindir de la igualdad y la *proporcionalidad al hecho* (63), principios ligados al sistema, ni de la determinación de los particulares requisitos de imputación, ni en la determinación de la pena, mientras que sólo en escasos ámbitos del estado de necesidad de bienes jurídicos queda sitio para la inocuación y para la intimidación pura. A causa de esta comunidad en las convicciones básicas político-criminales incluso hoy me parecen más favorables que antaño las perspectivas de nivelación de los ordenamientos jurídicos nacionales así como de los sistemas jurídico-penales.

---

(63) Cfr. las referencias en nota 5, así como Raimo Lahti, Medeleine Löfmarck, Nils Jareborg y Andrew v. Hirsch, Jonathan Thormundsson, Heinz Zipt y Bernd Schünemann en: Albin Eser/Karin Coirnils (comp.), *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik*, 1987, pp. 1, 15, 35, 65, 141, 209 y ss.



# 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 antijuridicidades específicas, propias de cada sector jurídico. Ello hace que, si bien la presencia de una de esas antijuridicidades 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, rechazará 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.<sup>a</sup> 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 concurren; 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 Cuerda: 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 Schünemann, *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 tiene 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 subapartado 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 aquella 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 diferenciadamente 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.

# Falsas antinomias en la teoría del delito

JOAQUIN CUELLO CONTRERAS

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Extremadura (Cáceres)

## I

La teoría del delito ha experimentado un desarrollo inusitado en España durante los últimos veinte años. El número de investigaciones dedicadas a los más diversos aspectos de la teoría, desde posiciones muy variadas, comienza a ser inabarcable. Puede decirse que la discusión en torno a la teoría del delito se ha institucionalizado, entendiéndose por «institucionalización» la creación de un cuerpo de doctrinas que se cuestionan mutuamente sin necesidad de buscar fuera del debate interno entablado nuevos argumentos. Ya no se trata tanto de crear las propias premisas, sino de desarrollarlas y contrastarlas con otras divergentes a la luz del problema concreto que se debate. Hablar de teoría del delito entraña, por lo demás, dar por supuesto que se alude a *elementos estructurales mínimos del hecho punible* (1); si bien ello ha podido servir para achacarle a la teoría opuesta una asepsia que pueda ser utilizada ideológicamente, como, por ejemplo, que la doctrina del injusto personal se presta a un Derecho Penal del ánimo, algo que contribuye poco al debate fructífero que cabría esperar de aceptar —de entrada— el mayor número posible de alternativas.

El estado actual de la teoría del delito en nuestro país ha alcanzado, pues, un nivel en el cual se hace necesario y conveniente contrastar las propias premisas de que se parte con las sustentadas por otras concepciones real o supuestamente contrapuestas. Ello puede ser muy esclarecedor por dos razones. En primer lugar, porque obliga a preci-

---

(1) Vid. Joaquín Cuello Contreras, «Sobre los orígenes y principios del método dogmático en la teoría del delito», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann* (ed. por Gerhard Dornseifer y otros), 1989, pp. 113 y ss.

sar en qué difiere y en qué converge la propia posición con las demás. En segundo lugar, lo que quizá es más importante, porque permite aislar los problemas que ni una ni otra teoría han resuelto todavía. Constituyen *falsas antinomias* las afirmaciones realizadas desde una determinada posición doctrinal según la cual la posición contraria no permite llegar a una solución satisfactoria de algún problema básico de la teoría del delito, siendo así que en esa teoría criticada el problema está al menos tan bien resuelto como en la que se sustenta. En cambio, son *auténticas antinomias* aquellos problemas del Derecho Penal a los que ninguna teoría del delito les ha encontrado una solución satisfactoria.

Así, el reproche de que el Finalismo no concede ninguna importancia al resultado del delito, porque en su sistema no tiene ninguna cabida, constituye una falsa antinomia. La *razón* por la cual el resultado aumenta la gravedad del injusto y la culpabilidad del autor que lo causó, en cambio, constituye una auténtica antinomia. Nadie, ninguna teoría, ha podido explicar por qué, no pudiéndose (no debiéndose) prescindir de la consideración del resultado, no hay forma de ponerlo en relación con el comportamiento de quien lo produjo, salvo la causalidad que, como se acepta unánimemente, es insuficiente para *fundamentar* una responsabilidad penal.

A continuación se circunscribirá el tema a la constitución del injusto (dejándose para mejor ocasión la problemática de su exclusión). Para ello se han elegido tres concepciones representativas de otros tantos planteamientos divergentes sobre la cuestión. Con la elección, por lo demás, no se pretende ni mucho menos postergar obras excelentes y muy representativas de nuestra doctrina penal. Las tres teorías del delito elegidas, sin embargo, presentan una panorámica bastante amplia del estado actual de la teoría del delito en España, están contenidas en obras generales fácilmente accesibles al lector y desarrollan coherentemente las premisas de que parten. Empleando una terminología convencional —que sin duda habrá que revisar—, la obra de los profesores Cobo del Rosal y Vives Antón (2) sustenta una concepción «puramente» objetiva del injusto; la del profesor Mir Puig (3) parece una concepción «mixta» objetivo-subjetiva que, al menos, requiere un peligro de lesión para que se constituya el injusto; y la del profesor Cerezo Mir (4) constituye una teoría «mixta» subjetivo-objetiva que, inspirada en el Finalismo de Hans Welzel, admite que al menos en algún caso existe injusto sin que se haya creado peligro alguno de lesión del bien jurídico. Lógicamente, el elemento que

---

(2) Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón, *Derecho penal*, PG, 3.ª ed., 1990.

(3) Santiago Mir Puig, *Derecho Penal*, PG, 3.ª ed., 1990.

(4) José Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal español*, 3.ª ed., 1985.

falta para trazar una panorámica completa —sirviendo de contraste con las anteriores teorías— lo suministra una teoría del delito inspirada en el Finalismo que, recogiendo elementos de su desarrollo posterior a Welzel, puede etiquetarse, siguiendo la terminología anterior, de concepción «puramente» subjetiva. Claro que la terminología es sumamente peligrosa y ha servido para crear equívocos. Todas las matizaciones que se hagan en este extremo, pues, serán pocas:

Es sabido de todos cómo la doctrina de la imputación objetiva ha animado y renovado la teoría del injusto, introduciendo en su seno una serie de consideraciones valorativas que la concepción del injusto basada sólo en la causalidad no podía percibir, y mucho menos resolver. Es conocida, también, la amplia acogida que tal doctrina ha encontrado en nuestra ciencia penal. Pues bien, las críticas que recientemente se le han formulado a dicha doctrina han puesto de relieve una vez más la oposición *objetivismo-subjetivismo*. Al menos en parte, se dice, los problemas que quiere resolver la doctrina de la atribución objetiva en sede de *limitaciones* del tipo objetivo se resuelven en el tipo subjetivo, pudiéndose prescindir de semejante teoría (5). Peligros que han desembocado en la efectiva lesión del bien jurídico no se excluyen del tipo porque no sean peligros objetivamente imputables, sino porque el autor no se los representó. Si el autor se los hubiese representado, *esos mismos* peligros objetivos (existentes en ambos casos) serían, sin duda, imputables. Con toda seguridad el debate continuará: ¿Qué pertenece al tipo objetivo?, ¿qué al tipo subjetivo? Ya, no obstante, al hilo de la polémica puede formularse una conclusión que deshace algún equívoco: el *dolo* es la representación que acompaña a los actos encaminados a realizar íntegramente las circunstancias que constituyen el tipo objetivo, no mera voluntad de acción, ni voluntad de lesionar el bien jurídico o de realizar el tipo de injusto (6). Esta concesión, que el Finalismo puede

---

(5) Vid. Armin Kaufmann, «¿“Atribución objetiva” en el delito doloso?» (trad. de Joaquín Cuello Contreras), en *ADP*, 1985, p. 816 («A la luz del *dolo* se funde la completa problemática como la nieve al Sol»).

(6) Eberhard Struensee, «Tentativa y dolo» (trad. de José Luis Serrano González de Murillo), en *CPCr*, 1989, pp. 405 y ss., retomando una investigación anterior de Herbert Fiedler, ha puesto de relieve que entre el acto y la representación subjetiva del autor no existe sólo una relación *interna* (previa)-*externa*, sino también una relación *interna-interna*, según la cual los actos que va realizado aparecen como el producto de su plan. En la tentativa acabada, el plan completo se ha realizado cuando se llevaron a cabo todos los actos que, en la representación del autor (tipo subjetivo completo), producirían el resultado. En la tentativa inacabada no se ha realizado completamente ni el tipo objetivo ni el tipo subjetivo. Así, pues, «sólo cuando el autor empieza a realizar su propósito delictivo, con la fase del comienzo directo del hecho, hay un proceso psico-jurídico penalmente relevante» (p. 411). Heribert Schumann, «Zur Wiederbelebung des “voluntativen” Vorsatzelements durch den BGH», en *JZ*, 1989, pp. 427 y ss., por su parte, para precisar el tipo subjetivo del delito doloso utilizando elementos suministra-

realizar fácilmente porque nunca manifestó lo contrario, debe ser completada con otra consideración: no se trata de contraponer lo subjetivo a lo objetivo, ni siquiera de yuxtaponer lo uno a lo otro; se trata, más bien, de prescindir de lo que, de no ser así, llevaría a otra falsa antinomia. En la valoración jurídico-penal de los hechos no se puede prescindir de las representaciones de su autor (7). Que un hecho, el mismo hecho, permita o no una valoración penal determinada depende de lo que el autor que lo causó se representó. El mismo hecho de golpear levemente a un hemofílico *causándole* la muerte merecerá la calificación de penalmente irrelevante (por lo que se refiere a la muerte, no a los golpes leves) o relevante (p. ej., homicidio imprudente), según que el autor del golpe conociera o no la enfermedad de la víctima. Por eso se decía antes que la relevancia del resultado constituía una auténtica antinomia del Derecho Penal: el Derecho quiere evitar lesiones de bienes jurídicos, prohibiendo su puesta en peligro; pero la capacidad del individuo de prever los peligros de lesión de los bienes jurídicos es limitada. Por eso, la lesión del bien jurídico que quiere evitar el Derecho Penal no la puede prevenir siempre.

Así pues, se procederá en lo que sigue al contraste de las teorías antes enunciadas, usando de hilo conductor los siguientes criterios: *a)* La orientación de todas ellas a metas de Política criminal: protección de los bienes jurídicos y garantía de la libertad del individuo, básicamente. *b)* Su fundamentación en una teoría general de las normas o argumentación filosófico-jurídica, imprescindible en un Derecho Penal que tiene que justificar (ético-)normativamente su validez (8); aunque de ahí se intente deducir, erróneamente, que una concepción se oriente preferentemente a lo objetivo o a lo subjetivo según que acentúe el carácter valorativo o prescriptivo de las normas penales. *c)* Su confirmación o no en el Derecho Penal positivo, de donde cabe deducir que, distinguiendo el Legislador entre delitos consumados y delitos intentados, obliga a explicar —a quienes entienden que el injusto lo proporciona la lesión del bien jurídico— por qué castiga el Legislador la tentativa, en tanto que quienes entienden que lo constituye la tentativa (acabada) deben explicar por qué el delito consumado se castiga más severamente.

---

dos por Struensee al elaborar un tipo subjetivo del delito imprudente (*vid. ADP*, 1987, pp. 423 y ss.), muestra convincentemente que el dolo lo constituye la representación de *circunstancias fácticas* que suponen la realización de los elementos del tipo objetivo, y no la representación de que existe un peligro de realizar el tipo objetivo o que se puede producir la lesión del bien jurídico (pp. 432 y ss.).

(7) Así lo reconoce, desde posiciones no finalistas, Erich Samson, *Strafrecht I*, 7. Aufl., 1988, p. 16.

(8) *Vid.* Joaquín Cuello Contreras, *Culpabilidad e imprudencia*, 1990, p. 20.

Como ya se anunció, el objetivo de estas páginas es el de subrayar puntos de coincidencia y puntos de divergencia —estos últimos con indicación de los fallos de la posición contrapuesta, a la luz de los postulados de la propia—. Ni que decir tiene que se trata, al menos, de contribuir a resaltar los puntos donde conviene seguir debatiendo, prescindiendo de aquellos que una teoría puede concederle fácilmente a la otra.

## II

### 1

a) Una concepción preferentemente orientada a lo *objetivo*, como ya se anticipó, es la de Cobo del Rosal y Vives Antón. Para estos autores, el injusto lo constituye la efectiva lesión del bien jurídico, entendida como la creación de un estado no deseado por el Derecho, *valorado* negativamente por él (9). La norma penal, por tanto, es, ante todo, *norma de valoración*, ya que valora negativamente la creación de un estado perjudicial para el bien jurídico que la norma quiere proteger. Si no se produce la lesión *real* del bien jurídico no habrá injusto alguno, pues el Derecho Penal sólo debe intervenir para castigar la creación de tal estado, excediendo de su competencia toda restricción de libertad cuando el mal uso de ella no ha desembocado en la efectiva lesión del bien jurídico (10). La argumentación, pues, es de Política criminal, ya que por lo que se pregunta es acerca de cuándo debe intervenir el Derecho Penal, y se contesta, desde el respeto a la libertad, que sólo cuando se ha lesionado, efectivamente, el bien jurídico habrá injusto.

Tal planteamiento, cuyo espíritu no se desearía traicionar aquí, puede interpretarse en los siguientes términos: si el injusto equivale a la *efectiva* lesión del bien jurídico, entendida como la creación de un *estado* antijurídico, se negará incluir en el mismo ya la mera creación de un *peligro* de lesión, pues la creación de un estado peligroso como fase previa a la efectiva lesión incluye tanto aquellos peligros que han desembocado en la efectiva lesión como otros que no lo han hecho, con lo que se ampliaría el ámbito del Derecho Penal en contra de la libertad. Además, la antijuridicidad no radica en el *comportamiento* que produce la lesión, sino en la misma lesión. De ahí el rechazo del entendimiento de la norma penal como *norma de determinación*. Pues si así fuese, por necesidad lógica, la antijuridicidad no residiría en el estado del bien jurídico, sino en la *voluntad subjetiva* dirigida a la

(9) Cobo del Rosal/Vives Antón, *PG*, p. 213.

(10) Cobo del Rosal/Vives Antón, *PG*, pp. 234 y s.

creación de ese estado, aun en el caso de que tal estado no se haya producido ni pueda producirse. Originándose, por esta vía, una nueva ampliación del Derecho penal a costa de la libertad. Sólo la lesión efectiva o potencial de bienes jurídicos es objeto de la sanción penal, siendo relevante el comportamiento únicamente en esa medida, y no considerado en sí mismo.

La norma penal, continúan Cobo del Rosal y Vives Antón, sólo es *norma de determinación* al llegar a la *culpabilidad*. Allí la norma sí obliga al sujeto a omitir un comportamiento, o a realizarlo, en tanto que con él puede evitar un estado antijurídico (lesión de bienes jurídicos), de manera que sólo quien ha podido cumplir el deber individual dimanante de la norma del Derecho (siempre norma de valoración) habrá actuado culpablemente. Con ello, además, se salva el obstáculo representado por la «teoría de los imperativos»: sólo los capaces de culpabilidad infringen la norma de determinación, pero también los incapaces han lesionado la norma de valoración, han producido la lesión del bien jurídico, han realizado, en suma, el injusto (11).

b) La premisa de que parte la concepción objetiva del injusto brevemente expuesta puede compartirse en lo fundamental, en lo que tiene de argumentación de Política criminal y en lo que tiene de teoría de las normas. Pues que el Derecho Penal debe limitarse a la protección de bienes jurídicos es algo compartido hoy por todos. El Derecho Penal garantiza con ello, además, la libertad del ciudadano frente a posibles intentos por parte del Estado en orden a ir más allá de lo estrictamente necesario para asegurar la convivencia. La norma penal, por otra parte, es ante todo norma de valoración, pues, para garantizar la pretensión anterior, no cabe duda de que sólo aquello que resulta *valorado* negativamente por el Derecho, en orden al mantenimiento del sistema de bienes jurídicos que quiere proteger, será lo que tratará de evitar, sancionando su producción, si es necesario, con penas.

Incluso la función asignada por la teoría objetiva a la norma penal en el ámbito de la culpabilidad, una función de *determinación*, puede aceptarse (con independencia de que otras concepciones asignen esa función a la norma en distinto ámbito de la teoría del delito, anterior a la culpabilidad), y *añadida* a la primera función de valoración. Es más, probablemente la estructura del *objeto* de la determinación que la concepción objetiva atribuye a la norma en el ámbito de la culpabilidad coincidirá con el *objeto* de la norma de valoración y de determinación que esas otras concepciones atribuyen *simultáneamente* a la norma ya en el ámbito del injusto: la prohibición de comportamientos finales dirigidos a producir la lesión del bien jurídico o su puesta en peligro.

---

(11) Cobo del Rosal/Vives Antón, *PG*, p. 213.

En cualquier caso, lo que ahora interesa retener es que los postulados principales de que parte la concepción objetiva (exigencia de lesión efectiva del bien jurídico y negación de que el injusto lo constituya un mero comportamiento), especialmente las consecuencias que se extraen de ellos, son perfectamente asumibles por otras concepciones del injusto a las que la concepción objetiva pretende negarles *objetividad*.

c) La concepción objetiva del injusto es una concepción hecha a la medida del *delito consumado*. A la luz del delito consumado, sin embargo, una concepción tildada por sus enemigos de «subjetivista», como la finalista, no representa una ampliación del Derecho Penal a costa de la libertad, sino todo lo contrario, una restricción del injusto objetivo a aquellas lesiones de bienes jurídicos que su autor pudo evitar. La concepción del injusto personal concibe el delito consumado como la lesión del bien jurídico que ha tenido su origen en actos (¡objetivos!) dirigidos por su autor a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. La *objetividad* de la teoría del delito, su validez general (12), se basa en el conocimiento de las leyes de la causalidad, en virtud del cual quien pone en marcha conscientemente un proceso causal real adecuado a la producción del resultado por sí mismo, y el resultado se ha producido, ha realizado el tipo objetivo y el tipo subjetivo del delito consumado. No existe más «subjetivismo» en el Finalismo que el referido al «objetivismo» del tipo de delito correspondiente. Cuestión distinta es que los Códigos penales, como el nuestro, conocen, junto al delito consumado, *tipos de tentativa*.

d) Ya en su investigación de 1959 sobre la teoría de las normas en el pensamiento de Karl Binding se ocupó Armin Kaufmann del problema de la esencia valorativa de la norma, pues precisamente Binding se había visto implicado en la célebre discusión, entonces en boga, acerca de los destinatarios de las normas y las críticas dirigidas contra la teoría de los imperativos. [El mismo Kaufmann subraya la preocupación manifestada por Binding acerca de si no habría desarrollado de manera insuficiente su propósito de no reducir la función de la norma a una función de determinación, reconociéndole, con mejor criterio, una naturaleza también, y previamente, valorativa (13).] Kaufmann completa el pensamiento de Binding en este punto dividiendo en escalones el proceso de formación de las normas (14): en un primer escalón, el Legisla-

---

(12) Vid. Struensee, «Atribución objetiva e imprudencia» (trad. de José Luis Serrano González de Murillo), en *CPCr*, 1991, p. 450.

(13) Armin Kaufmann, *Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática penal moderna* (trad. de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés), 1977, pp. 88, 162.

(14) Armin Kaufmann, *Teoría de las normas*, pp. 90 y ss. Extendido, a su vez, posteriormente, por Eckhard Horn a la noción de peligro.

dor establece qué bienes deben ser protegidos; en un segundo escalón, se procede a valorar positivamente todo aquello que favorezca el mantenimiento de tales bienes jurídicos y a *valorar* negativamente lo que pueda perjudicarlos, proceda de donde proceda el ataque (bien del hombre, bien de cualquier otro agente de la naturaleza, p. ej.: la tormenta que destruye la cosecha); finalmente, en un tercer escalón, el Legislador procede a *valorar*, positiva o negativamente, comportamientos dominables por el hombre, que favorecen o perjudican el mantenimiento de los bienes jurídicos. Siendo de este último escalón de donde surge la función de *determinación* de las normas: el Derecho prohíbe comportamientos humanos, valorados negativamente, porque son aptos para lesionar los bienes jurídicos. De esta manera, la norma así entendida, en su proceso de gestación, cumple una función de valoración y una función de determinación *al mismo tiempo*. La norma de valoración y la norma de determinación (un segmento de la norma de valoración), al contemplar comportamientos humanos, coinciden en esta concepción; algo que, como pone de relieve Armin Kaufmann, no ocurre en la concepción de Edmund Mezger, uno de los autores que sirve de inspiración a los defensores de las teorías objetivas de la actualidad, para quienes la norma de valoración característica del injusto no coincide con la norma de determinación característica de la culpabilidad: el resultado causado por el hombre de una manera puramente fortuita crea un estado antijurídico; sólo el causado por un comportamiento genuinamente humano, dominable, puede fundamentar la culpabilidad (15).

De esta concepción de la norma en Kaufmann, contrapuesta a la puramente objetivista, cabe cuestionar si, como sustentan Cobo del Rosal y Vives Antón, supone una ampliación del injusto a costa de la libertad: según los autores considerados, si el injusto no lo constituyese la creación de un estado objetivo, de lesión efectiva del bien jurídico, sino un comportamiento humano dirigido a tal lesión (o peligro de lesión), lo desvalorado lo sería la *voluntad subjetiva* del autor, *dirigida* a esa finalidad, con independencia de que tal voluntad subjetiva se haya concretado efectivamente (con independencia, incluso, de que pueda) en lesión del bien jurídico, o no. De esta manera, el ámbito del injusto se vería ampliado, ya que incluiría, al menos, junto a los supuestos de efectiva lesión del bien jurídico, supuestos de voluntad dirigida a tal finalidad que nunca podrán llegar a la efectiva lesión.

Formulada así la cuestión, en lo primero en que se piensa es en el problema que representa la punición de la *tentativa inacabada*, donde el curso causal puesto en marcha por el autor todavía no ha salido de sus manos. Aquí, en efecto, no hay lesión ni peligro de lesión, lo que excluye que se pueda fundamentar su punición con la teoría objetiva;

---

(15) Armin Kaufmann, *Teoría de las normas*, pp. 101 y ss.

pero tampoco se resuelve con una teoría subjetiva de la tentativa. Que la doctrina del injusto personal, ni ninguna otra doctrina, haya acertado hasta el momento a determinar qué norma lesiona el autor de tal comportamiento, es una prueba de que aquella doctrina no concibe el injusto como mera «voluntad subjetiva» (16). Parece claro, por otra parte, que el Derecho no puede impedir que, por ejemplo, ejerza legítima defensa la víctima contra quien va dirigida la tentativa, definiéndola como antijurídica (17), y no precisamente por el «ánimo».

Más importante que eso es que, en realidad, ninguna de las cuestiones relacionadas con la tentativa, acabada o inacabada, idónea o inidónea, como habrá ocasión de comprobar después, puede resolverse exclusivamente como una concepción que circunscriba el injusto sólo a la lesión efectiva del bien jurídico, dado que, definida la tentativa como la no lesión del bien jurídico constatada *de facto, ex post*, allí donde no hubo lesión no hubo tampoco peligro previo, o, si se prefiere, *a sensu contrario*: la prueba del peligro es la efectiva lesión; lo que más bien hubo fue un error (elemento subjetivo) por parte del autor, que creyó estar realizando actos encaminados a la lesión del bien jurídico que, en realidad, no eran idóneos para ello. Para concebir el injusto de la tentativa, tiene que modificarse también la concepción objetiva que estamos considerando (18).

---

(16) *Vid.* Struensee, *CPCr*, 1989, pp. 421 y s. En la tentativa acabada, el autor ha realizado actos de los que el resultado puede sobrevenir ya sin su intervención; tales actos son el objeto de una norma de prohibición obvia, que viene a decir: «¡No hagas aquello que, con posterioridad, “siguiendo su curso”, puede causar el resultado!». En cambio, en la tentativa inacabada parece algo superfluo intentar leer una norma que no puede prevenir más de lo que ya previene la norma de la tentativa acabada (p. 420).

(17) *Vid.* Struensee, *CPCr*, 1989, p. 421, nota 72.

(18) Así lo perciben ya Cobo del Rosal y Vives Antón en numerosos pasajes de su obra: «Desde hace muchos años se ha puesto en claro, en el seno del pensamiento penal, que también pertenecen al injusto determinados momentos anímicos: basta pensar en la tentativa, cuyo injusto no puede definirse exclusivamente por referencia al acontecimiento externo, sino que precisa el complemento de una cierta dirección de voluntad sin la cual faltaría al comportamiento la lesividad potencial que hace de aquél una infracción punible» (p. 225). «*Con carácter general, puede afirmarse la presencia de la resolución delictiva como elemento subjetivo del injusto en los delitos intentados y frustrados.* En ellos, el acontecimiento externo sólo deviene peligroso en tanto en cuanto se halla encaminado por el autor a la lesión del bien jurídico» (p. 310). Ciertamente, los autores salvan lo que en otro caso sería una incoherencia, sosteniendo que el subjetivismo que se ha deslizado en el tipo se limita a colorear una base objetiva pura («En tanto no se sitúe el *fundamento* de la antijuridicidad de la infracción en el momento del ánimo y en tanto dichos momentos anímicos no constituyan, por sí solos, el delito, sino que se limiten a operar como simples factores de *determinación de la dirección del actuar externo hacia consecuencias jurídicamente desaprobadas*, su inclusión en los tipos no representará una vulneración del principio del hecho») (p. 269), y reconocen que el Legislador es muy libre de caracterizar el tipo con elementos objetivos o subjetivos, pues para ellos la «objetividad» está garantizada por la valoración (¡objeti-

En cambio, si nos mantenemos en el ámbito del delito consumado, del que nos hemos venido ocupando hasta ahora, cabe responder a la cuestión planteada afirmando que las concepciones que no se conforman con definir el injusto en base a la mera lesión del bien jurídico, lo que hacen es restringir el ámbito del injusto en unos términos más amplios que la concepción objetiva, desde el momento en que estiman que no toda lesión del bien jurídico constituye ya el injusto, sino solamente aquellas lesiones que han tenido su origen en actos dominables por el hombre, los del tercer escalón en la teoría de las normas de Armin Kaufmann, es decir, en acciones finales dirigidas a la lesión del bien jurídico. De esta manera, de todas las situaciones en las que se ha producido la lesión del bien jurídico, sólo serán jurídicamente relevantes aquéllas en cuyo origen se encuentra el acto de un hombre dirigido a esa finalidad de lesión (o, en su caso, de puesta en peligro seguida de lesión: delito imprudente).

Mirando, pues, desde el ángulo de la teoría de las normas, y desde el ángulo de una Política criminal de la libertad, esta concepción preserva la libertad frente a la intervención penal del Estado en unos términos más amplios (o ya antes de llegar a la culpabilidad, en el injusto) que la propia concepción objetiva, ideada con tan encomiable finalidad de Política criminal en la configuración de Cobo del Rosal y Vives Antón.

e) La concepción objetiva del injusto, por lo demás, completará lo establecido en el ámbito del injusto, entendido como valoración negativa de todo aquello que representa un menoscabo efectivo del

---

va!) que supone el tipo, sin comprometer a su sistemática la presencia de elementos subjetivos, a diferencia de lo que ocurrió con el Causalismo, para quien el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto supuso graves dificultades de asimilación que desembocaron en el Finalismo (pp. 308 y s.). Cobo del Rosal y Vives Antón llegan incluso a asumir la posibilidad de que el sistema puramente objetivo fracasase por no poderse llevar hasta sus últimas consecuencias; pero, acertadamente, entienden que las empresas científicas están para eso (p. 292).

Ahora bien, no se trata de dejar fuera de la fundamentación que se pretende todo el capítulo de la tentativa, a la que habría que buscar un fundamento distinto al del delito consumado; no se trata, tampoco, de definir el injusto a la manera que lo hace esta concepción y añadirle elementos subjetivos cuya relevancia habría que justificar; no se trata, en fin, de preservar la objetividad del Derecho con el requisito de la tipicidad, lo que, siendo cierto, no prejuzga nada sobre lo que puede ser contenido de la tipicidad. El Finalismo, precisamente, surgió y se ha desarrollado con el designio de fundamentar *unitariamente* el injusto, de tal manera que, preservada la objetividad que proporciona la exigencia de lesión del bien jurídico, evidenciada en la causación típica del resultado, se afiance dicha protección de la única forma que el Derecho puede hacerlo con visos de eficacia (prevención) y garantía de la libertad: esto es, puniendo sólo los actos encaminados conscientemente a su lesión o puesta en peligro. Así, se fundamenta tanto el injusto consumado como el intentado y se garantiza la objetividad del Derecho que proporciona aquello que tiene validez general frente a todos.

bien jurídico, con lo establecido en el ámbito de la *culpabilidad*, donde procederá a restringir la responsabilidad penal a las lesiones del bien jurídico producidas mediante comportamientos dominables por el hombre, bien se trate de conductas finales dirigidas a la efectiva lesión del bien jurídico (ya producida) y a la infracción de la norma que prohíbe su realización (conocimiento de la antijuridicidad) o *dolo*, bien se trate de conductas que han producido la efectiva lesión sin voluntad de hacerlo, pero que pudieron ser evitadas desde la previsibilidad subjetiva de la producción del resultado (*culpa*) (19).

Allí, efectivamente, en la culpabilidad, pueden plantearse los mismos problemas que otras concepciones plantean ya en el ámbito del injusto. No es el momento de volver sobre la cuestión que ha ocupado a la doctrina durante años y años en torno a la sistemática del delito. Tampoco es cuestión de volver a las objeciones que se le hicieron al primer Welzel sobre si su concepción del injusto personal confundiría la antijuridicidad y la culpabilidad, subjetivizando aquélla con elementos propios de la culpabilidad (20). [Sirva sólo como ejemplo de que no es así el hecho de que en la concepción de Welzel también los inimputables y quienes ignoran la prohibición siguen actuando antijurídicamente: *concepción objetiva de la antijuridicidad*; no basada en la efectiva lesión del bien jurídico solamente, sino en actos encaminados subjetivamente a esa finalidad en base al conocimiento objetivo de la causalidad (21).] Lo que sí debe retenerse, pues, es que, en principio, el injusto de esta concepción sigue siendo un injusto objetivo, entendido como lesión del bien jurídico, y que representa una restricción de la concepción objetiva tradicional del injusto, en unos términos equiparables a la restricción del injusto que la concepción objetiva realiza a la hora de llegar a la culpabilidad.

Cuestión distinta es la de si con tal restricción del injusto que la concepción objetiva experimenta a través de la concepción personal

---

(19) Vid. Cobo del Rosal y Vives Antón, *PG*, p. 415: «Para que concurra la forma de culpabilidad dolosa no es suficiente con que el autor haya sabido y querido lo que hacía, sino que es preciso también que haya sabido que no debía hacerlo y que, pese a ello, se haya decidido a realizarlo (*nota bene*)»; p. 427: «*El deber subjetivo* (de cuidado) atiende a las peculiaridades del autor y existirá siempre que a éste se le puede exigir personalmente, a la vista de su particular capacidad, lo objetivamente debido».

El actuar consciente y querido, sabiendo que no se debía —*forma de culpabilidad dolosa*—; el actuar que no realiza lo objetivamente debido a pesar de que su autor pudo motivarse a cumplirlo —*forma de culpabilidad imprudente*— estará constituido por una acción final, es decir, *dominable* por el autor. Vid. ya: Armin Kaufmann, *Teoría de las normas*, p. 109: «Obviamente, aquí se refiere (Mezger) a acciones (finalistas) que han de ser realizadas u omitidas».

(20) Sobre la «objetividad» del injusto personal, vid. Cuello Contreras, *Culpabilidad e imprudencia*, pp. 161 y ss.

(21) Hans Welzel, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4, Aufl., 1961, pp. 29 y s.

no se produce una protección *insuficiente* de los bienes jurídicos de que parte el Derecho penal, ya que dejarían de ser antijurídicos supuestos donde se ha producido la lesión del bien jurídico que no ha tenido su origen en un comportamiento final, dominable por el hombre (22). Pues bien, con independencia de que este problema afecta al tema de la exclusión del injusto (legítima defensa) —temática que aquí no se puede abordar— y donde la cuestión planteada por la teoría objetiva muestra todo su significado (¿no puede defenderse el titular del bien jurídico frente a quien va a causar de forma imprevisible la lesión? O, a la inversa: ¿hay que soportar el sacrificio de bienes jurídicos que va a emprender quien cree preservar un estado deseado por el Derecho erróneamente?) (23), lo que ahora interesa resaltar es que, produciéndose aquí un conflicto entre la necesidad de protección de los bienes jurídicos y la libertad de quien los lesiona, la concepción personal opta por la libertad, entendiendo que no cabe otra técnica de protección de los bienes jurídicos sino la que haga posible el cumplimiento, por parte del destinatario, de las normas dadas con tal finalidad: el Derecho no puede calificar de antijurídico el estado creado por el hombre de forma inevitable. Tampoco aquí amplía la concepción subjetiva el ámbito de lo punible, sino que lo restringe más que la concepción objetiva.

---

(22) Cobo del Rosal y Vives Antón, *PG*, p. 346, resuelven el problema de la *agresión* en la legítima defensa exigiendo que aquélla sea producida dolosa o, al menos, imprudentemente, es decir, en la terminología finalista, mediante una acción final o evitable; modificando, así, el concepto de antijuridicidad al llegar a las causas de justificación. De esta forma, según la concepción de Cobo del Rosal y Vives Antón, mientras que el injusto lo constituye la causación del resultado desaprobado por el Derecho, la antijuridicidad de la agresión requiere culpabilidad (la culpa como forma de culpabilidad). Con mejor criterio, sostiene Diego-Manuel Luzón Peña en *Comentarios a la Legislación penal* (dirigidos por Manuel Cobo del Rosal y coordinados por Manuel Bajo Fernández), Tomo V, vol. 1.º (*La Reforma del CP de 1983*), 1985, p. 234: «Son inadmisibles los intentos de buscar un significado especial de la antijuridicidad cuando va referido a la agresión». Añadiendo en nota a pie de página: «Rechazable tanto el concepto puramente causalista de la antijuridicidad como la anticuada concepción según la cual sólo con culpabilidad hay antijuridicidad». Ambas objeciones alcanzan a la concepción de Cobo del Rosal y Vives Antón. Incluso, en cuanto el Finalismo considera también en el tipo de delito imprudente una acción dolosa (dirigida a un peligro de lesión), se armoniza la tesis de Luzón Peña (pp. 231, 233), según la cual sólo el comportamiento doloso puede constituir una agresión ilegítima a los efectos de la legítima defensa, con la tesis, sustentada por muchos autores, de que también el comportamiento imprudente puede constituirlo. En cambio, cuando falta el comportamiento doloso, como bien dice Luzón Peña, estaremos ante un «estado de necesidad defensivo», para cuya autorización no se requiere un *injusto*, bastando la amenaza de lesión puramente causal del bien jurídico que el ordenamiento jurídico quiere preservar.

(23) Las teorías objetivas sobre la agresión en legítima defensa están exhaustivamente expuestas y criticadas en Diego-Manuel Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1979, pp. 199 y ss.

## 2

a) También se basa en una determinada argumentación de Política criminal la fundamentación del injusto sustentada por Santiago Mir Puig. Para Mir Puig, el injusto debe concebirse como *injusto personal* si se parte de la función *preventiva* de la pena que debe perseguir el Estado de Derecho (24). Si el Estado social de Derecho pretende que se eviten los delitos, debe actuar sobre el individuo, motivándole para que no los lleve a cabo. Y, puesto que el hombre sólo puede ser motivado para que se abstenga de realizar comportamientos finales tendentes a la lesión del bien jurídico, mediante la amenaza de sanciones penales, sería contrario al Estado de Derecho sancionar lesiones que no han tenido su origen en actos de esa naturaleza (25).

Mir Puig, al igual que hacían Cobo del Rosal y Vives Antón, no pretende ampliar el ámbito del Derecho Penal más allá de los supuestos en los cuales se ha producido la lesión (o el peligro de lesión) del bien jurídico; por eso pretende ser la suya una concepción *objetiva* del injusto, lo que los propios Cobo del Rosal y Vives Antón le reconocen (26). La preocupación de Mir Puig va encaminada, en realidad, como frecuentemente reitera este autor, a exigir en la base del injusto la prohibición de un comportamiento, dado que del mismo se deriva la puesta en peligro de los bienes jurídicos. El peligro de producción del resultado es la esencia del injusto (27).

A la idea de *peligro* como eje del injusto llega Mir Puig desde la función preventiva del Derecho Penal y, en consecuencia, desde la necesidad de que aquél esté constituido por un *comportamiento*. Puesto que el Derecho Penal quiere prevenir el delito que *todavía no ha tenido lugar*, debe colocarse en un momento anterior al de la efectiva lesión del bien jurídico, contemplando el comportamiento que va a emprender el sujeto, para prohibirlo (amenazando su realización con una pena) en atención a que lo considera como fuente de la posible lesión del bien jurídico, realizada *de facto* en el momento de la producción del resultado, pero prohibida ya antes, desde el momento en que se ha creado el peligro de producción del resultado que el Legislador no tolera porque asocia con él la efectiva lesión (28). Por eso, la esencia del injusto la constituye, según Mir Puig, la puesta en peligro del bien jurídico, ya que mientras que la producción efectiva del resultado es algo que tendrá lugar con posterioridad a la actuación del autor y, frecuentemente, dependerá de factores ajenos a su voluntad,

---

(24) Mir Puig, *PG*, p. 151.

(25) Mir Puig, *PG*, p. 125.

(26) Cobo del Rosal y Vives Antón, *PG*, p. 234.

(27) Mir Puig, *PG*, pp. 142 y s.

(28) Mir Puig, *PG*, p. 143.

la puesta en peligro del bien jurídico coincide con la realización del comportamiento que el Legislador prohíbe precisamente en atención a los peligros de lesión que comporta.

b) Para elaborar un concepto de peligro que, además, sea objetivable, se sirve Mir Puig de la denominada *consideración ex ante*, con la que quiere proporcionar un criterio que atienda tanto a la necesidad de reducir el Derecho Penal a los injustos que realmente significan un auténtico ataque contra los bienes jurídicos como a la necesidad de que aquél sirva para prevenir el delito futuro, castigando comportamientos finales. Para ello propone que el injusto no lo proporcione la producción del resultado, ya que éste no es sino la comprobación *ex post* de que el peligro creado ha devenido efectiva lesión, sino el peligro que todavía no ha sido comprobado en la producción del resultado, pero *real*, en base al juicio de *experiencia objetiva* que proporciona el observador que, en lugar de la sociedad, se coloca en la posición del autor y establece una prognosis sobre el peligro de lesión inherente al comportamiento del autor. De esta manera se evita el *subjetivismo* (29).

c) Como ya se indicó, Cobo del Rosal y Vives Antón, que no aceptan más noción de injusto que la inherente a la efectiva lesión del bien jurídico y excluyen que lo constituya un comportamiento y no un estado, desde una posición, pues, puramente objetiva del injusto, reconocen, sin embargo, lo que de objetiva tiene la posición de Mir Puig. La objetividad que Cobo del Rosal y Vives Antón salvarían de la noción de injusto de Mir Puig se referiría a aquella *parte* del círculo de acciones que, representado *ex ante* un peligro de lesión del bien jurídico, han producido el resultado (aunque Mir Puig, como ya se ha dicho, parte de la premisa de que la producción efectiva del resultado no desempeña función alguna en la fundamentación del injusto; de la misma forma que la «otra» parte de acciones que según Mir Puig constituyen injusto, y según Cobo del Rosal y Vives Antón no, está constituida por las acciones peligrosas *ex ante* que, no desembocando ni pudiendo desembocar en efectiva lesión, conservan intacta la totalidad de su carácter injusto). Si la objetividad en la concepción de Cobo del Rosal y Vives Antón la proporciona la producción efectiva del resultado lesivo, las acciones peligrosas *ex ante* que, además, *ex post*, se han revelado también como peligrosas, participan de la misma objetividad. De donde cabe extraer una importante conclusión a la luz del *delito consumado*, que confirma lo que ya se dijo al exponer la concepción de Cobo del Rosal y Vives Antón desde la doctrina del *injusto personal*: a la luz del delito consumado, el concepto de injusto de Mir Puig no implica una ampliación del ámbito de lo puni-

---

(29) Mir Puig, *PG*, pp. 143 y s.

ble en comparación con el de Cobo del Rosal y Vives Antón, frente a lo que éstos entienden, sino todo lo contrario, un recorte. No todas las acciones que han producido el resultado constituyen el injusto (30), ni, mucho menos, todas las que pueden producirlo, sino sólo aquellas que, además, permitieron a su autor, en el momento de cometerlas, prever que el resultado sobrevendría.

Este dilema que la concepción de Mir Puig le crea a Cobo del Rosal y Vives Antón resulta patente cuando, reconociendo éstos que la concepción de Mir Puig es una concepción objetiva del injusto, rechazan, sin embargo, que quiera utilizar el juicio del observador objetivo *ex ante* para definir el peligro objetivo (31). ¿Por qué esa objeción? Desde la concepción de la «objetividad» que sustentan Cobo del Rosal y Vives Antón sólo constituyen injusto las acciones que ha producido el resultado (o pueden producirlo), aquellas que no lo han hecho ni pueden hacerlo se manifiestan *ex post*, como *acciones no peligrosas*, cualquiera que haya sido la razón por la cual una acción que, *ex ante*, aparezca como peligrosa no ha producido, sin embargo, el resultado lesivo. Siendo éste, precisamente, el sentido en el cual Cobo del Rosal y Vives Antón veían una ampliación del ámbito del Derecho Penal en la concepción de Mir Puig.

d) Por tanto, tal como se deduce de lo acabado de exponer, si la concepción de Mir Puig ha de constituir una concepción objetiva del injusto, lo que sin duda es, como la noción de injusto personal finalista, calificada por sus enemigos, y por el propio Mir Puig, de «subjetivista», habrá que partir de un concepto de *objetividad* en Derecho Penal distinto a la única objetividad que reconocen Cobo del Rosal y Vives Antón, reducida prácticamente a la peligrosidad *ex post* o efectiva lesión (32).

Se tratará, por lo demás, de una *objetividad* que habrá de basarse en una prognosis *ex ante*, como quiere Mir Puig, que, sin embargo, tenga en cuenta dos limitaciones: 1.º Su naturaleza puramente *normativa*, no basada en un juicio de experiencia, pues la experiencia, como ya se ha dicho por Mir Puig, nunca permite concluir la necesaria producción del resultado (33). 2.º No se puede prescindir de las *representaciones del autor* en este momento de la consideración *ex ante*, dado que el observador objetivo sólo puede comprobar la peli-

---

(30) Mir Puig, *PG*, p. 151: «Las conductas que ocasionan la muerte sin quererlo no pueden infringir la prohibición de matar.»

(31) Cobo del Rosal y Vives Antón, *PG*, p. 237, nota 21.

(32) Cobo del Rosal y Vives Antón, *PG*, p. 234: «El peligro no es sino la probabilidad de que se produzca un *resultado* dañoso. Es, pues, el (probable) resultado lo que determina el injusto.»

(33) *Vid.* Struensee, «El tipo subjetivo del delito imprudente» (trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), *ADP*, 1987, pp. 435 y ss.; Cuello Contreras, *Culpabilidad e imprudencia*, pp. 183 y s.

grosidad de lo que ese autor se propone realizar, y, al colocarse en su posición, posee sus mismos conocimientos (y sus mismos desconocimientos), lo que quiere decir que no dispone de los conocimientos que habría obtenido un modelo cuidadoso, atento, etc.

Como ha puesto de relieve, recientemente, Eberhard Struensee (34), en las concepciones, muy extendidas, que colocan en el centro del tipo de imprudencia, como infracción de la norma de cuidado, la *previsibilidad* de un peligro de lesión para el bien jurídico por un *observador objetivo* en la posición del autor, está latente una *finalidad encubierta*, constituida precisamente por las representaciones de ese autor. Será, por tanto, la representación del autor en el momento de actuar, lo que él sabía sobre el discurrir de los acontecimientos (*tipo subjetivo de imprudencia*), el fundamento del juicio de peligrosidad (35). De esta manera, si el autor ignoraba aquella circunstancia, concurrente, de la que podía derivarse el peligro para el bien jurídico, incluida su efectiva lesión, también ignorará la circunstancia el observador objetivo colocado por el intérprete del Derecho en su lugar, y ambos sufrirán el equivalente a un error sobre la tipicidad, excluyente del tipo, en el delito doloso (36). Así, por ejemplo, si el autor sabía que el semáforo en que se apoya está carcomido, y que puede hacerlo caer, ocasionando la muerte de quien se encuentra a su lado, puesto que lo sabe, el Derecho le obliga a omitir apoyarse, infringiendo la norma del homicidio imprudente si, no obstante, se apoya (37). Distinto sería, en cambio, si ignoraba el estado del semáforo, pues ni él, ni el observador objetivo, en su lugar, podrán reconocer el peligro de lesión del bien jurídico ni, por tanto, la norma de prudencia que le prohíbe apoyarse en un semáforo cuyo estado de deterioro se ignora. Otro ejemplo al que ya se ha aludido: si el autor no sabía que la persona a quien ocasiona un leve rasguño es un hemofílico, habrá ocasionado unas lesiones leves dolosas, pero no habrá infringido la norma del homicidio imprudente, si, como bien sostiene la concepción objetiva del injusto (mediante la llamada «imprevisibilidad objetiva»), el Derecho Penal no puede limitarse a prohibir conductas por los peligros generales de lesión de los bienes jurídicos (38). Con mejor criterio, debe tratarse de manera distinta al autor que sabe que la víctima es un enfermo hemofílico (homicidio imprudente) que al que no lo sabe (simples lesiones), pues mientras que en un caso *ha querido* poner en peligro la vida de una persona, en el otro no. Aunque el resultado haya sido el mismo (la muerte de la víctima), en uno el

---

(34) Struensee, *ADP*, 1987, p. 425.

(35) Struensee, *ADP*, 1987, p. 440.

(36) Struensee, *ADP*, 1987, p. 443.

(37) Struensee, *ADP*, 1987, p. 440.

(38) Struensee, *ADP*, 1987, p. 446.

observador objetivo y el autor han previsto el peligro real de producción de una muerte, en el otro ni el observador objetivo ni el autor lo han podido prever.

*En suma*, se puede partir de la lesión y del peligro de lesión del bien jurídico (toda lesión va precedida de un estado previo de peligro), tal como se hace en la concepción de Cobo del Rosal y Vives Antón, reduciendo la intervención del Derecho Penal a supuestos donde, *además*, como quiere Mir Puig, concurrió un juicio de peligrosidad *ex ante*; pero ello nos remite, a su vez, necesariamente, a las representaciones de quien produjo la lesión del bien jurídico y previó el peligro *ex ante* de su producción (delito consumado), pues sólo cuando el autor se ha representado la lesión del bien jurídico de la manera que el Derecho Penal quiere evitarla (juicio normativo de adecuación) estaremos ante lesiones penalmente relevantes. En otros casos, por ejemplo: muerte producida por el cartero que entrega una carta-bomba a su destinatario ignorando su contenido (39), estaremos ante conductas penalmente irrelevantes, ya que el autor ha ignorado toda posible peligrosidad de su conducta respecto al bien jurídico.

Armin Kaufmann, incluso, ha demostrado, también recientemente, cómo en el *delito doloso* lo decisivo para estimar o no penalmente realizado el injusto lo proporciona la representación del autor acerca de la situación en que actúa (40), con independencia de que en la teoría del bien jurídico, o en momentos posteriores al injusto y a la culpabilidad por el hecho, se proceda a recortar el ámbito de lo injusto (41): así, en el célebre caso del sobrino que induce a su acaudalado tío para que emprenda un viaje en avión, con la esperanza de que se produzca un accidente en el que muera, para poder heredarle, la relevancia penal de tal comportamiento dependerá del *conocimiento* del autor (42). Si sus conocimientos se limitan a los normales sobre la frecuencia de siniestros aéreos, estaremos ante un supuesto de ausencia del «pertinente juicio objetivo de adecuación *psicológica*»; ahora bien, y por ello habla Kaufmann del «papel decisivo del dolo», si ese mismo autor sabía que en el avión se había colocado una bomba que hará explosión en pleno vuelo, nadie podrá negar que, con la conducta del sobrino, se está realizando el tipo de homicidio (o de asesinato) doloso (43).

*e)* El propio Mir Puig no es ajeno a las consideraciones anteriores. Es más, precisamente por intentar, erróneamente, construir su concepto de peligrosidad *ex ante* sobre el tipo objetivo, y no sobre el tipo

---

(39) Struensee, *ADP*, 1987, p. 440.

(40) Armin Kaufmann, *ADP*, 1985, pp. 816 y ss.

(41) Armin Kaufmann, *ADP*, 1985, pp. 810 y ss., 819, 824 y ss.

(42) Armin Kaufmann, *ADP*, 1985, p. 821.

(43) Armin Kaufmann, *ADP*, 1985, p. 822.

subjetivo, tiene dificultades y ha de conformarse con vaguedades, a la hora de reconocer que la peligrosidad *ex ante* debe completarse (?), en el Estado de Derecho, orientado a la prevención, con la voluntariedad del autor. De aquí se va a derivar algo que confirma la tesis finalista básica anteriormente aludida: que es el *elemento subjetivo* el que, en definitiva, *determina* la mayor (delito doloso) o menor (delito imprudente) gravedad del injusto, pues para justificar la mayor punición del dolo frente a la imprudencia, se basa Mir Puig en dos argumentos (44): 1.º Que, por lo general, es más peligrosa la conducta dolosa de querer matar, que la conducta imprudente de, por ejemplo, conducir descuidadamente, en el sentido de probabilidad de que se produzca el resultado y en el sentido de que tales acciones dolosas serían más frecuentes. 2.º Que es más fácil motivar al autor del delito doloso, que advierte claramente la peligrosidad de su acción, que al autor del delito imprudente, que, o no lo advierte, o, si lo hace, confía en que tal peligro no se efectúe. Ahora bien, la conducta dolosa es más peligrosa que la conducta imprudente, como bien reconoce Mir Puig, porque el autor de la primera, conoce, se representa, más peligros para el bien jurídico que el autor de la segunda en situaciones previas a la lesión del bien jurídico idénticas («advierte más claramente la peligrosidad»). Lo que quiere decir, *a sensu contrario*, que el autor del comportamiento doloso se ha representado la circunstancia que el Legislador considera que realiza un peligro elevado para el bien jurídico, por eso lo pune con especial severidad, allí donde el autor del comportamiento imprudente ha ignorado (error) esa circunstancia pese a realizarla (objetivamente), habiéndose representado menos riesgos de lesión del bien jurídico de los que efectivamente estaba creando.

Así pues, si la «peligrosidad» de que habla Mir Puig no puede ser la peligrosidad *ex post*, sólo revelada por la efectiva producción del resultado, y la peligrosidad *ex ante* se basa en la representación subjetiva del autor, que condiciona la valoración del observador objetivo, entonces todo el peso de la distinción entre la mayor gravedad del delito doloso respecto al delito imprudente, como, asimismo, la esencia del injusto en uno y otro caso, se basará en la *representación del autor*: es la representación de las circunstancias del tipo que el Legislador asocia con la lesión del bien jurídico, realizadas por el autor mediante actos finales encaminados a su producción, la que fundamenta el injusto del delito doloso (45); es la representación de la situación creada por el autor, mediante una acción dirigida a esa fina-

---

(44) Mir Puig, *PG*, pp. 152 y s.

(45) *Vid.* Struensee, «Dolo de causar y causalidad putativa» (trad. de José Luis Serrano González de Murillo), *ADP*, 1990, p. 937: «El dolo del hecho se refiere a aquellos hechos concretos, sucesos y relaciones del mundo exterior que han de subsumirse en los elementos conceptuales del tipo objetivo.»

lidad, situación cuya producción el Derecho prohíbe en atención a los peligros que entraña para los bienes jurídicos (síndrome de riesgos), lo que fundamenta el injusto del delito imprudente.

f) *Puede concluirse*, por tanto, que de la misma manera que la concepción del injusto que requiere restringir el injusto a aquellos supuestos donde se ha comprobado un peligro *ex post*, traducido en la producción del resultado, en la lesión del bien jurídico (Cobo del Rosal/Vives Antón), puede restringirse aún más con otros criterios complementarios de índole subjetivo, de la misma manera, la concepción del injusto que exige partir de las representaciones subjetivas del autor para la constatación del peligro *ex ante* no excluye la posibilidad de punir sólo aquellos injustos, así concebido el injusto, que han producido la lesión del bien jurídico, el resultado. Esta concepción (*doctrina finalista puramente «subjetiva»*), se puede entender como *precisión* de la perspectiva *ex ante* (Mir Puig), y obliga a concebir el peligro desde la representación del autor, descartando que sea posible definir por separado, como en definitiva hace Mir Puig, la peligrosidad objetiva (tipo objetivo) y la dolosidad (46); tal como se descarta

---

(46) Este es el fallo del planteamiento básico de Mir Puig. *Vid su «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto»*, *ADP*, 1988, p. 663: «Aunque sólo puedan prohibirse conductas voluntarias y en la medida de su voluntariedad, lo que ha de decidir a prohibirlas no es su contenido psíquico negativo, sino su peligrosidad externa.» «Esta peligrosidad también debe decidirse objetivamente, en el sentido de que no depende del criterio del sujeto, sino del punto de vista de un espectador objetivo situado *ex ante*.» Por utilizar un ejemplo del propio Mir Puig: el terrorista que ha preparado un complicado artefacto explosivo, lo ha transportado al lugar donde se propone activarlo, lo ha colocado para que haga explosión en un momento de concurrencia de muchas personas y, al tiempo de conectarlo, su mano no ha obedecido la orden del cerebro, no ha creado ningún peligro de muerte y, sin embargo, como bien dice Mir Puig, ha cometido un delito de asesinato en grado de frustración. Este caso no se distingue en nada del ya canónico de quien aprieta el arma de fuego hacia una persona y aquella no se dispara porque se encasquilla; la única diferencia, irrelevante por lo demás, reside en que en un caso no obedece un artefacto y en otra una parte del cuerpo humano. Que la acción, tal como la concibe Mir Puig, es irrelevante para estimar realizado el tipo de injusto lo muestran los actos del epiléptico. El tipo, en la concepción finalista del delito, requiere una acción que abarque más que una mera manifestación de voluntad externa guiada por un fin, requiere, como dice Struensee (*CPCr*, 1989, p. 411), que se haya comenzado a realizar externamente todo un proceso típico-penalmente relevante, pero sólo eso. Si en el forzado ejemplo que construye Mir Puig no ha habido actos de la naturaleza acabada de aludir anteriores a la desobediencia del músculo a la orden del cerebro, lo ocurrido es penalmente irrelevante, no porque faltó un acto externo voluntario, sino porque faltó un acto externo *final* dirigido a realizar íntegramente un tipo de injusto; no porque faltó la peligrosidad externa, sino porque faltó la realización de actos externos que en la psique del autor son aptos para producir el resultado, aplicando un saber adecuado sobre la causalidad, tal como haría el observador objetivo *ex ante* en su posición. No cabe distinguir, *ex ante*, entre peligrosidad y dolosidad. Como bien dice Mir Puig en un punto de su exposición (*ADP*, 1988, p. 667), «cuando la conducta es voluntaria y consciente, su parte externa forma una unidad con su parte interna».

que se pueda definir una peligrosidad objetiva *ex ante* (un peligro que no ha desembocado en lesión no constituía peligro alguno) (47). Sin embargo, a la luz del delito consumado, valga la pena repetirlo una vez más, la noción del injusto personal finalista («subjetivo») entraña una restricción del injusto tal como lo entienden las distintas concepciones objetivas o de la lesión. Cualquier otra cosa que se diga de la noción del injusto personal que se está exponiendo no constituye sino una consecuencia erróneamente extraída de la «falsa antinomia» que supone afirmar que la doctrina finalista no concede importancia alguna al resultado en la teoría del delito.

g) Cuestión distinta a la que se ha venido considerando hasta ahora, y de Política criminal también, por lo demás, es la de si el Derecho Penal debe limitarse a sancionar los supuestos de efectiva producción del resultado. En contra de ello parece hablar la punición de la tentativa, un caso donde, como ya se mencionó de pasada al exponer la concepción del injusto de Cobo del Rosal y Vives Antón, sin duda, *ex post*, no ha existido peligro alguno de lesión. Precisamente cuando Hans Welzel sostuvo que la misión del Derecho penal era la de fomentar los valores ético-sociales de acción —traducidos por Armin Kaufmann en función preventivo-general del Derecho Penal (48)— estaba pensando en esta cuestión.

De la *tentativa* habrá que ocuparse en lo que sigue. La teoría de la tentativa confirma la doctrina del injusto personal finalista; pero eso no quiere decir que la concepción del injusto de esta doctrina esté formado a la medida del tipo de tentativa. En un Derecho Penal que no puniera la tentativa seguiría teniendo vigor la doctrina del injusto personal que, ya se ha visto, no pretende ampliar la noción del injusto de la concepción objetiva, sino restringirla a las lesiones de bienes jurídicos que han tenido su origen en un comportamiento humano dirigido a su producción. Lo que a continuación se diga, pues, no es una consecuencia de la doctrina del injusto personal, sino una consecuencia de la decisión del Legislador de castigar el delito intentado, que muestra, además, que la concepción objetiva del injusto fracasa totalmente a la hora de explicar el fenómeno de la tentativa, y que la consideración *ex ante* de Mir Puig no puede entenderse al margen de las representaciones del autor, como una suerte de realización de parte del tipo objetivo sobre la que, después, se verifique si concurre o no el dolo; que la única peligrosidad *objetiva ex ante*, en fin, es la que se deriva del poner en marcha un *curso causal adecuado*, aunque nunca haya experimentado el bien jurídico el más mínimo peligro real de lesión. Es el reconocimiento implícito de esta conclusión el que expli-

---

(47) Cerezo Mir, *Curso*, p. 366, nota 139.

(48) Armin Kaufmann, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert* (ed. por Gerhard Dornseifer y otros), 1982, p. 161, 289.

ca que se comiencen a oír voces proclives, desde posiciones objetivistas, a despenalizar la llamada «tentativa imposible» (49), sin tener en cuenta, por lo demás, que, de ser consecuente con esta exigencia (la de no punir allí donde el resultado nunca ha podido producirse en la realidad), habría que despenalizar toda tentativa, algo que resulta bastante poco convincente y previsible.

### 3

a) Que la distinción *injusto personal-injusto objetivo* no dependa del lugar asignado al dolo y a la infracción del deber de cuidado en la construcción del delito, lo demuestra la concepción de José Cerezo Mir, un autor que, pese a colocar el dolo y la imprudencia en el tipo de injusto, compartiendo el postulado finalista fundamental, del que ha sido el seguidor más representativo en España durante los últimos veinte años, sin embargo, estima que el injusto, para darse en su total plenitud, necesita un elemento *objetivo*, el desvalor-resultado o lesión del bien jurídico.

Según Cerezo Mir, la totalidad del injusto sólo se obtiene si al dolo y a la infracción del deber de cuidado se añade el *desvalor-resultado*, constituido por la concreta producción del mismo. La *voluntad* de producción del resultado no basta para realizar el injusto (50). Cerezo Mir fundamenta normativamente su posición volviendo del tercer escalón de la construcción de Armin Kaufmann, con el que se construye el desvalor acción del injusto, a lo establecido en el primero: si la norma penal quiere proteger bienes jurídicos, ha de prohibir comportamientos dirigidos a su lesión cuando se ha constatado tal lesión (51). Con ello, el planteamiento de Cerezo Mir demuestra, una vez más, lo que se ha venido diciendo desde el principio, que la concepción final del delito no es incompatible con otras construcciones basadas en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, pues su principal objetivo es el de restringir tales ataques a comportamientos humanos finales (dominables por el hombre).

En coherencia con su posición doctrinal, sin embargo, Cerezo Mir reconoce algo importante, relacionado con una modalidad de injusto recogida expresamente en nuestro ordenamiento jurídico: la punición de la *tentativa imposible* no se basa en desvalor-resultado alguno. En ella únicamente se pune el desvalor-acción manifestado en la dirección de la causalidad a una determinada finalidad, en una conducta,

---

(49) Vid. Angel Torío López, *ADP*, 1989, p. 511.

(50) Cerezo Mir, *Curso*, pp. 346 y s.

(51) Cerezo Mir, *Curso*, p. 366.

en fin, que no puede transformarse nunca en efectiva lesión del bien jurídico tal como el autor la previó (52).

Del hecho de que el C. P. español castigue la tentativa con una pena *obligatoriamente* atenuada, por otra parte, deduce Cerezo Mir que el mismo Legislador penal reconoce que en ella falta la plena realización del injusto, ya que al desvalor-acción no se ha añadido aquí el desvalor-resultado (53).

b) Frente a esta argumentación desde la consecuencia jurídica cabría objetar que si, a pesar de la pena atenuada, sigue habiendo injusto en la tentativa imposible o inidónea, es decir, pese a la ausencia del desvalor-resultado, el desvalor-resultado no es el elemento *esencial* imprescindible del injusto. Pero esta cuestión no interesa ahora.

Lo que sí interesa resaltar ahora es que el injusto de la tentativa imposible no se puede comprender con las concepciones dogmáticas que requieren como elemento esencial e imprescindible de todo injusto la lesión o puesta en peligro, *efectivas*, del bien jurídico protegido, ya que en ella no se da ninguna de las dos y, pese a ello, sigue habiendo injusto.

La punición de la tentativa imposible, ya se ha dicho, se puede fundamentar en la concepción político-criminal de Hans Welzel, del fomento de los valores ético-sociales de acción, o en la prevención general, siempre que, compartiendo el postulado de las concepciones que exigen para la totalidad del injusto la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos, se reconozca que, *además*, en algunos casos (así argumenta Cerezo Mir), habrá injusto pese a la ausencia de lesión y de peligro de lesión.

Cerezo Mir argumenta muy certeramente contra cualquier intento de ver en la *tentativa imposible* un peligro para el bien jurídico (54): el ejemplo canónico de disparar un arma de fuego al bulto de la cama en la creencia de que alguien duerme, cuando en realidad está vacía, es un ejemplo de tentativa imposible o inidónea porque la idoneidad o inidoneidad de la tentativa sólo puede comprobarse *ex post*; en este sentido, toda tentativa, en cuanto que ésta se define por la no producción del resultado, es inidónea. De ahí que quepa dudar de la idoneidad de un concepto como el de «idoneidad» para referirse a la tentativa (redundancia). En cualquier caso, lo que resulta claro es que, con este argumento, fracasa todo ensayo de ver el fundamento de la tentativa en la peligrosidad *real* para el bien jurídico, lo que excluye, como ya se vio, el intento de fundamentar así el injusto de la tentativa en la concepción objetiva de Cobo del Rosal y Vives Antón, como ellos

---

(52) Cerezo Mir, *Curso*, pp. 363, 366.

(53) Cerezo Mir, *Curso*, p. 366.

(54) Cerezo Mir, *Curso*, p. 366, nota 139.

mismos reconocían implícitamente en otros pasajes de su obra; y excluye, también, todo intento de convertir la consideración de la peligrosidad *ex ante* de Mir Puig en peligrosidad entendida en los términos de la concepción objetiva, como justamente le imputan Cobo del Rosal y Vives Antón (55).

c) En cambio, la argumentación del propio Cerezo Mir, que, tergiversando la consideración *ex ante* de Mir Puig, considera que ese mismo ejemplo del disparo al bulto de la cama, contemplado *ex ante*, representa una tentativa idónea, peligrosa (56), es falsa. Como asimismo es errónea su argumentación según la cual la tentativa de aborto de la mujer que con posterioridad se ha demostrado que no estaba embarazada es una tentativa inidónea *ex post*, mientras que si *ex ante*, en el momento de su práctica, no se sabía, no se podía saber, si la mujer estaba embarazada sería una tentativa idónea (57). De confirmarse que la consideración *ex ante* de Mir Puig no obliga a ver el fundamento de la punición de la tentativa imposible en un peligro *real* para el bien jurídico, sino en la adecuación de las representaciones del autor a las leyes de la causalidad, de donde tomaría su «objetividad» la concepción por él sustentada, y confirmarse, al mismo tiempo, que a pesar de la declaración de principio, de que en la tentativa imposible sólo concurre el desvalor-acción, de Cerezo Mir, éste exige también en la tentativa imposible un desvalor-peligro (como quiera que se conciba el peligro, pero siempre como algo real perteneciente al tipo objetivo), lo que, como seguidamente se verá, no es posible, resultaría que, en realidad, las cuatro concepciones que se clasificaban al principio a efectos dialécticos se reducirían a dos, de las que, con todas sus diferencias en los demás aspectos, tanto el planteamiento de Cobo del Rosal y Vives Antón, como el de Cerezo Mir, exigirían en todo injusto la presencia de un desvalor-resultado, mientras que la de Mir Puig y la Finalista pura aquí defendida fundamentarían el injusto exclusivamente sobre el desvalor-acción, una prueba más de que elementos que un día dividieron a la doctrina hoy han sido sustituidos por otros.

Es cierto, como ya se ha puesto de relieve, que Cerezo Mir salva su argumentación general sobre la tentativa, afirmando que «también» la tentativa imposible, en la que no ha habido lesión ni peligro de lesión (*ex post*, por definición), resulta punible en nuestro Derecho (afirmar lo contrario pone en entredicho al Legislador). Sin embargo, puesto que el resto de su argumentación sobre la tentativa imposible puede parecer una revalidación de las concepciones que exigen, «también» en la tentativa imposible, un *resultado-peligro* para el bien jurídico (equiparable estructuralmente, no se olvide, al resultado lesión),

---

(55) *Vid. supra.*

(56) Cerezo Mir, *Curso*, p. 366, nota 139.

(57) Cerezo Mir, *Curso*, p. 363, nota 127.

se hace necesario insistir en el hecho de que en la tentativa inidónea no existe peligro alguno que quepa interpretar en esos términos: el peligro es un estado real previo al de lesión, esto es, que existe o no existe, y, además, lo que resulta más importante, como se sabe desde la monografía de Eckhard Horn sobre esta problemática, carece de fundamento fijar un momento para determinar la constatación del peligro (58). No se explica por qué ese momento ha de ser el de la realización de la acción, o el de la producción del resultado, y no, por ejemplo, el momento del juicio e, incluso, uno posterior (59).

Aplicada esta noción de peligro, bastante aceptada en la doctrina, a los ejemplos de Cerezo Mir, se comprueba que en ninguno de ellos puede hablarse de peligro, ni *ex post* ni *ex ante*, y que en los casos en que puede hablarse de tentativa «inidónea» nos encontramos ante una correcta representación subjetiva del autor sobre el curso causal que pone en marcha que, sin embargo, no es capaz de modificar la realidad: si la mujer, en el ejemplo del aborto, tal como se ha comprobado posteriormente, en el momento de la maniobra abortiva no estaba embarazada o portaba un feto muerto, nunca puso en peligro la vida de un embrión; pero si se representó, por ejemplo, por sus síntomas, que estaba embarazada, pese a no estarlo o pese a que el feto estaba muerto, habrá realizado una tentativa de aborto, de la misma forma que si no sabía su estado de ingravidez no ha cometido un delito de aborto, a pesar de haber abortado, si realiza actos que producen la muerte del feto y que de haberlo sabido permitirían que se le imputase el aborto realizado. Son, pues, decisivos los conocimientos subjetivos del autor. Cuando Cerezo Mir habla de la «acción peligrosa» que constituye «tentativa idónea» «si la inexistencia del embarazo (o la muerte del feto) no es objetivamente cognoscible *ex ante*» (60), sólo está pensando en las representaciones subjetivas del autor, en este caso, en una representación errónea sobre la realidad, debido a lo cual aplica un *saber nomológico adecuado* a una realidad inadecuada por desconocimiento de alguno de los innumerables y nunca plenamente dominables factores que influyen sobre un proceso causal real, que imposibilita la eficacia de su acción. No puede decirse, en contra de lo que afirma Cerezo Mir, que la noción de «peligrosidad» de Mir Puig difiera de la suya, constituyendo ambas, más bien, la formulación en términos objetivos, juicio de adecuación, de los conocimientos que el autor ha de aplicar en la realidad para que se pueda hablar de *dolo* de resultado o finalidad, y que constituye el injusto o desvalor-acción en la concepción personal del injusto; en ese saber nomológico reside la objetividad finalista, que permite resolver, mejor que en

---

(58) Eckhard Horn, *Konkrete Gefährungsdelikte*, 1974, pp. 144 y ss.

(59) Horn, *Konkrete Gefährungsdelikte*, p. 149.

(60) Cerezo Mir, *Curso*, p. 363, nota 127.

otras concepciones, objetivas y subjetivas, de la tentativa, cuándo hay injusto (intentado) y cuándo actos jurídicamente irrelevantes porque faltó el *dolo*, que abarca «también» un nexo causal y un objeto adecuados de finalidad.

d) La doctrina mayoritaria distingue dos modalidades de tentativa inidónea, de las que una, la «absolutamente inidónea», resulta difícil excluir de la punición, debido a la peculiar regulación de la materia en el Derecho alemán (*doctrina subjetivista de la tentativa*), equiparándola a la «tentativa irreal». Esta doctrina nada tiene que ver con el injusto personal finalista, como lo muestra el hecho de que la sustentan autores no partidarios, por lo demás, de la doctrina del injusto personal. En cambio, desde las filas finalistas, con mejor criterio, ha provenido el mayor ataque a la doctrina subjetiva de la tentativa. Esta aportación, que se debe a Eberhard Struensee (61), resuelve y clarifica mejor, terminológicamente, la peligrosidad *ex ante* y la objetividad de la tentativa «inidónea» (punible) de Mir Puig y Cerezo Mir.

¿Por qué son punibles los ejemplos que se han venido barajando del aborto no existente y el disparo al bulto de la cama?, ¿dónde reside la «peligrosidad» de estas acciones que justifique su punición?, ¿qué distingue a estos casos de otros que tampoco pueden producir el resultado nunca? Evidentemente, no en el peligro para el bien jurídico, inexistente en ambos casos. La diferencia reside en que, en los dos ejemplos, el autor se ha representado (*dolo*) un proceso casual adecuado al tipo y un objeto de ataque idóneo (saber nomológico), a diferencia de lo que ocurre en la tentativa irreal y, en general, en los casos de causalidad putativa (62).

Imagínese que, en el ejemplo del aborto, la Medicina, en el momento de realizarse, ignoraba la viabilidad de determinados fetos, y que, con posterioridad, en el momento del juicio, se han hecho experimentos que permiten constatar la viabilidad de un feto como el del embarazo interrumpido. En este caso, no se podrá negar que lo que se produjo en su día fue un aborto. Ciertamente se deberá absolver, porque en el momento del hecho se ignoraba una ley causal, esencial en el juicio de adecuación. Pero ello no afecta para nada a la constatación *real* de que se produjo la lesión del bien jurídico, el resultado. Lo que en realidad faltó en su día fue el *dolo*, que también debe abarcar el nexo causal y un objeto de la finalidad adecuados.

La cuestión anterior, referida al *saber nomológico* requerido es distinta a la que se plantea cuando se aplica un saber nomológico ya acuñado a una realidad inadecuada (*saber fáctico*: en toda tentativa

---

(61) Se trata del ya citado *Dolo de causar y causalidad putativa*, ADP, 1990, pp. 933 y ss.

(62) *Vid. infra*.

hay un error de hecho), como cuando, por ejemplo, la autora cree estar embarazada (porque ha tenido relaciones sexuales en un periodo de fertilidad, se le ha interrumpido la regla, etc.), y, en realidad, no lo está (a estos efectos poco importa, salvo para la punibilidad como delito consumado o intentado: *in dubio pro reo*, que en el proceso llegue a demostrarse o no que la mujer estuviese *realmente* embarazada en el momento de la maniobra, una prueba más de que lo importante no es un estado de hecho, sino las representaciones del autor); o, cuando, por ejemplo, el autor cree disparar contra alguien que yace en la cama, siendo así que ésta, en realidad, se encuentra vacía. A esta problemática es a la que trata de responder la figura de la *tentativa imposible* (pero *adecuada a la causalidad*), afirmando que se da el elemento esencial del injusto, el desvalor-acción, es decir, el *dolo del hecho dirigido a la realización de todos los elementos del tipo*. Por eso se puede concluir que el tipo de injusto se realiza con la subsunción de las circunstancias objetivas de la realidad por medio de la psique del autor (63). Si el autor se ha representado circunstancias que subsume adecuadamente en el tipo objetivo como susceptibles de producir el resultado típico, se dará el injusto, sancionándose como tentativa imposible ese comportamiento, aunque nunca pudiese convertirse ni en lesión ni en peligro de lesión del bien jurídico, si no pudo producir el resultado-lesión ni el resultado-peligro en la realidad. El injusto de la tentativa, a diferencia de lo que ocurre en el delito consumado, radica únicamente en el llamado desvalor-acción. Y en la medida en que, por imperativo legal, o por necesidades de Política criminal, se estime punible alguno de los casos en que el curso causal o el objeto de ataque sea «relativamente» inidóneo, estaremos ante una ampliación de lo punible que impide hablar de un fundamento *monista* de punición (64).

Eberhard Struensee, partiendo de la causalidad como elemento del tipo, que obliga a comprobar si el dolo del autor se representó circunstancias idóneas para, conforme a una ley de la naturaleza válida, causar el resultado (65), distingue los casos que denomina de *causalidad putativa* de los casos de *causalidad idónea*, de los que los primeros —en contra de lo sustentado por la doctrina subjetiva de la tentativa— nunca pueden fundamentar una responsabilidad por delito intentado, a pesar de que el autor se haya representado una ley causal que en su creencia puede causar el resultado (66). A estos efectos, poco importa que la inidoneidad sea absoluta (p. ej., matar mediante conjuros) o sólo relativamente (p. ej., matar mediante una dosis insuficiente

---

(63) Struensee, *ADP*, 1990, pp. 935 y ss.

(64) Struensee, *ADP*, 1990, pp. 947, 959 y s.

(65) Struensee, *ADP*, 1990, p. 942.

(66) Struensee, *ADP*, 1990, p. 943.

de veneno) (67). De estos casos de causalidad putativa deben distinguirse aquéllos otros en los que, experimentando el autor un error sobre las circunstancias fácticas (el autor cree, p. ej., que lo que tiene en sus manos es un veneno muy peligroso y quiere suministrarlo en dosis capaz de matar de sobra a una persona, cuando en realidad se trata de una sustancia inocua que estaba al lado del veneno letal con el que lo ha confundido; el autor cree que el bulto de la cama es una persona sobre la que realiza un disparo con el arma de fuego, cuando en realidad la cama fue abandonada unos instantes antes por su ocupante), aplica correctamente una ley de la naturaleza válida (matar con un veneno letal, matar con un disparo de pistola a un hombre), o de causalidad idónea, que sí dará lugar a responsabilidad penal por tentativa.

De aquí extrae Struensee la conclusión de que muchos casos que la doctrina dominante excluye del ámbito de lo punible, traicionando en cierta medida sus premisas —básicamente: que la tentativa depende únicamente de las representaciones subjetivas del autor—, como los casos de tentativa irreal, se excluyen por constituir auténticos supuestos de *causalidad putativa*, en tanto que a otros supuestos, como los denominados de *inidoneidad relativa* —como, p. ej., el de la dosis insuficiente de veneno letal—, que por imperativo del StGB alemán se mantienen en el seno de lo punible, hay que buscarles un fundamento específico de punición distinto al de la tentativa (68).

e) Volviendo al Derecho español, cabe plantear, al hilo de la regulación legal de la materia, por el significado de la norma contenida en el artículo 52 II C. P. ¿Qué función cumple este precepto respecto al artículo 3.º?, ¿se trata de una norma que modifica la pena genéricamente establecida en el artículo 3.º para la tentativa respecto a algunos casos especiales?, ¿consagra la punición de los casos de «causalidad putativa», al menos los de «inidoneidad relativa», ampliando con un criterio subjetivo los casos de tentativa del artículo 3.º, donde la tentativa se defina con criterios objetivos?

Cuando el artículo 3.º, I y II, habla de practicar todos (*frustración*) o parte (*tentativa*) de los actos punibles susceptibles de producir el resultado, no está partiendo ni de la concepción *subjetiva* ni de la concepción *objetiva*: no de la primera, que obligaría a incluir allí la tentativa supersticiosa o irreal; lo que es incompatible con el principio de legalidad (69). No de la segunda, porque *ex ante* no se puede constatar peligro alguno y *ex post* la no producción del resultado evidencia que no se creó peligro alguno de lesión. Si *ex ante*, en el momento de actuar, el desvalor-resultado sólo aparece como meta del autor, la ten-

(67) Struensee, *ADP*, 1990, p. 949.

(68) Struensee, *ADP*, 1990, p. 959.

(69) Struensee, *ADP*, 1990, p. 934.

tativa y la frustración sólo contemplan actos típicos (incompletos) dirigidos a la producción del resultado (realización completa del tipo), con exclusión de los actos preparatorios y las meras resoluciones, unidos por el dolo de concreción del autor basado en el conocimiento de la causalidad (*causalidad idónea*).

Cuando los actos idóneos ya pueden producir el resultado según el plan del autor (el autor, p. ej., ya ha preparado el manjar envenenado del que la víctima se servirá por sí misma), estaremos —si el resultado no se produce por razones ajenas al plan del autor (en contra de lo previsto, a la víctima se le quitó el apetito)— ante un *delito frustrado* o, en otra terminología, ante una *tentativa acabada* (70). Cuando los actos idóneos requieren actos posteriores del autor para producir el resultado (el autor, p. ej., ha preparado ya el manjar envenenado, pero tiene todavía que servirse a la víctima), estaremos ante un *delito intentado* o *tentativa inacabada*. La regla del artículo 3.º, por tanto, exige actos *idóneos* causalmente dirigidos por el autor a la consumación, distinguiendo cronológicamente sus fases en atención al *plan* del autor.

Ahora bien, concebidos de esta forma los grados imperfectos de ejecución del delito, ¿es necesaria la regla específica del artículo 52 II? O, dicho de otra forma: si toda tentativa y toda frustración constituyen delitos imposibles *ex post*, ¿a qué casos se refiere el artículo 52 II?

El artículo 52 II no pretende, o al menos no pretende fundamentalmente, añadir a los supuestos de tentativa recogidos en el artículo 3.º nuevos casos de responsabilidad *distintos* a los incluidos allí (71). Al contrario, lo que viene a decir, indirectamente, es que «también» los supuestos de delitos no consumados por inidoneidad del *medio* («imposibilidad de *ejecución* del delito») o del *objeto* («imposibilidad de *producción* del delito»), deben incluirse en el concepto de tentativa del artículo 3.º y que, por tanto, deben punirse. Estos casos del artículo 52 II, que podrán constituir una tentativa acabada (frustración) o inacabada (tentativa), lo único que experimentan es un tratamiento punitivo específico —la pena inferior en uno o dos grados a la del delito consumado— que, en realidad, sólo modifica la pena de la tentativa acabada o frustración, pues la tentativa inacabada —idónea o inidónea— se sanciona con la misma penalidad atenuada.

---

(70) El Legislador español ha hecho bien, tradicionalmente, al distinguir entre tentativa y frustración, entre tentativa inacabada y tentativa acabada, imponiendo respectivamente, siempre, una penalidad agravada para la frustración respecto a la tentativa (inacabada). La tendencia es a prescindir de la distinción, sustituyéndola por una cláusula flexible que, obviamente, atiende al distinto grado de desarrollo del plan del criminal.

(71) Así ya Mir Puig, *PG*, p. 376.

Evidentemente, muestra ello lo que decía Cerezo Mir en general de la tentativa (72): que el Legislador español concede importancia —a la hora de determinar la pena— al desvalor-resultado; lo que le lleva a castigar atenuadamente el delito frustrado (art. 3.º II) —que, en puridad dogmática, en la doctrina del injusto personal, no se distingue en nada del delito consumado—, y a conceder más importancia a la imposibilidad de producción del resultado ya en el momento de actuar el autor (*delito imposible*) (73), que a la realización de una tentativa acabada o inacabada —siendo así que en la doctrina del injusto personal la segunda es siempre menos grave (por manifestar menor desvalor-acción) (74) que la primera—, equiparando a ambas en penalidad atenuada cuando el delito nunca pudo llegar a consumarse.

Dejando a salvo esta cuestión de la punibilidad, la regla del artículo 52 II no altera para nada lo que ya se ha dicho sobre la causalidad putativa. Tampoco a través de dicha norma tiene cabida en nuestro Derecho la punibilidad de tales casos. Cuando el artículo 52 II habla de imposibilidad de ejecución o producción del delito no se está refiriendo a cursos causales u objetos inidóneos, sino, como dice Struensee (75), a cursos causales y objetos *subsumibles* en el tipo objetivo: en un Derecho Penal como el español, tan sensible a lo «objetivo», sería grotesco tratar de incluir en el tipo delictivo de caza furtiva el intento de cazar al unicornio, o en el tipo de homicidio la muerte mediante conjuros (76).

f) No puede decirse, por tanto, que la doctrina del injusto personal finalista sustente y auspicie una concepción subjetiva de la tentativa. Antes bien, su noción de injusto la explica perfectamente en lo que tiene, además, de concepción objetiva del injusto basada en el saber acuñado objetivamente sobre la causalidad, sin que, por otra parte, haya necesidad de modificar el concepto de injusto válido para el delito consumado, en contra de lo que ocurre con otras teorías, pretendidamente más objetivas que la finalista, que amplían desmesuradamente la noción de injusto en el delito consumado y tienen que modificarlo en el delito intentado con criterios distintos a como antes lo definieron, o, simplemente, ponerse en contra de las prescripciones legales. La concepción del injusto personal finalista, además, precisa aquellas doctrinas que hablan en la tentativa de peligrosidad *ex ante*, poniendo de relieve que tal peligrosidad se reduce, en definitiva, a las representaciones subjetivas del autor, o, lo que es lo mismo, al conocimiento que de la realidad sobre la que actúan (de futuro) tienen el

---

(72) Cerezo Mir, *Curso*, p. 366.

(73) Imposibilidad comprobada *ex post*.

(74) Así ya Armin Kaufmann, *Strafrechtsdogmatik*, p. 161.

(75) Struensee, *ADP*, 1990, p. 953.

(76) Struensee, *ADP*, 1990, pp. 942, 957.

autor y el observador objetivo en su lugar. La doctrina personal del injusto finalista, en fin, permite combatir la noción subjetiva de tentativa, al exigir coherentemente que el dolo abarque procesos causales y objetos de ataque idóneos; lo que excluye de lo punible a la tentativa irreal y a la inidónea (absoluta y relativa) (77), es decir, a los casos de causalidad putativa, y explica muy satisfactoriamente la regulación de la tentativa en el Derecho Penal español.

La regla del artículo 52 II no fundamenta un nuevo título de imputación que incluya cursos causales y objetos de ataque que sólo existan en la mente del autor, pero sí corrobora que el artículo 3.º no concibe la tentativa como quieren los objetivistas. Con o sin la regla del artículo 52 II, en la tentativa nunca habrá lesión ni peligro de lesión del bien jurídico. Lo que sí habrá siempre en un Derecho Penal de la culpabilidad orientado a la prevención del delito será una definición del injusto basada en el comportamiento humano final, dirigido a la lesión o puesta en peligro de esos bienes jurídicos, aunque no la hayan producido, siempre y cuando se dirigió por el autor a esa finalidad de una manera adecuada para su producción. Así ocurre hoy, con una regla como la del artículo 52 II, y así lo será mañana, sin esa regla y con un principio como el recogido en el artículo 3.º.1 del Borrador de Anteproyecto de C. P., de 1990 («la pena presupone la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos»). No basta la lesión o puesta en peligro efectivas del bien jurídico; no basta la mera voluntad de lesión del bien jurídico. Hace falta en un Derecho Penal de la culpabilidad la realización de actos dirigidos *subjetivamente* por el autor a la lesión adecuada (*objetivamente*) del bien jurídico; con esto basta. Por terminar como se comenzó: no se trata de contraponer lo objetivo a lo subjetivo, sino de entender de una vez por todas que ambos forman una unidad *inescindible*.

---

(77) Esta es la conclusión fundamental de la investigación de Struensee que hemos venido considerando.

# El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto de Código Penal de 1990

ANTONIO CUERDA RIEZU

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de León

**SUMARIO:** 1. Ambito de este trabajo.—2. Unificación o diferenciación de los concursos ideal y real. Los sistemas de «pena global» y de «pena unitaria»: a) La ventaja metodológica; b) La ventaja práctica; c) Las ventajas materiales; d) Las ventajas político-criminales; e) Otras ventajas.—3. Crítica del sistema de «pena unitaria».—4. El principio non bis in idem y la prohibición de doble valoración de unas mismas circunstancias de hecho: a) Planteamiento; b) Aproximación conceptual; c) Antecedentes normativos; d) El principio non bis in idem y la Constitución Española de 1978; e) Fundamento del principio; f) Consecuencias para la teoría del concurso; g) Conclusiones.—5. El concurso real y el principio de acumulación.—6. Los límites a la acumulación.—7. Delito continuado y delito masa.—8. El concurso ideal y el concurso medial.—9. El concurso de leyes.—10. El concurso de penas y medidas de seguridad.—11. El concurso de medidas de seguridad.—12. El concurso de consecuencias accesorias.—13. El artículo 76 del Borrador.

## 1. AMBITO DE ESTE TRABAJO (1)

El objetivo que se pretende en las páginas que siguen es el análisis de la teoría del concurso en el «Borrador de Anteproyecto de la Parte

---

(1) Ponencia impartida en el encuentro sobre «La reforma del Código Penal», organizado por la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo en Santander, del 24 al 26 de julio de 1991.

Abreviaturas utilizadas: *ADPCP*: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; *AP*: Actualidad Penal; *BOC*: Boletín Oficial de las Cortes Generales; *BOE*: Boletín Oficial del Estado; *REDA*: Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo; *REDC*: Revista Española de Derecho Constitucional; *RFDUC*: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense; *RGD*: Revista General de Derecho; *STC*, *SSTC*: sentencia, sentencias del Tribunal Constitucional; *StGB*: *Strafgesetzbuch* (Código Penal alemán); *STS*, *SSTS*: sentencia, sentencias del Tribunal Supremo; *ZStW*: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.

General del Código Penal», elaborado en el seno del Ministerio de Justicia y presentado en octubre de 1990. Pero antes de acometer ese análisis, conviene efectuar algunas precisiones sobre el objeto de investigación.

La expresión «concurso de delitos» es utilizada aquí en un sentido sumamente amplio y, además del concurso de leyes, abarca todas aquellas instituciones que requieren la aplicación de varias normas penales completas, lo que determina ciertos efectos para sus respectivas consecuencias jurídicas, pudiendo, además, provocar otros efectos en sus correspondientes supuestos de hecho. Según esta acepción, el concurso de delitos o de infracciones se contrapone a la unidad de delito, de manera que a partir de una infracción —es decir: cuando haya dos o más— podremos hablar de concurso de infracciones. En definitiva, la teoría del concurso surge de la necesidad de contar o enumerar infracciones.

En consecuencia, van a ser abordadas a continuación las figuras del concurso real, concurso ideal, concurso medial, delito continuado, delito masa, concurso de leyes e incluso otros supuestos de concurso, en particular, la concurrencia de medidas de seguridad y de consecuencias accesorias.

Frecuentemente me remitiré a un libro mío que se encuentra en fase de publicación, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, donde intento fundamentar más extensamente algunas de las tesis que se van a sostener a lo largo del presente trabajo, tesis que, evidentemente, no podrán ser desarrolladas en estas páginas con la suficiente extensión. No obstante, para comenzar sí me parece imprescindible dedicar una cierta atención al problema de si las figuras del concurso ideal y del concurso real deben unificarse o, por el contrario, deben mantenerse diferenciadas, como ocurre en el Código Penal vigente y en el Borrador de 1990, pues esta alternativa condiciona toda la teoría del concurso.

## 2. UNIFICACION O DIFERENCIACION DE LOS CONCURSOS IDEAL Y REAL. LOS SISTEMAS DE «PENA GLOBAL» Y DE «PENA UNITARIA»

Desde sus orígenes, la distinción entre unidad y pluralidad de acciones y la correlativa entre concurso ideal y concurso real han estado sometidas a graves objeciones. En la ciencia penal alemana muchas voces se han manifestado a favor de la supresión de estos dos grupos de conceptos contrapuestos (2). Por lo general, esta corriente doctrinal coincide en que las dos modalidades concursales deben uni-

---

(2) Cfr. Puppe, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen. Logischen Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung*, 1979, p. 9, con indicaciones bibliográficas en nota 1.

ficarse y ser objeto de una misma consecuencia jurídica. Pero, al margen de este punto de vista coincidente, las discrepancias se plantean en el momento de elegir esa consecuencia jurídica unitaria. Por una parte, un sector doctrinal preconiza el sistema de la absorción o el de la combinación, es decir, la consecuencia jurídica que se ha aplicado o se aplica en Alemania al concurso ideal; Honig (3), Geerds (4), Jescheck (5), Schmitt (6), Jakobs (7) (8), y todos los Proyectos legislativos alemanes desde el de 1922 de Radbruch hasta el *Alternativ Entwurf* de 1966 —con la sola excepción del Proyecto oficial de 1962— (9), representan en Alemania a este sector, que defiende lo que se ha denominado sistema de «pena unitaria». También en España hay autores que, o bien se han mostrado favorables a la pena unitaria, como Cuello Contreras (10), o bien son partidarios de superar la distinción concurso real/concurso ideal, como Vives Antón (11), aunque en este último caso sin indicar el sistema que debería ocupar su lugar.

Por otro lado, ha existido un grupo doctrinal que también rechazaba las distintas consecuencias jurídicas dispuestas en el Derecho positivo para el concurso real y el concurso ideal, pero proponían su unificación mediante el sistema de penalidad previsto para el concurso real. Binding (12) y Coenders (13), entre otros (14), combatieron con gran acritud la regulación legal del concurso en el antiguo StGB alemán, proponiendo la extensión de la consecuencia jurídica del concurso real —pena global o acumulación, en ocasiones con límites— a los supues-

---

(3) Cfr. Honig, *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, zugleich ein Beitrag zur Strafrechtsreform*, 1925, pp. 57 y ss.

(4) Cfr. Geerds, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, pp. 458 y ss.

(5) Cfr. Jescheck, «Die Konkurrenz», *ZStW*, t. 67, 1955, pp. 542 y ss.

(6) Cfr. Schmitt, «Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht. Gleichzeitig eine Besprechung von Geerds: Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht», *ZStW*, t. 75, 1963, pp. 194 y ss.

(7) Cfr. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1983, pp. 713 y 734 y ss., si bien este autor está en contra de aplicar una sola pena para una «masa indiferenciada de injusto» (p. 713).

(8) Más indicaciones bibliográficas en Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, pp. 487/488, nota 327.

(9) Cfr. Geerds, *Zur Lehre*, cit., pp. 488 y ss., respecto a los Proyectos anteriores a 1961. Cfr. también Schmitt, *ZStW*, t. 75, 1963, p. 194.

(10) Cfr. Cuello Contreras, «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal», *ADPCP*, t. 32, 1979, pp. 49 y ss. y 74 y ss.

(11) Cfr. Vives Antón, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, p. 42.

(12) Cfr. Binding, *Handbuch des Strafrechts*, 1885, p. 571 y nota 5.

(13) Cfr. Coenders, *Über die Idealkonkurrenz, ein Vorschlag zum neuen Strafgesetz*, 1921, pp. 8 y 45 y ss.

(14) Cfr. más indicaciones bibliográficas en Puppe, *Idealkonkurrenz*, cit., p. 9, nota 3; y en Geerds, *Zur Lehre*, cit., p. 488, nota 328.

tos del concurso ideal. Esta tendencia, que se suele designar con la expresión de «pena global», no ha tenido, sin embargo, continuidad actualmente en la República Federal. Hoy día nadie defiende que la infracción de dos o más leyes mediante una acción sea sancionada de la misma manera que el concurso real. Las objeciones que se dirigen contra los partidarios de la pena global pueden resumirse en las siguientes palabras de Jescheck: «La pretensión de asignar penas individuales para cada uno de los tipos que concurren idealmente conduciría a la ruptura de unidades de sentido que forman un conjunto y llevaría al extremo, de una forma tremendamente complicada y teórica, la simple consideración de las consecuencias del hecho punible» (15).

La aceptación generalizada de estas razones metodológicas y prácticas contra el sistema de pena global, ha convertido en predominante la tesis de la pena unitaria, expuesta en primer lugar. Es preciso subrayar en este sentido que el *Alternativ Entwurf*, suscrito por muy relevantes Profesores alemanes y suizos de Derecho Penal, abogó por la pena unitaria. Pero, sin embargo, y curiosamente, esta tesis no triunfó en la reforma definitiva del StGB alemán (16). En efecto, los actuales párrafos 52 y siguientes del vigente StGB continúan plasmando la distinción entre concurso ideal y concurso real, que merecen tratamientos penales diferenciados.

A pesar de todo, se siguen produciendo propuestas *de lege ferenda* favorables a la pena unitaria. Ya he indicado que algunos autores españoles han efectuado manifestaciones en este sentido. Y también he expresado que, no obstante, el Borrador de 1990 mantiene la tradicional distinción entre las dos modalidades básicas concursales. Pero las manifestaciones del sector científico español —ciertamente minoritario— que rechazan esa distinción dan la impresión de que gran parte de los problemas concursales que hoy se suscitan se podrían resolver de un plumazo mediante el recurso de la pena unitaria. Además, si cualquier modalidad concursal es sancionada con una sola pena, se acortan las distancias entre la unidad de delito y el concurso de infracciones. Se dice, incluso, que la figura del delito continuado sería improcedente, pues ya no habría necesidad de eludir el sistema de la acumulación (17). Por todas estas razones pienso que es conveniente profundizar algo más en los postulados de esta tesis.

---

(15) Jescheck, *ZStW*, t. 67, 1955, p. 542; en sentido similar, cfr. las indicaciones bibliográficas ofrecidas por Puppe, *Idealkonkurrenz*, cit., 1979, p. 9, nota 5.

(16) Sobre la discusión en el seno de la Gran Comisión de Derecho Penal y el triunfo en ella del mantenimiento del *status quo* concursal (apoyado por los penalistas prácticos y rechazado por los teóricos), cfr. Geerds, *Zur Lehre*, cit., p. 492, y Schmitt, *ZStW*, t. 75, 1963, p. 195.

(17) En este sentido: Honig, *Studien*, cit., 1925, p. 65; Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, p. 498; Schmitt, *ZStW*, t. 75, 1963, pp. 181 y 184.

La técnica de la pena unitaria se presenta por sus partidarios como un modelo de sencillez: se trata de soslayar el desvío que suponen las penas individuales (18), evitando de este modo la «contabilidad formalista» que hoy impera en la teoría del concurso (19). La pena unitaria pretende acabar con las «matemáticas para el cálculo de la pena» que se precisan en el concurso real (20); hay quien dice que con el sistema de la pena unitaria «desaparecen además las penas individuales, que en la práctica son en gran parte ficticias, como presuntos “factores decisivos” de la pena global» (que, como sabemos, es el sistema propio del concurso real en el Derecho Penal alemán) (21). En cuanto a la concreta consecuencia jurídica que se propone para el sistema de pena unitaria, por lo general se apunta al criterio de la combinación. Este principio de combinación es presentado como el más adecuado para tener en cuenta todas las leyes penales infringidas y no sólo la más grave (22). Lo característico de la combinación es que establece un marco penal dentro del cual deberá imponerse la pena definitiva; el límite máximo de ese marco se determina eligiendo el límite máximo más elevado de las penas individuales; mientras que el límite mínimo del marco se obtiene de aquel límite inferior que sea el más elevado de todas las penas individuales (23). Además de esto, se propone una exasperación facultativa, conforme a la cual sea posible llegar hasta el doble de la pena más grave (24), o bien aumentarla en la mitad de su gravedad (25). Asimismo, junto a la pena definitiva a señalar dentro de ese marco, se indica la necesidad de imponer, obligatoria o facultativamente, penas accesorias o medidas de seguridad (26). En España, Cuello Contreras se ha manifestado también favorable a un modelo de combinación muy similar al que se acaba de señalar (27).

---

(18) Así Jescheck, *ZStW*, t. 67, 1955, pp. 542/543.

(19) En este sentido, Cuello Contreras, *ADPCP*, t. 32, 1979, pp. 75/76.

(20) La expresión «*Strafberechnungsmathematik*» procede de Eberhard Schmidt; cfr. al respecto Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, p. 492.

(21) Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, p. 498.

(22) Cfr. Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, pp. 458 y 495 y ss.

(23) Cfr. Cuerda Riezu, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, IV, b, 4.

(24) En este sentido, Jescheck, *ZStW*, t. 67, 1955, p. 546; Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, pp. 499-501.

(25) Así, Schmitt, *ZStW*, t. 75, 1963, p. 194, con el argumento de que, a la vista de que los tribunales suelen imponer la pena definitiva en los márgenes inferiores del marco penal, no parece razonable proponer un marco penal muy elevado, que por lo general no sería utilizado.

(26) Así, Honig, *Studien*, cit., 1925, pp. 55/56; Jescheck, *ZStW*, t. 67, 1955, pp. 547/548; Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, p. 502; Schmitt, *ZStW*, 1963, p. 194, donde se remite a la p. 186.

(27) Cfr. Cuello Contreras, *ADPCP*, t. 32, 1979, pp. 79/80.

En lo que no se ponen de acuerdo los partidarios de la pena unitaria es si con este sistema debe desaparecer o no totalmente la distinción entre concurso real y concurso ideal. Los más radicales rechazan totalmente esa contraposición; según ellos, la ley no debe mencionar siquiera si las infracciones se han llevado a cabo con una o varias acciones (o hechos); desde esta perspectiva, se considera que no es posible definir en general ni la unidad ni la pluralidad, con lo que cae por su base la contraposición —que es la piedra angular de la teoría tradicional del concurso— entre unidad y pluralidad de acciones, y con ella las dos diferentes modalidades concursales: concurso ideal y concurso real (28). La postura más moderada sostiene, por el contrario, que la diferenciación entre concurso real y concurso ideal no se convierte en irrelevante, aunque se implante el sistema de pena unitaria; el que las infracciones se hayan cometido mediante una o varias acciones (o hechos), cumple un papel en la determinación de la pena definitiva, pues no es lo mismo que el autor realice los tipos mediante una sola acción que mediante varias; e igualmente la distinción sigue siendo necesaria para la resolución de los problemas procesales que se plantean en el concurso real con la denominada «formación posterior de la pena unitaria», esto es, cuando tras el enjuiciamiento de las infracciones que concurren realmente se descubre un hecho que podría haber sido visto en aquel enjuiciamiento (29). Según esta tesis, deben desaparecer los diferentes tratamientos que la ley otorga al concurso real y al concurso ideal, unificándose ambos en una misma consecuencia jurídica, pero hay que seguir manteniendo conceptualmente la contraposición concurso real/concurso ideal por los diferentes efectos de otro orden que cada modalidad concursal comporta. Por ello, los que así piensan reclaman que el tenor de la sentencia indique expresamente si los hechos se cometieron con unidad de acción o con pluralidad de acciones (30).

Al margen de estas discrepancias, los que abogan por la pena unitaria coinciden en resaltar las ventajas que este sistema conlleva. Veamos a continuación en qué consisten tales ventajas.

### a) La ventaja metodológica

Desde un punto de vista metodológico, se argumenta que la distinción legal entre concurso real y concurso ideal representa un caso

---

(28) En este sentido: Coenders, *Über die Idealkonkurrenz*, cit., *passim* (aunque este autor opta por el sistema de la pena global); Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, p. 423 y ss. y *passim*; en España, también así Cuello Contreras, *ADPCP*, t. 32, 1979, p. 72 (aunque en p. 467, contradictoriamente, reconoce que los conceptos de unidad y pluralidad de acciones sí sirven para resolver el problema del llamado «concurso ideal homogéneo»).

(29) Esta postura moderada es sostenida por Jescheck, *ZStW*, t. 67, 1955, p. 545, y por Schmitt, *ZStW*, t. 75, 1963, pp. 211 y ss.

(30) Así Jescheck, *ZStW*, t. 67, 1955, p. 545.

prototípico de la denostada «jurisprudencia de conceptos» (31). Según esta opinión, es un conceptualismo extremo el que impide tener en cuenta las consecuencias que se derivan de la decisión de aceptar una u otra modalidad concursal, cuando en realidad es preciso que la decisión esté orientada ante todo por los efectos más convenientes para cada supuesto. Por ello se aboga por una consecuencia jurídica unitaria que prevea un amplio marco penal que permita su adaptación a los más diferentes supuestos concursales.

## b) La ventaja práctica

Desde una perspectiva práctica, ya he indicado antes que se alega ante todo la facilidad con que la pena unitaria puede ser desarrollada. Si este sistema fuera más complicado que el vigente en Alemania o en España (cuyos ordenamientos optan por la diferenciación entre las dos modalidades concursales), no se entendería que la pena unitaria hubiera permanecido durante un período considerable de tiempo en países como Suiza o Austria (32). Los penalistas alemanes que la defienden destacan además que a la jurisprudencia germana nunca le ha resultado demasiado simpática la pena global que impera en el concurso real, debido a las dificultades técnicas que esta consecuencia jurídica entraña. Esta antipatía hacia el sistema de pena global ha dado lugar a dos importantes efectos. Por un lado, los tribunales alemanes han soslayado mediante un procedimiento *contra legem* el método prescrito de formación de la pena global; si la ley obligaba y obliga a determinar en primer lugar las penas individuales correspondientes a cada infracción para después configurar la pena global, el juez de aquel país tiende a formar en primer lugar la pena global y a partir de ellas determina las penas individuales, o bien sigue la pauta prevista en el StGB, pero encuentra la pena global demasiado elevada, por lo que la corrige mediante la reducción de las penas individuales (33). Por otro lado, la animadversión jurisprudencial hacia la consecuencia jurídica del concurso real, ha determinado un recorte del ámbito de la pluralidad de acciones y una consiguiente ampliación del concurso ideal e incluso de la unidad de delito; este segundo efecto, de capital importancia, ha sido puesto de relieve sobre todo por

---

(31) En este sentido: Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, p. 482; Cuello Contreras, *ADPCP*, t. 32, 1979, pp. 49 y 75.

(32) Cfr. en este sentido: Jescheck, *ZStW*, t. 67, 1955, p. 545; Schmitt, *ZStW*, t. 75, 1963, p. 194.

(33) Cfr. Jescheck, *ZStW*, t. 67, 1955, p. 532; Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, pp. 472 y 477 y ss.; *Alternativ Entwurf. AT*, 1966, p. 117; *Entwurf*, 1962, p. 189; Schmitt, *ZStW*, t. 75, 1963, p. 56.

Rudolf Schmitt (34). De estas dos realidades constatables en la praxis, los defensores de la pena unitaria extraen una enseñanza que salta a la vista: la única manera de evitar aplicaciones desviadas de preceptos que son contrarias al principio de legalidad y de impedir que se amplíen unos conceptos a costa de otros —desdibujándose así los contornos de ambos—, es acudir a la raíz del asunto y acabar con la fuente de todos los problemas, es decir, acabar con la pena global como consecuencia jurídica principal del concurso real. Por las anteriores razones prácticas la pena global debe dejar paso a la pena unitaria; la sencillez de ésta la hace preferible, frente a la complejidad —con tan funestas consecuencias— de aquélla.

### c) Las ventajas materiales

A favor de la pena unitaria también se alegan argumentos de carácter material. Con el Derecho vigente son las circunstancias más casuales las que deciden sobre si hay que aplicar las reglas del concurso ideal o las del concurso real, y si la distinción se basa en la casualidad y no en razones de peso, es preciso superarla (35). Precisamente esa falta de fundamento de la distinción ha llevado a algunos autores a cuestionar su constitucionalidad; se indica en este sentido que los límites entre concurso ideal y concurso real son arbitrarios, lo que infringiría el principio constitucional de igualdad (36). Pero la objeción material más importante se dirige contra los diferentes marcos penales que se prevén legalmente para el concurso real y para el concurso ideal: el que el límite superior sea diferente en cada caso no se encuentra en absoluto justificado; expresado esto mismo con las palabras de Rudolf Schmitt: «Los que abogan por la pena unitaria no se cansarán de señalar que la coincidencia en una unidad de acción de varios tipos puede ser más merecedora de pena que la sucesión temporal de los mismos tipos. Por ello es incorrecto que en caso de pluralidad de acciones se pueda sobrepasar el marco penal del tipo más grave ([antiguo] § 74), y, sin embargo, en caso de unidad de acción, no ([antiguo] § 73). Se podrá aceptar como regla empírica el principio —que resulta básico en el Derecho concursal vigente— de que a más acciones, mayor merecimiento de pena; pero los casos excepcionales

---

(34) Cfr. Schmitt, *ZStW*, t. 75, 1963, pp. 56-57; también así Jescheck, *ZStW*, t. 67, 1955, p. 540.

(35) Cfr. así Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, pp. 437 y s. También los que abogan por el sistema de «pena global» aducen el argumento de la causalidad, así Coenders, *Über die Idealkonkurrenz*, cit., 1921, p. 7.

(36) Así Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, p. 440, nota 74 y p. 480; Jakobs, *AT*, cit., 1983, p. 735.

resaltados por los defensores de la pena unitaria no se pueden negar» (37). Frente a la postura tradicional, para la que la menor penalidad del concurso ideal se justifica en la menor culpabilidad por realizarse las infracciones con unidad de acción, son muchos —tanto partidarios de la pena unitaria como de la pena global— los que han resaltado que los supuestos incluidos en el concurso ideal pueden ser, aunque no necesariamente, más graves que los del concurso real (38). De ahí que se proponga la identidad de la consecuencia jurídica para las dos modalidades concursales en el sentido del principio de combinación: si no siempre está justificada una punición inferior del concurso ideal en relación al concurso real, entonces no hay ya motivos para mantener una disparidad de consecuencias jurídicas respecto a ambas modalidades concursales; el marco penal común deberá ser lo suficientemente amplio como para permitir que los casos de concurso ideal que lo merezcan sean tratados de igual forma que el concurso real.

#### d) Las ventajas político-criminales

En pro de la pena unitaria también se invocan razones político criminales. Normalmente los que militan en el bando de la pena unitaria se defienden de las acusaciones que se les dirige (39), especialmente la de que la pena unitaria implica un Derecho penal de autor, pero en ocasiones también hacen manifestaciones que destacan los argumentos favorables a su tesis. En este último sentido cabe resaltar la opinión de Jescheck, quien expresa que «cuando se está convencido de que toda culpabilidad tiene que ser entendida en último término como culpabilidad por la personalidad, es verdaderamente incorrecto fraccionar esta culpabilidad —que sólo se descubre ante una consideración global del proceso vital en todos sus aspectos— en distintas “culpabilidades individuales”, que sólo pueden ser partes a las que les falta una vinculación espiritual» (40). Para Jescheck las penas individuales, tal y como se determinan en el concurso real, sólo ofrecen una imagen deformada, ficticia y no exhaustiva del hecho aislado, que además no contiene los rasgos de la personalidad global del autor, y

---

(37) Schmitt, *ZStW*, t. 75, 1962, pp. 186/187.

(38) Cfr. en este sentido: Binding, *Handbuch*, cit., 1885, pp. 575 y s.; Coenders, *Über die Idealkonkurrenz*, cit., 1921, p. 49; Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, pp. 469 y 471; Jescheck, *ZStW*, t. 67, 1955, p. 542: «seguramente es correcto que una acumulación de tipos en una acción puede pesar más que una pluralidad de acciones punibles»; Jakobs, *AT*, cit., 1983, pp. 713 y 734 y s.

(39) Cfr., por ejemplo, Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, p. 458; Schmitt, *ZStW*, t. 75, 1963, pp. 197-199; Cuello Contreras, *ADPCP*, t. 32, 1979, p. 77.

(40) Jescheck, *ZStW*, t. 67, 1955, pp. 543/544.

por ello se hace precisa la corrección de las penas individuales mediante la pena global; por ello, concluye este autor, es en realidad la idea de la culpabilidad material la que habla a favor de un tratamiento equivalente de las dos modalidades concursales en la determinación de la pena (41). En definitiva, este argumento apunta al principio de que aunque los hechos a castigar sean muchos, la culpabilidad sólo puede ser única (42). Curiosamente, estas declaraciones sólo hacen referencia al principio de culpabilidad, y no mencionan la prevención especial, cuando ciertamente la pena unitaria puede, aunque no forzosamente, cumplir una función preventivo-especial (43). Y por ello no es de extrañar que el sistema de la pena unitaria lleve funcionando varias décadas, y al aparecer correctamente, en el ámbito del Derecho penal juvenil que existe en la República Federal de Alemania (44), puesto que este sector del campo punitivo persigue ante todo una finalidad educativa (45).

### e) Otras ventajas

Todavía mencionan los defensores de la pena unitaria las ventajas procesales que su implantación conllevaría, en particular la reducción de los recursos por la apreciación de una u otra modalidad concursal (46).

Pero demos ya por concluidas las alegaciones en favor de este sistema. Es hora ya de someterlo a una consideración crítica.

## 3. CRITICA DEL SISTEMA DE «PENA UNITARIA»

Comencemos por el principio. Se dice que la distinción vigente entre concurso ideal y concurso real es fruto de un conceptualismo que hay que superar. Se demanda incluso una mayor flexibilidad en la estimación de una u otra modalidad, de manera que la decisión esté guiada más que nada por razones de justicia y de necesidad de pena.

(41) Cfr. Jescheck, *ZStW*, t. 67, 1955, p. 544.

(42) Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, p. 459: «Pero, si bien es el hecho presupuesto de la punibilidad, sólo el hombre, es decir, el transgresor puede ser castigado»; en sentido similar, cfr. del mismo autor, *op. cit.*, pp. 440 y 475.

(43) En este sentido: Pupppe, *Idealkonkurrenz*, cit., 1979, p. 10; Baumann/Weber, *Strafrecht. AT*, 9.ª ed., 1985, pp. 687 y s.; Sanz Morán, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, p. 35.

(44) Cfr., por ejemplo, Schmitt, *ZStW*, t. 75, 1963, p. 194.

(45) Cfr. Maurach/Gössel, *Strafrecht. AT*, t. 2, 6.ª ed., 1984, pp. 422 y 431.

(46) Cfr. más extensamente, Jescheck, *ZStW*, t. 67, 1955, pp. 550 y ss.; Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, pp. 517 y ss.; Schmitt, *ZStW*, t. 75, 1963, p. 203 y ss.

En esta línea se encuentra especialmente Cuello Contreras: «las disposiciones establecidas por el legislador sobre el concurso están ahí para posibilitar la solución de un problema interpretativo. Las normas del concurso no tienen la misión de llevar a cabo una tarea valorativa, no exigiéndose al intérprete, pues, la interpretación de lo que el legislador haya querido desvalorar en ellas. Por el contrario, las normas concursales se limitan a facilitar la determinación de la pena una vez resuelto el problema a que sus distintas modalidades (concurso de leyes, ideal y real de delitos) hacen referencia. Resuelto el problema interpretativo previo, podrá decidirse el recurso a la aplicación de uno u otro precepto concursal. En este sentido, es en el que queremos hablar del carácter *abierto* de la normativa concursal» (47).

Las palabras de Cuello suscitan la duda de si más que una superación de una jurisprudencia de conceptos, lo que se pretende es una simple creación libre del Derecho (48). Sea como fuere, coincido con la idea de que toda interpretación debe tener muy en cuenta los resultados que se alcanzan con las distintas tesis que se ofrecen antes de adoptar una decisión; pero también es cierto que las normas concursales contienen —además de una consecuencia jurídica— un supuesto de hecho que no se puede eludir a voluntad. En las normas concursales rigen asimismo los principios de legalidad y seguridad jurídica. Pues si la interpretación de las infracciones de la Parte Especial del Código ha de estar guiada por estos principios, no veo por qué razón deben estar ausentes en la interpretación de las normas que resuelven la confluencia de varias infracciones, es decir, de los preceptos concursales. La elección de una modalidad concursal no puede depender tan sólo de si el resultado que así se alcanza es justo o no: el supuesto de hecho, el «tipo concursal» en expresión de Mir Puig (49), también debe jugar un papel. De ahí que la crítica del conceptualismo dirigida contra la regulación hoy imperante carezca de vigor si lo que se persigue es sustituirla por una «tópica concursal».

Por otra parte, desde un punto de vista metodológico se niega la posibilidad lógica de definir la unidad y la pluralidad (50), con lo que a renglón seguido decaería también la posibilidad de distinguir el concurso ideal del concurso real. Pero esta objeción no es capaz de convencer: lo único se debe poder separar de lo plural, precisamente por

---

(47) Cuello Contreras, «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: El delito *sui generis*», *ADPCP*, t. 31, 1978, pp. 67-68.

(48) Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5.ª ed., 1983, pp. 60-61, indica que esta concepción se caracteriza por la circunstancia de que «la voluntad de alcanzar una decisión previamente determinada dirige la elección de aquellos pasajes legales que fundamentan la decisión».

(49) Cfr. Mir Puig, «Sobre el tipo subjetivo del concurso de delitos», *ADPCP*, t. 40, 1987, p. 203 y ss.

(50) Así Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, pp. 431 y ss.

los dictados de la lógica y de las matemáticas. Contar delitos no es especialmente difícil, lo difícil es ponerse de acuerdo en relación a la perspectiva que hay que adoptar para determinar la unidad de delito. Pero la función de la normativa concursal —ya lo he indicado al comienzo de estas páginas— es ante todo contar, enumerar delitos (51), y después determinar las consecuencias jurídicas que les corresponden.

Sometamos ahora a examen las ventajas prácticas que supondría la pena unitaria. Se expresa que este sistema acaba con la absurda contabilidad que conlleva determinar las penas individuales correspondientes a cada una de las infracciones; para formar la pena unitaria no hay que partir, según esto, de las penas individuales; en este sentido Geerds llega a manifestar lo siguiente: «es en sí mismo indiferente que en la determinación de la pena unitaria se parta de las infracciones individuales o de la sanción definitiva que se debe imponer» (52). Pero esta declaración no se acaba de entender: si los partidarios de la pena unitaria proponen como consecuencia jurídica el criterio de la combinación, no tienen más remedio que comenzar por determinar las penas individuales. Pues para fijar el límite máximo del marco penal resultante de la combinación hay que saber cuál es la pena individual más grave, y para saber esto hace falta comparar previamente las penas individuales *ya determinadas*; e igualmente, la concreción del límite mínimo exige conocer cuál de las penas individuales cuenta con el tope inferior más elevado, con lo que nuevamente se requiere que las penas individuales hayan sido *determinadas*. El principio de la combinación exige, pues, en cualquier caso la determinación de la sanción que corresponde a cada una de las infracciones. Luego no es coherente criticar el formalismo aritmético de la regulación vigente del concurso real en Alemania y luego, para sustituirlo, disponer un criterio que está basado igualmente en un cierto «formalismo». Pero es que además, tal «formalismo» legal —la determinación previa de las penas individuales— no es soslayable de ninguna manera, porque constituye una garantía indeclinable de la teoría del concurso derivada del principio de la responsabilidad por el hecho; por muy engorroso que ello sea, cualquier consecuencia jurídica concursal debe partir de las penas individuales (53).

Como ya indiqué, la discusión sobre la pena unitaria comienza a suscitarse para evitar interpretaciones desviadas de la jurisprudencia alemana: ante las dificultades para formar la pena global, los tribunales siguen procedimientos poco ortodoxos para su desarrollo y preten-

---

(51) Cfr. en este sentido Puppe, *Idealkonkurrenz*, cit., pp. 11 y 312; Maurach/Gössel, *AT*, t. 2, 6.ª ed., 1984, pp. 358 y 360.

(52) Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, pp. 512/513.

(53) Cfr. Cuerda Riezu, *Concurso de delitos*, cit., VIII.

den eludir la regulación legal mediante una interpretación forzada de otros conceptos, como el concurso ideal o la unidad de delito; la institución del delito continuado encaja precisamente en esta tendencia. Resulta fundamental conocer estas orientaciones jurisprudenciales, porque arrojan una luz considerable sobre toda la problemática concursal. En la labor de interpretación jurídica suele ocurrir frecuentemente que se entiende el problema, pero no se alcanza a ver el origen del problema. Pues bien, esa «huida» del concurso real puede explicar el origen de muchas dificultades que se plantean en este ámbito. Lo que ya no está tan claro es que una interpretación *contra legem* sólo pueda ser atajada con una reforma legislativa encaminada a establecer la pena unitaria. Es cierto que, a veces, la única manera de contrarrestar opiniones jurisprudenciales que se estiman incorrectas, sólo puede venir de la mano del legislador, pues la independencia del Poder judicial no admite ninguna injerencia. Pero toda reforma legislativa requiere una legitimación y una justificación. Y aquí pueden faltar, porque lo que sí es posible exigir al juez, es que se vincule a la ley: ante una práctica que se aparta de la norma, debe reclamarse una correcta aplicación del Derecho. Por eso no encuentro todavía un fundamento que justifique la reforma de la teoría concursal en el sentido de la pena unitaria.

Quiero referirme ahora a la faceta político-criminal de la pena unitaria. Jescheck defiende este sistema con el argumento de que la culpabilidad es indivisible, de modo que no es susceptible de ser fraccionada en «culpabilidades individuales». Ahora bien, el Derecho penal está basado en el principio de la responsabilidad por el hecho, de lo que se deriva que cada realización de un tipo de injusto por un sujeto que es capaz de ser motivado por la norma origina una responsabilidad concreta e individual. El sistema seguido en España y Alemania, consistente en tipificar hechos punibles, obliga a recortar responsabilidades, por lo menos en lo que al Derecho penal de adultos se refiere. Luego no es cierto que la culpabilidad sea infraccionable, es que, por el contrario, la culpabilidad es por esencia fraccionable: a tantos tipos de injusto realizados por un sujeto culpable le corresponderán tantas responsabilidades, pudiendo ser distinta la culpabilidad respecto a cada tipo de injusto (54). Lo que obviamente es indivisible es el responsable, el sujeto infractor de la norma.

Se suele decir en contra de la pena unitaria que cae en un Derecho penal de autor, lo que resulta contrario a los principios jurídico-penales vigentes. Pero como ha resaltado Puppe esta crítica sólo

---

(54) Pues es perfectamente posible que un mismo sujeto realice diversos tipos de injusto y cada uno represente distinta culpabilidad: un hecho cometido con plena imputabilidad y conciencia de antijuridicidad, otro cometido bajo un trastorno mental transitorio incompleto, un tercero realizado con error de prohibición vencible, etc.

puede tener fuerza de convicción si el método de determinación de la pena unitaria no partiera de los hechos individuales y se sirviera de la síntesis de todos ellos para llegar a una sanción que se sintiera como justa y adecuada a la personalidad del autor; pero si la determinación de la pena unitaria se lleva a cabo mediante el criterio de la combinación, como ciertamente proponen sus partidarios, no se puede formular entonces la acusación de que se está derivando hacia un Derecho penal de autor (55). Efectivamente: cuando la pena unitaria es sólo el reflejo más o menos aproximado de una pluralidad de infracciones y no el resultado que se deriva de combinar las penas individuales, lo único que sintetiza esa pluralidad de infracciones es el responsable de las mismas, convirtiéndose su personalidad y su conducta de vida en el auténtico objeto de enjuiciamiento (56). Además, si las penas individuales no jugaran un papel fundamental en la determinación de la pena unitaria, se plantearía la dificultad de cómo llegar a una pena definitiva: «Actualmente no tenemos otro medio para medir la maldad o la enfermedad social del autor que la valoración de los hechos por él cometidos. Debemos descubrir al autor por sus frutos. Al ser humano le queda impedida la visión definitiva del alma ajena» (57).

Pero si la pena unitaria se concreta en el principio de combinación, las objeciones que se han expuesto carecen de contundencia. Pues en tal caso el juez está obligado a contar las realizaciones de tipos y a determinar las penas individuales que les corresponden. Es decir, que queda vinculado al principio de la responsabilidad por el hecho. En definitiva, la tesis de la pena unitaria se convierte en promotora no de una nueva y distinta consecuencia jurídica concursal, puesto que el principio de combinación ya es conocido, sino en un intento de unificar el tratamiento del concurso ideal y del concurso real. Lo novedoso del sistema de pena unitaria no es pues la consecuencia jurídica sino el supuesto de hecho de esa consecuencia jurídica —el tipo concursal—, esto es, la desaparición de las diferencias entre las dos modalidades concursales.

---

(55) Cfr. Puppe, *Idealkonkurrenz*, cit., p. 13. En sentido similar Sanz Morán, *El concurso*, cit., 1986, p. 36.

(56) En este sentido Puppe, *Idealkonkurrenz*, cit., p. 11. De forma semejante, *Entwurf*, 1962, p. 190; Jakobs, *AT*, 1983, p. 713 («Ciertamente un pena unitaria como pena para una masa indiferenciada de injusto contradice el principio del hecho»); Maurach/Gössel, *AT*, t. 2, 6.ª ed., 1984, p. 422 («cierta inseguridad en los factores que fundamentan irracionalmente la pena unitaria»); Sanz Morán, *El concurso*, cit., 1986, p. 35.

Incluso un partidario de la pena unitaria como es Schmitt, reconoce que el peligro de una consideración insuficiente de las acciones individuales y de su relación recíproca es mayor en la configuración de la pena unitaria que en la de las penas individuales.

(57) Baumann/Weber, *AT*, 9.ª ed., 1985, p. 688.

De todo lo anterior cabe extraer la conclusión de que las pretendidas ventajas metodológicas, prácticas o político-criminales de la pena unitaria no son tales si este sistema opta por el principio de la combinación. Pues la combinación es una consecuencia concursal más, que ya goza hoy en día de reconocimiento legal en Alemania al estar introducida en el § 52 del StGB. Pero queda por dilucidar si la pena unitaria, en el sentido de unificar los concursos real e ideal, está justificada. Y para ello se requiere otro tipo de argumentación: la de carácter material. Precisamente no he sometido a crítica los argumentos de esta naturaleza aducidos por los partidarios de la pena unitaria para deslindar problemas que merecen una consideración separada. El apartado siguiente estará dedicado al análisis de estos aspectos y especialmente a investigar si resulta justificada la identidad de las consecuencias jurídicas concursales para las dos especies concursales. Como conclusión del presente apartado basta con retener lo siguiente: el sistema de pena única, en cuanto precociza el criterio de la combinación, no es la panacea de todos los males concursales.

#### 4. EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* Y LA PROHIBICION DE LA DOBLE VALORACION DE UNAS MISMAS CIRCUNSTANCIAS DE HECHO

##### a) **Planteamiento**

Debemos centrarnos ahora en la cuestión de si es posible unificar el tratamiento del concurso real y del concurso ideal. Pero para llegar hasta este punto resulta imprescindible indagar sobre el fundamento y naturaleza de las dos modalidades concursales. Si ambas responden a unos mismos criterios, no habrá obstáculos para abogar por su unificación; es más, caso de que prevaleciera esa hipótesis, se debería dar la razón a los partidarios de la pena unitaria y, de conformidad al principio de igualdad, otorgar un tratamiento uniforme a los dos institutos concursales. Pero si, por el contrario, el concurso ideal se basa en puntos de vista que no se corresponden a los del concurso real, no sólo será necesario mantener la distinción entre ambas figuras, sino que resultará obligada incluso una disparidad en la configuración de las consecuencias jurídicas que se prevean para el concurso real y para el concurso ideal.

Esta última hipótesis es la mantenida por Puppe. Según esta autora alemana, una de las razones que obligan a mantener separadas estas dos instituciones concursales, consiste en entender que el concurso ideal se fundamenta en la prohibición de la doble valoración de unas

mismas circunstancias de hecho (58). Ahora bien, para entender el concepto de que resulta vedada una doble o múltiple consideración de circunstancias fácticas en el ámbito del concurso ideal, previamente es preciso hacer referencia a un principio general del Derecho más amplio y que engloba aquel concepto: el *non bis in idem*. Aparentemente esto nos obliga a dar un amplio rodeo antes de entrar en el núcleo de la cuestión; pero sólo aparentemente. Pues, como habrá ocasión de comprobar, éste es realmente el núcleo de la cuestión. En mi opinión, la aplicación del *non bis in idem* a la teoría del concurso arroja una nueva luz a esta vieja cuestión del Derecho Penal.

### b) Aproximación conceptual

*Non bis in idem* o *ne bis in idem* son expresiones modernizadas de la máxima *bis de eadem re ne sit actio*: «no tolera la buena fe que se exija dos veces lo mismo» (Gayo, 18 ed. D.50.17.57) (59). La traducción literal del principio general del Derecho *non bis in idem* dice poco acerca de su contenido: «no dos veces en la misma cosa». Pues eso no nos aclara qué es el *bis* ni qué es el *idem*. Lo único que resulta obvio es que se trata de una prohibición y que está formulada con tal grado de abstracción, que de entrada resulta aplicable a una amplia gama de posibilidades. Una primera aproximación conceptual al *non bis in idem* podría consistir en explicarlo como una regla de Derecho que pretende evitar una pluralidad de efectos jurídicos sobre un mismo sustrato real. Pero es difícil concretar algo más. Desgraciadamente, por lo que yo he podido comprobar, el principio en cuestión no ha sido estudiado científicamente de una forma global, por lo que no están analizados sus presupuestos, su ámbito de aplicación, ni sus límites. De lo que sí hay estudios doctrinales —en ocasiones, muy numerosos y con una profundidad considerable— es de algunas manifestaciones concretas de este principio, pero se echa en falta un análisis global del mismo. Por lo que respecta a las páginas que siguen, mi intención no es suplir completamente esa laguna investigadora sino simplemente tratar de extraer las consecuencias que de él se derivan para la teoría del concurso en Derecho Penal.

### c) Antecedentes normativos

Con anterioridad a la Constitución, el principio *non bis in idem* no fue desconocido por nuestro ordenamiento jurídico, que reguló expresa

(58) Cfr. Puppe, *Idealkonkurrenz*, cit., pp. 19 y ss., 55 y 303.

(59) Cfr. García Garrido, voz *Ne bis in idem*, *Jurisprudencia romana*, 1982.

y positivamente instituciones vinculadas a él. Así, por ejemplo, la cosa juzgada (*exceptio rei iudicatae*), si bien no tan expresamente como sería de desear. En efecto, no deja de ser curioso que a pesar de la importancia del efecto de cosa juzgada material, éste no aparece mencionado en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tan sólo su Exposición de Motivos declara que rige sin excepción la máxima *non bis in idem*, añadiendo más adelante: «y teniendo el Tribunal la obligación de condenar o absolver libremente sin reserva alguna y sin que le sea lícito abrir un nuevo procedimiento sobre el mismo hecho [...]» (60).

Es cierto, no obstante, que dicha Ley reconoce la cosa juzgada al disponer el momento procesal oportuno para hacer valer el efecto preclusivo o negativo de una sentencia (61) en el segundo juicio: bien como artículo de previo pronunciamiento (art. 666, 2.ª) bien en el juicio oral, cuando la cuestión previa hubiese sido desestimada (artículo 678). Si el Tribunal declarase haber lugar a la cuestión, sobreseerá libremente (art. 675).

En el ámbito civil, y por lo que respecta al efecto preclusivo o prejudicial, los artículos 362, 514 y 1804 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevén la suspensión del pleito civil o del recurso de revisión civil cuando se plantee una cuestión prejudicial penal, con efecto devolutivo de la misma a los Tribunales penales. De la misma manera, el artículo 4.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa excluye de la competencia de esta jurisdicción las cuestiones prejudiciales de carácter penal, lo que parece indicar que tales cuestiones también tienen efecto devolutivo, debiendo ser resueltas por los Jueces y Tribunales del orden penal. Con posterioridad a la Constitución, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 ha generalizado esta solución mediante su artículo 10.2: «No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca.»

---

(60) Cfr. Cortés Domínguez, *La cosa juzgada penal*, 1975, pp. 114/115.

(61) Este efecto, admitido sin discusión tanto por la ciencia como por la jurisprudencia, supone que la acción penal ya está agotada, con lo que resulta prohibido un nuevo juicio sobre el mismo objeto e indirectamente una nueva condena por los mismos hechos. Mucho más discutido y discutible es el efecto positivo o prejudicial de cosa juzgada, que pretende evitar dos resoluciones contradictorias sobre un objeto, con lo que el segundo Tribunal que conociera de ese mismo objeto quedaría vinculado a la decisión adoptada por el Tribunal anterior. La doctrina científica entiende unánimemente que en el ámbito del proceso penal no cabe reconocer el efecto positivo o prejudicial de cosa juzgada. Cfr. en este sentido, Cortés Domínguez, *La cosa juzgada penal*, 1975, pp. 120 y ss., 132 y ss. y 142; Fenech, *El proceso penal*, 4.ª ed., 1982, p. 410 y s.; Aragonés Alonso, *Instituciones de Derecho procesal penal*, 5.ª ed., 1984, p. 347.

Todos estos preceptos contienen disposiciones sobre las consecuencias de la cosa juzgada y, por tanto, indirectamente sobre el principio *non bis in idem* también. Pero ni una ni otro son mencionados expresamente.

Nuestro Derecho sí que impone de manera explícita la prohibición de que en relación a un mismo hecho se efectúen enjuiciamientos múltiples por distintos Estados o que se impongan penas por distintos Estados. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España y publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 30 de abril de 1970, declara en su artículo 14.7 que «nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito, por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país». Resulta indudable que este precepto consagra la prohibición de doble enjuiciamiento y la prohibición de doble pena, aspectos ambos que se integran en el principio *non bis in idem* (62). Por otra parte, en el ámbito del Derecho de extradición ha regido históricamente y rige en la actualidad el principio *non bis in idem* (63), conforme al cual no se va a entregar al sujeto cuya extradición se solicita, cuando la jurisdicción española tiene competencia para juzgarle, le está juzgando o le ha absuelto o condenado por los mismos hechos que motivaron la solicitud de extradición.

#### **d) El principio *non bis in idem* en la Constitución Española de 1978**

La Constitución Española de 1978 no reconoció *expresamente* el principio. Sin embargo, otros textos constitucionales extranjeros sí mencionan alguna manifestación concreta del mismo; así, por ejemplo, el artículo 103 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania dispone en su párrafo tercero que «nadie puede ser condenado varias veces por el mismo hecho en virtud de las leyes penales generales». Nuestra Constitución, sin embargo, no contiene siquiera esa mención que fundamentalmente hace referencia a la perspectiva procesal. Este silencio fue duramente criticado al poco tiempo de la promulgación del texto constitucional por Vives Antón, para quien, a pesar de ello resultaba posible deducir el principio en cuestión a partir de la idea de la «unidad de soberanía» (64).

---

(62) Vid. en este sentido Auto del TC 90/1985, de 6 de febrero.

(63) Vid. art. 9 del Convenio Europeo de Extradición, ratificado por España (BOE, de 8 de junio de 1982), y arts. 3.1 y 4, 5.º de la Ley de extradición pasiva de 21 de marzo de 1985.

(64) Cfr. Vives Antón, «Estado de Derecho y Derecho Penal», en *Comentarios a la legislación penal* (dirigidos por Cobo del Rosal), t. I, 1982, p. 48 y nota 139.

A pesar de la falta de reconocimiento constitucional explícito, el *non bis in idem* rige en el ordenamiento jurídico español sin ningún género de dudas. Ello ha sido posible gracias a una muy creativa jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha ido fundamentándolo y desarrollándolo —a veces con fluctuaciones— progresivamente. En su momento, García de Enterría llamó la atención sobre la sentencia de 30 de enero de 1981 que inauguró esta doctrina constitucional, a la que este administrativista calificó «de primera importancia para nuestro Derecho público» (65). Con posterioridad a esta primera sentencia sobre el tema, otras resoluciones del Tribunal Constitucional han ido perfilando el contenido del *non bis in idem*, destacando especialmente en este aspecto la sentencia 77/1983, de 3 de octubre, cuyo ponente fue el Magistrado Luis Díez-Picazo.

Este reconocimiento del principio efectuado por el «intérprete supremo» de la Constitución, aunque no está exento de dificultades, tiene efectos favorables. Así, cabe destacar que la jurisprudencia constitucional ha integrado en la Norma fundamental el *non bis in idem*, cosa que no hizo el Constituyente con carácter expreso. Y además, aunque por diversas vías, el Tribunal Constitucional ha atribuido al principio la naturaleza de derecho fundamental, incluido en la Sección primera del Capítulo II del Primer Título de la Constitución; esto significa que su tutela puede llevarse a cabo tanto por los Tribunales ordinarios como por el Tribunal Constitucional en vía de amparo (artículo 53.2 de la Constitución) (66). Seguramente el *favor libertatis* o la *preferred position* (67), que imperan en materia de derechos y libertades, han llevado al convencimiento de los Magistrados constitucionales de que su enumeración en el texto de la Norma Fundamental no sigue un estricto sistema de *numerus clausus* o por lo menos que, con algunas condiciones, existen derechos implícitamente reconocidos por la Constitución. Por otro lado, al estimarse que el *non bis*

---

(65) García de Enterría, «La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionatoria de la Administración: Dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional», *REDA*, n.º 29, 1981, p. 360; el mismo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 2.ª ed., 1982, p. 244. Cfr. también sobre esta resolución Cano/de la Sala/Peña, *Doctrina penal del Tribunal Constitucional*, t. 1, 1986, pp. 19-23, y Quintana López, «El principio *non bis in idem* y la responsabilidad administrativa de los funcionarios», *REDA*, n.º 52, 1986, p. 586.

(66) Cfr. críticamente Sanz Gandasegui, *La potestad sancionatoria de la Administración*, 1985, pp. 137 y s. y 257 y s., para quien la actitud del TC al abrir la vía de amparo en estos casos resulta forzada por la necesidad de resolver el caso buscando la justicia concreta. Sin embargo, Arroyo Zapatero: «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», *REDC*, n.º 8, 1983, pp. 19/20, se muestra a favor de la consideración del *non bis in idem* como derecho fundamental.

(67) Sobre esta «posición preferente» de las libertades fundamentales cfr. García de Enterría, *La Constitución como norma*, cit., 1982, pp. 145-151.

*in idem* forma parte de la Constitución con el rango de derecho fundamental, vincula a todos los poderes públicos (arts. 53.1 y 9.1 de la Constitución), de forma que *no sólo el legislador debe respetarlo en su actividad normativa, sino que también la Administración y los Tribunales están obligados a acatarlo* (68).

No es éste el lugar adecuado para ocuparme de las diversas manifestaciones que la jurisprudencia constitucional ha integrado en el principio del *non bis in idem* ni tampoco de las dificultades que su origen, propio de una interpretación subjetiva, puede provocar (69). Sí puede ser interesante destacar cómo ha llegado el Tribunal Constitucional al reconocimiento del principio. Este órgano jurisdiccional se apoyó en los precedentes de las discusiones parlamentarias sobre la redacción de la Constitución. La sentencia 2/1981, de 30 de enero, que como se ha indicado es la pionera en este asunto, indica en su fundamento jurídico 4 que el *non bis in idem* «si bien no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (art. 53.2 de la Constitución y art. 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9 del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución» (70).

El precedente mencionado es correcto. El «Borrador del texto constitucional», publicado en la prensa diaria el 25 de noviembre de 1977 (71), incluía en el párrafo segundo del artículo 13 como princi-

---

(68) Cfr. García de Enterría, *REDA*, n.º 29, 1981, p. 360; el mismo, *La Constitución como norma*, cit., 1982, p. 244.

(69) Sin ánimo de exhaustividad se pueden citar las siguientes: inseguridad en su contenido y límites, lo que se ve reflejado en la jurisprudencia del TC; necesidad de determinar de qué otro derecho fundamental reconocido explícitamente por la Constitución se deriva, puesto que el recurso de amparo exige indicar el derecho constitucional violado (art. 44.1 y 49 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional); el *non bis in idem* se ha planteado, sobre todo, en recursos de amparo, y no tanto en cuestiones, autocuestiones o recursos de inconstitucionalidad, lo que impide revisar procesos penales o contencioso-administrativos concluidos con sentencia con fuerza de cosa juzgada a tenor del art. 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; se plantea también la cuestión de si las sentencias del TC que reconocen el *non bis in idem* tienen efectos *erga omnes* o sólo en relación al caso particular resuelto, y si esos efectos son *ex tunc* o *ex nunc*; etc.

(70) La jurisprudencia constitucional posterior reitera esta idea, vid. SSTC, 77/1983, de 3 de octubre; 159/85, de 27 de noviembre; 23/86, de 14 de febrero; 66/86, de 23 de mayo, y 94/86, de 8 de julio.

(71) Vid. este texto en *Documentación Administrativa*, n.º 180 extraordinario (*La Constitución española de 1978*), 1978, pp. 59 y ss.

pio reconocido «el de exclusión de la doble sanción por los mismos hechos». Con idéntica expresión aparecía incluido este principio en el artículo 9.3 del Anteproyecto de Constitución (72). El Informe de la Ponencia sobre las enmiendas presentadas al Anteproyecto (73) no varió ni la numeración del precepto que contenía el principio ni la redacción del mismo.

Sin embargo, en los debates de la comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas se sometió a discusión el tema. El Diputado de UCD, Sr. Meilán Gil, propuso que el principio de la exclusión de la doble sanción por unos mismos hechos fuera suprimido del artículo 9.3 y que fuera tratado dentro del artículo 24 (actual artículo 25) del Proyecto. Meilán explicó que no estaba en contra del principio y que resultaba justificada su inclusión en la Constitución para evitar la imposición conjunta de pena y sanciones administrativas de heterotutela; pero si se incluía el *non bis in idem* en el artículo 9.3, se le daba tal carácter de generalidad, que quedaría vedada la posibilidad de imponer penas y sanciones administrativas de autotutela (por ejemplo, las disciplinarias), prohibición ésta que el Diputado de UCD no estimaba correcta; para Meilán debía prohibirse la imposición de dos penas o de una pena y una sanción de protección del orden general, pero entendía que no era conveniente prohibir la imposición de una pena y una sanción de naturaleza disciplinaria; por ello, propuso que el principio fuera incluido en el artículo 24 (actual 25), con el objeto de que quedara más matizada esta materia (74).

El Sr. Peces-Barba, en su condición de Diputado del PSOE, se opuso a que se retirase el principio del marco del artículo 9.3. A su entender, la prohibición de la doble sanción por unos mismos hechos no excluía ni las sanciones disciplinarias a los funcionarios por conductas que no fueran al mismo tiempo constitutivas de delito, ni la posibilidad de imponer pena y sanción disciplinaria por unos mismos hechos, añadiendo en relación a esto último que «una ley que estableciese esa posibilidad no sería anticonstitucional»; no obstante, Peces-Barba declaró que estaba abierto a una propuesta *in voce* para conciliar la no exclusión del principio y las acotaciones propuestas por el Sr. Meilán (75).

En una nueva intervención el Sr. Meilán Gil se mostró favorable a esta propuesta conciliadora. Tras una pausa, el también Diputado de UCD Sr. Pérez-Llorca leyó *in voce* lo acordado en la Ponencia, acuer-

---

(72) Publicado en el BOC de 5 de enero de 1978.

(73) BOC de 17 de abril de 1978.

(74) Vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n.º 68, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión n.º 6, celebrada el martes 16 de mayo de 1978, pp. 2384-2386.

(75) Vid. el mismo *Diario*, cit., p. 2387.

do que excluía el *non bis in idem* del artículo 9.3, expresándose en los siguientes términos: «Por tanto, se propone el principio de la exclusión de la doble sanción por los mismos hechos (y que esta manifestación de la Ponencia conste en acta), en el artículo 24 [actual 25], donde quedará consagrado como tal principio y podrá ser regulado con la amplitud necesaria para no incidir en los posibles determinados efectos negativos de una mera definición omnicomprendiva general y no matizada» (76).

El texto del 9.3 fue aprobado en la Comisión sin la mención del principio de exclusión de la doble sanción por unos mismos hechos. En el turno de explicación del voto el Sr. Roca Junyent del Grupo Minoría Catalana manifestó que se había abstenido porque «no conociendo el tenor exacto que va a incorporarse en el artículo 24, no podía pronunciarse favorablemente a la exclusión de este inciso»; por su parte, el Diputado Sr. Martín Toval del Grupo Socialistas de Cataluña intervino para dejar constancia de «que el principio de exclusión de la doble sanción por los mismos hechos ha sido reconocido por esta Comisión y así consta en acta. Sin embargo, lo que se deja para mejor desarrollo es la posibilidad de matizar en aquellos supuestos en que, efectivamente, coincidimos, es preciso matizar la aplicación discriminada [*sic*], por tanto, de este derecho, de esta limitación» (77).

En la siguiente sesión de la Comisión, el Grupo de Unión de Centro Democrático, a través del Diputado Sr. Pérez-Llorca, presentó una enmienda *in voce* que proponía, en relación a lo acordado respecto al *non bis in idem*, la inclusión en el artículo 24.3 *in fine* del Proyecto la siguiente frase: «Las sanciones administrativas, salvo las derivadas de una relación de sujeción especial, son incompatibles con las sanciones penales» (78). Sin embargo, en la siguiente sesión Pérez-Llorca retiró la propuesta, posiblemente por las críticas que se vertieron contra el sistema de presentación de enmiendas *in voce* (79). De esta manera se perdió la oportunidad de constitucionalizar expresamente una manifestación del principio *non bis in idem*. Posiblemente los parlamentarios lo entendieron implícitamente reconocido (80). Pero lo cierto es

---

(76) Vid. el mismo *Diario*, cit., p. 2389.

(77) Vid. el mismo *Diario*, cit., p. 2390.

(78) Vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n.º 71, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión n.º 10, celebrada el lunes, 22 de mayo de 1978, pp. 2581-2582.

(79) Vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n.º 72, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión n.º 11, celebrada el martes, 23 de mayo de 1978, pp. 2592-2593.

(80) En este sentido García de Enterría, *REDA*, n.º 29, 1981, p. 361; Prieto Sanchís, «La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho», *REDC*, n.º 4, 1982, p. 115. Pero otros autores parecen acercarse a la opinión de que la falta de mención se debió simplemente a un olvido; cfr. en

que a partir del Dictamen de la Comisión (81) y en los siguientes trámites parlamentarios desapareció toda referencia a la «exclusión de la doble sanción por los mismos hechos».

### e) Fundamento del principio

El Tribunal Constitucional, en la primera sentencia relativa al principio (que trataba del problema de la compatibilidad entre pena y sanción administrativa), declaró que el *non bis in idem* está «íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución» (82). Las posteriores resoluciones o bien reiteran esta doble fundamentación en los principios de legalidad y tipicidad (83), o bien mencionan exclusivamente el de legalidad (84). En lo que sí parece haber unanimidad en la jurisprudencia de este Tribunal es en la alegación del artículo 25 —en ocasiones se menciona más concretamente el 25.1— de la Constitución como precepto que sirve de apoyo al principio. En un fallo se declara con carácter expreso que no se puede basar el *non bis in idem* en el artículo 17.1 de la Constitución (85). Sin embargo, el Tribunal Constitucional no ha explicado en qué consiste esa vinculación del *non bis in idem* al principio de legalidad y, en su caso, al de tipicidad, resultando por consiguiente la fundamentación un tanto escueta y escasa. Por otra parte, sí ha señalado en la resolución que inició esta doctrina jurisprudencial «que la tendencia de la legislación española reciente, en contra de la legislación anterior, es la de recoger expresamente el principio de referencia», aunque sin aludir a disposiciones concretas (86).

García de Enterría ha apoyado esta fundamentación del *non bis in idem* con un argumento literal basado en la redacción del artículo 25.1 de la Constitución; según este autor «la inclusión del *non bis in idem* en los principios de tipicidad y legalidad de los delitos, faltas o

---

este sentido: Cobo del Rosal/Boix Reig, «Garantías constitucionales del Derecho sancionador», en *Comentarios a la legislación penal*, t. I, 1982, p. 214, y Sanz Gandasegui, *La potestad sancionatoria*, cit., 1985, p. 127.

(81) BOC de 1 de julio de 1978.

(82) STC 2/81, de 30 de enero, Fundamento Jurídico 4.

(83) En este sentido SSTC 159/85, de 27 de noviembre, Fundamento Jurídico 3; 94/86, de 8 de julio, Fundamento Jurídico 4; 21/87, de 19 de febrero, Fundamento Jurídico 1.

(84) En este sentido SSTC 77/83, de 3 de octubre, Fundamento Jurídico 3; 23/86, de 14 de febrero, Fundamento Jurídico 1; 66/86, de 23 de mayo, Fundamento Jurídico 2.

(85) Vid. STC 2/81, de 30 de enero, Fundamento Jurídico 7, d).

(86) STC 2/81, de 30 de enero, Fundamento Jurídico 4.

“infracción administrativa” que se enuncia en el artículo 25 parece clara. La conjunción disyuntiva “o” empleada por el precepto así impone concluirlo, utilizando el método literal de interpretación más simple; una determinada actuación activa u omisiva, podrá ser tipificada como delito, como falta o como infracción administrativa, pero no como todas o varias de esas figuras a la vez. El texto del artículo 25 impone esta conclusión elemental» (87).

En mi opinión, sin embargo, la doctrina del Tribunal Constitucional adolece en este punto de un defecto que se ha introducido en la argumentación de forma tal vez inconsciente. Puede ser cierto que la prohibición de imponer pena y sanción administrativa conjuntamente infrinja el principio de legalidad, pero no lo es que *todo* el principio *non bis in idem* repose en la idea del *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Creo que se ha operado aquí una especie de sinécdoque interpretativa, esto es, un tomar la parte por el todo, atribuyendo al género lo que es propio y sustancial de la especie. En el primer fallo del Tribunal Constitucional que aborda el *non bis in idem*, se planteaba efectivamente la cuestión de la compatibilidad de pena y sanción administrativa, y desde esta concreta perspectiva, el Tribunal llega a fundamentar el *non bis in idem* en el principio de legalidad, lo que puede ser válido para esta específica manifestación del *non bis in idem*. Pero curiosamente, las posteriores resoluciones que versan sobre el tema no vuelven a replantear el fundamento del *non bis in idem*, aunque se sirven de otras manifestaciones de éste distintas a la prohibición de imponer conjuntamente pena y sanción administrativa por unos mismos hechos. Por poner un ejemplo: resulta obvio que la cosa juzgada en el ámbito penal no puede ser explicada partiendo del principio de legalidad (88), pues el principio de legalidad podría compatibilizarse perfectamente con la inexistencia de la cosa juzgada, en un hipotético ordenamiento jurídico que así lo estableciera; sin embargo, el Tribunal Constitucional ha estimado que la cosa juzgada es una institución basada en el *non bis in idem*.

Por ello creo que tienen razón aquellos autores que rechazan la fundamentación del *non bis in idem* en los principios de legalidad y tipicidad, como Arroyo Zapatero y Sanz Gandasegui. Arroyo entiende que la doble sanción no afecta a la división de poderes implícita en el principio de legalidad (89), mientras que Sanz Gandasegui considera el *non bis in idem* como un principio general del Derecho indepen-

---

(87) García de Enterría, REDA, n.º 29, 1981, pp. 361/362; el mismo, *La Constitución como norma*, cit., 1982, pp. 246/247.

(88) En el mismo sentido, Sanz Gandasegui, *La potestad sancionatoria*, cit., 1985, p. 135 nota 9; Cobo del Rosal/Vives Antón, *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., 1987, p. 58.

(89) Cfr. Arroyo Zapatero, REDC, n.º 8, 1983, p. 19.

diente y autónomo, e incluso como un principio de Justicia (90). Ahora bien, si se está estudiando la prohibición de imponer pena y sanción administrativa, como una concreta manifestación del *non bis in idem*, no puede criticarse, por lo menos de entrada, el recurso al principio de legalidad (91). Lo que no tiene ningún sentido es aludir al principio de tipicidad como fundamento del *non bis in idem* o de la prohibición de imponer conjuntamente pena y sanción administrativa por unos mismos hechos. El denominado «principio de tipicidad» — que en rigor debería designarse como principio de determinación o de certeza— no impide ni una duplicidad de sanciones ni en general una duplicidad de efectos jurídicos, siempre que tales sanciones o efectos estén regulados taxativamente (92). Quizá por esta razón, algunas resoluciones del Tribunal Constitucional hayan abandonado la mención del principio de tipicidad, que en verdad no tiene mucho que ver con el *non bis in idem*.

Si el *non bis in idem* abarca una pluralidad de subprincipios (prohibición de imponer pena y sanción administrativa, salvo en casos especiales; cosa juzgada; prohibición de doble enjuiciamiento o doble penalidad por distintos Estados, etc.), parece lógico que el primero tenga un carácter más abstracto y un fundamento también más amplio que los segundos. El *non bis in idem* consiste, como ya manifesté, en prohibir una duplicidad o pluralidad de efectos jurídicos (el *bis*) sobre un mismo sustrato real (el *idem*). Aunque la prohibición se presenta con toda su intensidad cuando los efectos son de carácter perjudicial para el afectado, nada impide la aplicación del principio a efectos beneficiosos. Estoy pensando, por ejemplo, en la imposibilidad de que una misma persona disfrute de dos o más becas, cláusula ésta que aparece en muchas convocatorias oficiales y a la que los universitarios estamos acostumbrados. En el fondo, también en este supuesto se puede encontrar una aplicación concreta del *non bis in idem*. ¿Qué es pues lo que impide que el Derecho intervenga —con carácter perjudicial, beneficioso o incluso neutro— dos o más veces? Creo que Arroyo es el que con más acierto ha respondido a esta pregunta, al entender que «el *ne bis in idem* encuentra su más directo fundamento en la exigencia de racionalidad e interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos establecida en el artículo 9.3» de la Constitución (93). Por mi parte, sólo altero esta idea en la denominación: prefiero hablar del principio de *proporcionalidad* como fundamento del *non bis in*

(90) Cfr. Sanz Gandasegui, *La potestad sancionatoria*, cit., 1985, p. 129.

(91) Así ocurre en los estudios de García de Enterría, *REDA*, n.º 29, 1981, pp. 359 y ss.; el mismo, *La constitución como norma*, cit., 1982, pp. 243 y ss., y Cobo del Rosal/Boix Reig, en *Comentarios a la legislación penal*, t. I, 1982, pp. 212 y ss.

(92) Cfr. en este sentido Arroyo Zapatero, *REDC*, n.º 8, 1983, p. 19.

(93) Arroyo Zapatero, *REDC*, n.º 8, 1983, p. 19.

*idem*. Porque, efectivamente, lo que impide que en una situación recaigan dos o más efectos jurídicos es la proporcionalidad, que a su vez descansa en el criterio de la igualdad y que es reconducible en último extremo a la idea de Justicia. Si un sector del ordenamiento ya regula de forma global un supuesto de hecho, ¿qué necesidad hay de volver a imponer otras consecuencias jurídicas adicionales distintas? Resulta desproporcionado realizar dos enjuiciamientos del mismo hecho, o imponer dos penas por un mismo hecho o imponer pena y sanción administrativa... Y en definitiva lo desproporcionado va en contra del derecho a la igualdad, pues éste exige tratar de igual forma lo igual y desigual forma lo desigual. Si un padre castiga a uno de sus hijos con mayor intensidad que a otro, habiendo realizado ambos la misma acción, diremos que el castigo es desproporcionado y que ese padre no trata de manera justa a sus hijos; lo mismo ocurrirá si en el ejemplo sustituimos el castigo por el premio; pero aún estimaríamos mayor desproporción e injusticia el hecho de que el padre castigara dos veces a un hijo por la misma acción.

El apoyo constitucional del principio de proporcionalidad es indudable. En primer término se puede mencionar el artículo 14 de la Constitución que proscribe toda discriminación. También es posible recurrir, con Arroyo, a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, garantizada por la Constitución en su artículo 9.3, pues es evidente que toda desproporcionalidad es arbitraria, provenga ésta del legislador, de la Administración o de los órganos jurisdiccionales. E incluso se puede acudir a la idea de Justicia, que expresa o implícitamente está contenida en los artículos 1 y 10.1 de la Constitución (94).

## f) Consecuencias para la teoría del concurso

La generalidad y abstracción del *non bis in idem* se demuestra también en las consecuencias que se derivan de este principio. La expresión latina sólo pone de relieve una negación y, por consiguiente, una prohibición. Pero el problema básico consiste en saber cuál de los *bis* debe prevalecer, es decir, cuál de los posibles efectos jurídicos ha de ser aplicado. El principio, en su escueta formulación, no resuelve el problema. Y aquí es, por tanto, donde resulta más importante la

---

(94) Sobre el principio de proporcionalidad cfr. Bacigalupo, «¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?», *La Ley*, 1982, t. 2, p. 941 (su tesis de fundamentarlo en el art. 15 de la Constitución ha sido rechazada por la STC 65/86, de 22 de mayo, Fundamento Jurídico 4); Jaén Vallejo, «Consideraciones generales sobre el principio de proporcionalidad penal y su tratamiento constitucional», *RGD*, n.º 507, 1986, p. 4935 y s.; Cobo del Rosal/Vives Anton, *PG*, 2.ª ed., 1987, p. 63.

labor de la jurisprudencia (constitucional y ordinaria) y de la dogmática cuando falte una solución expresa del legislador. Habrá, pues, que buscar criterios de preferencia de uno u otro efecto jurídico y consecuentemente de una u otra norma que los impone. Si se medita detenidamente acerca de este planteamiento, cabe llegar a la conclusión de que nos encontramos con la misma situación que se suscita en la teoría del concurso de leyes en Derecho Penal: varias normas que se muestran incompatibles entre sí y que requieren un criterio de preferencia para resolver el conflicto. Verdaderamente no es extraño que fuera un penalista quien buscara una solución concursal para una concreta manifestación del *non bis in idem*: Octavio de Toledo propugnó resolver el problema de la incompatibilidad de pena y sanción administrativa, dando preferencia a la primera mediante el recurso de acudir al artículo 68 del Código Penal (95). Esta propuesta ha sido acogida favorablemente por la doctrina (96).

Por mi parte, creo que la aplicación de las reglas concursales puede extenderse no sólo al problema pena/sanción administrativa sino también a algunas otras manifestaciones del *non bis in idem*. De esta manera, es posible construir una *macroteoría del concurso*, es decir, un sistema de diversos criterios para resolver los supuestos de contradicción entre normas o antinomias jurídicas. Las tradicionales reglas cronológicas, jerárquicas o de especialidad (97), podrían ser completadas con otros criterios concursales (por ejemplo, subsidiariedad, consunción, alternatividad, etc.) que en conjunto darían lugar a esa macroteoría del concurso.

Si el *non bis in idem* puede ejercer la importante función de justificar una macroteoría del concurso, parece lógico que también pueda fundamentar una microteoría o teoría clásica del concurso en Derecho Penal. Tanto la doctrina (98) como la jurisprudencia ordinaria (99) han reconocido que el llamado concurso aparente de leyes encuentra

---

(95) Cfr. Octavio de Toledo, *La prevaricación del funcionario público*, 1980, pp. 277-278, 283, 288 y 292, pero admitiendo en algunos casos la posibilidad de un «concurso ideal» (*op. cit.*, pp. 282 y 296).

(96) Cfr. García de Enterría/Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, t. 2, 2.<sup>a</sup> ed., 4.<sup>a</sup> reimpresión, 1986, p. 172; Prieto Sanchís, *REDC*, n.º 4, 1982, p. 116; Sanz Gandasegui, *La potestad sancionatoria*, cit., 1985, p. 142, nota 14.

También Rodríguez Devesa, *Derecho Penal español. Parte General*, 10.<sup>a</sup> ed., 1986, p. 19, se sirve de preceptos concursales penales, pero parece estar a favor en todos los casos de que pena y sanción administrativa sean impondibles conjuntamente por constituir un «concurso ideal».

(97) Cfr. Cobo del Rosal/Vives Antón, *PG*, 2.<sup>a</sup> ed., 1987, p. 119, quienes se remiten a Ross y a Bobbio.

(98) Cfr., por ejemplo, Maurach/Gössel, *AT*, t. 2, 6.<sup>a</sup> ed., 1984, pp. 358 y s.; Cobo del Rosal/Vives Antón, *PG*, 2.<sup>a</sup> ed., 1987, p. 57; Garcías Planas, «Consecuencias del principio "non bis in idem" en Derecho Penal», *ADPCP*, t. 42, 1989, p. 121.

(99) Vid., por ejemplo SSTS, 25-11-1982 (A. 7201); 27-10-1988 (A. 8106).

su fundamento en el *non bis in idem*, aunque quizá fuera preferible concretar aún más y entender que esta modalidad concursal se basa en la prohibición de imponer duplicidad de penas por una misma realización de un tipo de injusto, como manifestación concreta del *non bis in idem*. La sentencia del Tribunal Constitucional 154/90, de 15 de octubre (BOE, de 8 de noviembre de 1990) ha ratificado esta interpretación declarando que «este principio ha venido siendo aplicado fundamentalmente para determinar una interdicción de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, pero ello no significa que sólo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos correspondientes a órdenes jurídicos diversos. El principio *non bis in idem* es aplicable también dentro de un mismo proceso o procedimiento, a una pluralidad de sanciones principales ante una identidad de sujetos, hechos o fundamentos, objeto o causa material y acción punitiva. Se impide sancionar doblemente por un mismo delito, desde la misma perspectiva de defensa social, o sea que por un mismo delito recaiga sobre un sujeto una sanción penal principal doble o plural, lo que también contradiría el principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción, que exige mantener una adecuación entre la gravedad de la sanción y la de la infracción. Esa adecuación lleva al legislador a calificar el delito en un determinado nivel de gravedad fijando unas sanciones proporcionales a tal calificación, dentro de las que habrán de actuar los criterios de graduación, pero aplicada una determinada sanción a una específica infracción, la reacción punitiva ha quedado agotada. Dicha reacción ha tenido que estar en armonía o consonancia con la acción delictiva, y la correspondiente condena ha de considerarse como “autosuficiente” desde una perspectiva punitiva, por lo que aplicar otra sanción en el mismo orden punitivo representaría la ruptura de esa proporcionalidad, una reacción excesiva del ordenamiento jurídico al infligirse al condenado una sanción desproporcionada respecto a la infracción que ha cometido» (Fundamento Jurídico 3). Al margen de la corrección o incorrección de la aplicación de esta doctrina al concreto supuesto subyacente al recurso de amparo, lo cierto es que esta resolución fundamenta el concurso de leyes en el principio *non bis in idem*, y en consecuencia le confiere el rango de derivación de un derecho fundamental. Esta consecuencia es importante no sólo para los destinatarios de las normas penales sino también para el legislador. Para los primeros, porque obtienen así una garantía suplementaria frente a las duplicidades punitivas, abriéndoseles la posibilidad de un recurso de amparo. Y para el legislador, porque cualquier norma que atente contra la doctrina sentada en la resolución transcrita será claramente inconstitucional.

A la vista de estas consideraciones podemos replantear la cuestión suscitada al comienzo de este apartado: ¿sería conforme con la Cons-

titución el sistema de pena unitaria que aboga por la unificación de los concursos real e ideal? O, por el contrario, ¿es contrario a la Constitución el sistema de pena unitaria y por consiguiente deben mantenerse diversificados los tratamientos de estas dos modalidades concursales? Mi respuesta es la siguiente: el sistema de pena unitaria (e incluso el de pena global) es contrario a la Constitución al ser incompatible con el principio *non bis in idem*. Para ello parto de que el concurso ideal representa siempre y por definición un menor contenido de injusto que el concurso real (100), en cuanto que una misma acción o hecho es común a varios tipos de injusto y en consecuencia no puede ser valorado varias veces en la determinación de la pena, porque lo impide el *non bis in idem* y el principio de proporcionalidad. De ello se deriva que la consecuencia jurídica que se prevea para el concurso ideal —sea cual sea ésta— ha de ser necesariamente de inferior gravedad a la que se determine para el concurso real —sea cual sea ésta—. Y, por tanto, los tratamientos de ambos concursos no pueden ni deben coincidir nunca. Comparto pues la tesis expresada por Puppe de que la prohibición de la doble valoración de unas mismas circunstancias de hecho exige el mantenimiento del concurso ideal con un régimen penológico más benigno que el del concurso real. Si un único disparo provoca un aborto y el homicidio de la mujer embarazada, no es posible con el Derecho vigente aplicar el sistema de la acumulación, porque ello supondría valorar la acción de disparar doblemente: una vez para el homicidio y otra vez para el aborto, y tendría como consecuencia una penalidad desproporcionada, como si hubiera habido dos acciones (dos disparos) independientes. Es posible que la circunstancia de que el sujeto realice varios tipos de injusto con una o varias acciones obedezca a factores casuales, pero de todas formas el sujeto debe responder por lo que hace, y si lo hace mediante una sola acción o hecho, el injusto es menor.

Desde la perspectiva constitucional aquí adoptada podría plantearse incluso si el propio concepto del concurso ideal es conforme al principio *non bis in idem*; en efecto, esta modalidad concursal se caracteriza por la circunstancia de que un solo hecho constituye dos o más delitos, lo que coincide con la estructura del principio constitucional: un *idem*, es decir el hecho, que representa varias infracciones, el *bis*. Pero que las estructuras coincidan no implica que la propia figura del concurso ideal sea contraria al *non bis in idem*. La infracción del principio sólo se produciría si se sometiera a una doble valoración el *idem*, considerando el hecho doblemente, como elemento de injusto independiente en dos realizaciones de tipos. Por tanto, el prin-

---

(100) La culpabilidad no es relevante a estos efectos, puesto que no añade nada, sino que en todo caso resta, a la realización de un tipo de injusto.

cipio *nos bis in idem* no impide el propio concepto del concurso ideal sino que simplemente impone una determinada consecuencia jurídica para él: una que no suponga la doble valoración del hecho. De esta manera el principio *non bis in idem* exige que el legislador, en el momento de optar por una consecuencia jurídica para el concurso ideal, se tenga que mover necesariamente entre dos extremos: puede ser superior a la pena prevista para la unidad de delito y debe ser inferior al sistema de penalidad regulado para el concurso real.

De la estructura mencionada del concurso ideal se deriva que éste constituye un *supertipo*, en un sentido similar al expresado por Mir (101). Este supertipo se caracteriza porque contiene elementos de injusto que son comunes a diferentes realizaciones de tipos y elementos de injusto que son diversos (102). Es decir, que el concurso ideal se construye sobre la base de otros tipos, adoptando una configuración más compleja. Y esto es perfectamente posible: de la misma manera que el legislador prevé figuras que representan un «déficit» frente a la figura delictiva «normal», como ocurre en la tentativa y en la frustración a las que les falta el resultado, también puede disponer una institución que represente un «superávit», en cuanto que contiene un mayor número de elementos de injusto que los «normales». Dentro de este supertipo que es el concurso ideal queda por dilucidar si sus elementos de injusto son meramente derivados de los tipos más simples que abarca, o bien contiene además otros elementos suplementarios propios del «tipo de concurso», como propone Mir (103).

## g) Conclusiones

Tras este largo rodeo para averiguar si existen argumentos materiales contra el sistema de la pena unitaria, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

1.<sup>a</sup> La previsión de un sistema de pena unitaria en el futuro Código Penal sería inconstitucional, por oponerse al principio *non bis in idem*.

2.<sup>a</sup> Lo anterior conlleva la necesidad de que el concurso real y el concurso ideal cuenten con consecuencias jurídicas distintas.

3.<sup>a</sup> Para que no infrinja el *non bis in idem*, el concurso ideal, configurado como un supertipo, debe estar sancionado con una consecuencia jurídica que puede ser superior a la unidad de delito y que debe ser inferior a la penalidad del concurso real.

---

(101) Cfr. Mir Puig, *ADPCP*, t. 40, 1987, p. 208.

(102) Si todos los elementos de injusto fueran idénticos, nos hallaríamos ante un concurso aparente de leyes.

(103) Mir Puig, *ibidem*.

## 5. EL CONCURSO REAL Y EL PRINCIPIO DE ACUMULACION

Como en el Código Penal vigente, el Borrador prevé el sistema de acumulación para el concurso real, con la alternativa de cumplimiento simultáneo (art. 71) o cumplimiento sucesivo (art. 73). En el artículo 71 se utiliza el término «responsable» por coherencia con otros preceptos, en vez del actual término «culpable». En el artículo 73 no se menciona la posibilidad de extinción de alguna de las penas por indulto o por cumplimiento de la condena, tal vez por entenderse como algo obvio, ni tampoco se ofrece una escala jerarquizada de penas, quizá porque la escala del Código Penal vigente no agota todas las posibilidades y resulta insuficiente (104), o quizá porque se entiende que el elenco de penas previstas por el Borrador es mucho más sencillo y no planteará problemas ordenar las penas individuales conforme a su respectiva gravedad. No obstante, creo que si se opta por mantener este precepto, sería conveniente ofrecer una escala.

No se entiende que estos dos preceptos no figuren uno a continuación del otro, intercalándose entre ambos la figura del delito continuado (art. 72). Aunque esta sistemática es una constante que permanece en el Código Penal vigente, así como en el Proyecto de 1980 y en la Propuesta de 1983, lo lógico es que estas dos disposiciones se sucedan. En caso contrario, podría plantearse la hipótesis de que el delito continuado (en cuanto excepciona sólo el artículo anterior) únicamente sea aplicable cuando las penas individuales sean susceptibles de cumplimiento simultáneo, lo que carece de todo sentido y justificación.

Pero el defecto más grave del Borrador en este ámbito es que siga anclado todavía en el principio de acumulación de penas, criterio que también se siguió en el Proyecto de 1980 y en la Propuesta de 1983. Pero la acumulación origina una serie de gravísimos inconvenientes que menciono brevemente a continuación (105):

\* El sistema acumulativo es inconstitucional respecto a las penas privativas de libertad.

El artículo 25.2 de la Constitución expresa que las penas privativas de libertad «estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social». Este objetivo preventivo-especial sólo puede alcanzarse en el

---

(104) Cfr. Cuerda Riezu, *Concurso de delitos*, cit., I, a), 3.

(105) Para lo que sigue cfr., con más extensión, Cuerda Riezu, *Concurso de delitos*, cit., I, b).

ámbito de las penas individuales previstas para cada infracción. Pero como de la acumulación no se deriva una nueva pena equivalente a la suma de todas ellas, sino que cada pena ya determinada mantiene su individualidad, el juez no puede volver a tener en cuenta los fines preventivo-especiales respecto a la penalidad acumulada. Se produce así un *efecto distorsionador* de los fines de la pena, pues la suma de sanciones tiene que alterar necesariamente los efectos preventivos buscados con cada pena individual. Puesto que el sistema acumulativo hace *imposible* alcanzar un objetivo de rango constitucional, debe ser rechazado por inconstitucional.

\* El sistema acumulativo origina nuevas sanciones no previstas en el Borrador.

La acumulación permite la creación de sanciones desconocidas en nuestro Derecho, así por ejemplo, la «cadena perpetua» en el caso de que las penas privativas de libertad no se impongan en unidad de enjuiciamiento. Esta posibilidad queda abierta en el Borrador, aún más que en el Derecho vigente, puesto que se restringen las posibilidades de conexión entre infracciones; en efecto, en las «Decisiones legislativas conexas» se prevé la derogación del artículo 17, 5.<sup>a</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (conexión por analogía o relación entre los hechos) y la revisión del artículo 988 de la misma Ley.

Esta posibilidad de la cadena perpetua no desaparece con la «decisión legislativa conexa» número 2, que podría atentar lisa y llanamente contra la garantía ejecutiva comprendida en el principio de legalidad, en cuanto que otorga la iniciativa y la capacidad de proponer substitutivos de las penas privativas de libertad a la Administración penitenciaria.

Por tanto, la acumulación debe desaparecer como consecuencia jurídica concursal en sentido estricto. Ahora bien, la acumulación sí debe cumplir la función de constituir el límite máximo de todas las consecuencias jurídicas concursales. Ni por razones de injusto ni por razones de culpabilidad está justificado que el autor de varias infracciones vea aumentada su penalidad debido a razones preventivas, por encima de la suma de las penas individuales. Esta conclusión es todavía más defendible a la vista de que el Borrador hace desaparecer la agravante de reincidencia: pues si en el Derecho vigente esa agravante no permite desbordar por arriba el marco penal abstracto, tampoco será posible desbordarlo cuando ni siquiera hay condena ejecutiva por otros hechos.

Se propone pues para el concurso real un sistema de exasperación obligatoria, esto es, la previsión de una pena superior a la más grave de las penas individuales, que dé lugar a un marco penal en el que se tengan en cuenta los fines preventivos. El grado de exasperación

deberá estar en función del número y gravedad de las infracciones concurrentes (105 bis).

Se propone asimismo la introducción de un nuevo precepto entre las «reglas especiales para la aplicación de las penas», que supone a la extensión a toda la teoría del concurso del límite previsto para los concursos ideal y medial, con el siguiente tenor:

«La pena determinada de conformidad a cualquiera de los artículos de esta sección no podrá exceder de lo que correspondería en caso de imponer todas las penas correspondientes a las diversas infracciones.»

## 6. LOS LIMITES A LA ACUMULACION

Como en el Código Penal vigente, también el Borrador pretende salvar la mala conciencia por haber dispuesto la acumulación, mediante un sistema de límites (art. 74). En mi opinión, los límites no son sino un mal parche para un gran descosido, como es la acumulación. Si se elimina la acumulación del concurso real, como yo propongo, no habría necesidad de mitigar la acumulación.

Por otra parte, las limitaciones contempladas en el Borrador representan un considerable endurecimiento respecto al Código Penal vigente, al Proyecto de 1980 y a la Propuesta de 1983 (106). Parecen haber pesado aquí varias declaraciones públicas de diversos representantes de partidos políticos que han propugnado que los delincuentes, y especialmente los terroristas y narcotraficantes, cumplan *todas* las penas.

Incluso dentro de la lógica de los límites, éstos dan lugar a una serie de efectos que no son asumibles. Resumidamente cabe resaltar los siguientes (107):

\* Excluyen de su radio de acción a las penas susceptibles de cumplimiento simultáneo, puesto que el artículo 74 sólo excepciona el artículo anterior, relativo a las penas susceptibles de cumplimiento sucesivo. Lo que pone de relieve que los límites sólo pretenden un objetivo de eficacia. Pero resulta injustificado que no haya límites

---

(105 bis) Vid a este respecto las concretas propuestas que efectúan Mir Puig, *Adiciones al Tratado de Derecho Penal*, de Jescheck, vol. 2, 1981, pp. 1032-1033, y Sanz Morán, *El concurso de delitos*, cit., p. 258.

(106) Cfr. en el mismo sentido Cerezo Mir, «Informe sobre el Borrador de Anteproyecto de la Parte General del Código Penal, de octubre de 1990», *Actualidad penal*, n.º 20, 1991, p. 273.

(107) Cfr. con más detenimiento Cuerda Riezu, *Concurso de delitos*, cit., II, c).

para el cumplimiento, por ejemplo, de una pena de prisión y otra de inhabilitación.

\* Puesto que al aplicar estos límites las penas no pierden su individualidad, resulta posible que se impongan fracciones de penas ya determinadas. Estas fracciones de penas hacen que la determinación judicial de cada pena individual pierda todo su sentido. Los fines preventivos son nuevamente sacrificados en aras de la eficacia.

\* Los límites facilitan la delincuencia «al por mayor», como pone de relieve el origen jurisprudencial de la figura del delito masa, que surge para contrarrestar dicho efecto.

\* En relación al número de infracciones que son necesarias para que entren en juego los límites, se producen desigualdades que no son fácilmente explicables: mientras que el límite absoluto ordinario (veinte años) exige como mínimo dos infracciones, el límite relativo (triplo del tiempo de la pena más grave) exige como mínimo cuatro.

\* Por lo que respecta al límite relativo, produce unos efectos totalmente aleatorios, ya que —como demostró Mir Puig (108)— beneficia cuando las penas individuales son de idéntica gravedad y perjudica cuando las penas presentan diferente gravedad.

\* En cuanto a los límites absolutos excepcionales dispuestos en el artículo 74.1 únicamente para penas de prisión, es preciso decir, en primer lugar, que asusta su extensión desmedida, en cuanto que supone un avance de las penas que pueden figurar en el Libro II y que cuando se escriben estas líneas todavía son desconocidas. La intención de evitar penas privativas de libertad que produzcan efectos desocializadores, que parece fundamentar la regla del artículo 34.1 del Borrador de que la pena de prisión tendrá una duración máxima de veinte años, resulta pervertida por las excepciones que se derivan de este artículo 74.1. Ni el Proyecto de 1980 ni la Propuesta de 1983 llegaron tan lejos como el presente Borrador de 1990. Cerezo Mir, en esta misma línea crítica, llega a sostener que «una pena de prisión de treinta o treinta y cinco años podría ser considerada, por ello, como una pena inhumana o degradante, prohibida en el art. 15 de la Constitución» (109).

El artículo 74.2 sigue exigiendo conexión procesal para aplicar los límites en el caso de hechos enjuiciados en distintos procesos. Además de restringirse enormemente el concepto de conexión si prospera la «decisión legislativa conexa» primera, se mantiene esta cláusula de la conexión que ha sido duramente criticada por la doctrina, dado que la aplicación o no de los límites se hace depender de circunstancias

---

(108) Cfr. Mir Puig, *Adiciones de Derecho español al Tratado*, de Jescheck, vol. 2, 1981, p. 1032.

(109) Cerezo Mir, *AP*, n.º 20, 1991, p. 273.

que están normalmente fuera del alcance del responsable de un concurso real (110).

## 7. DELITO CONTINUADO Y DELITO MASA

Probablemente, si el criterio de la acumulación de penas desapareciera, no sería necesaria la figura del delito continuado. Y probablemente también, si desaparecieran las limitaciones a la acumulación, carecería de sentido el delito masa. Pero el Borrador, de la misma manera que los Proyectos anteriores y el Código Penal vigente, mantiene las figuras del delito continuado y del delito masa. En este mantenimiento ha debido pesar de forma decisiva la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que fue la que dio origen a ambas instituciones, y que ha visto confirmada su propia creación mediante la positivación en el Derecho vigente (art. 69 *bis* del Código Penal) a partir de 1983.

En el caso de que se opte por mantener estas figuras en el Borrador, su emplazamiento debe ser alterado. El precepto que las regula es el artículo 72, que da comienzo excepcionando el artículo anterior, relativo éste a la acumulación de penas susceptibles de cumplimiento simultáneo. Pero nadie duda de que el delito continuado es también aplicable cuando las penas individuales, si se acumularan, tuvieran que cumplirse sucesivamente. Luego los artículos 71, 73 y 74, que regulan todos ellos el concurso real, deberían ordenarse uno tras otro, y a continuación incluir, si es que así se desea, la regulación del delito continuado y del delito masa.

Lo dispuesto en el artículo 72 del Borrador se asemeja más a lo previsto sobre el mismo tema en la Propuesta de 1983 que a la regulación del Código Penal vigente, aunque ciertamente las variaciones entre unos y otros textos son mínimas. El artículo 72.1 del Borrador emplea correctamente la conjunción disyuntiva y no la copulativa al exigir una pluralidad de acciones «u» omisiones. No es correcta, sin embargo, la atribución del delito continuado a un «autor», siendo preferible la más genérica de «responsable» del Código Penal vigente, pues también los partícipes pueden obrar en continuidad delictiva. La exigencia de que el Juez o Tribunal motive la exasperación de la pena en el delito masa (tercer inciso del 72.1), carece totalmente de fundamento, puesto que tal exasperación es obligatoria y no facultativa, de modo que ¿qué sentido tiene motivar algo que se impone por ministerio de la Ley? La exigencia de motivación sí que debería establecerse para la exasperación facultativa del delito continuado (primer inciso del 72.1).

---

(110) Cfr. especialmente Sanz Morán, *El concurso de delitos*, cit., pp. 230 y ss., quien propone además una regulación del llamado «concurso posterior» (*op. cit.*, pp. 166 y ss., 256 y sobre todo 259).

Pero el problema fundamental que origina el artículo 72.1 del Borrador es el del sistema de determinación de la pena en las infracciones contra el patrimonio conforme al perjuicio total causado (segundo inciso del 72.1) (111). El precepto en cuestión, de larguísima redacción (por lo que sería conveniente una mejor distribución en párrafos numerados), acoge dos instituciones: una expresamente, el delito continuado, y otra implícitamente, el delito masa. Pero prevé tres consecuencias jurídicas distintas: absorción con exasperación facultativa (primer inciso), pena conforme al perjuicio total causado (segundo inciso) y exasperación obligatoria (tercer inciso). En mi opinión, el criterio del perjuicio total causado es rechazable y debe desaparecer de un futuro Código Penal por las siguientes razones:

\* La redacción del Código Penal vigente y del Borrador dan pie a la duda de si el criterio del perjuicio total pertenece al delito continuado, al delito masa o a ambos. A mi juicio, pertenece exclusivamente al delito masa. Pero esta duda ya es un primer motivo para abogar por su desaparición.

\* El criterio otorga una relevancia inusitada al desvalor del resultado, lo que contrasta con la pérdida de importancia que el desvalor del resultado ha experimentado en las infracciones patrimoniales a partir de 1983.

\* Es imposible realizar la suma de perjuicios respecto a las infracciones patrimoniales que no han alcanzado el grado de consumación y en las que ni siquiera hay una mera detentación física del objeto material.

\* Provoca el efecto de «salto de tipo», bien convirtiendo varios tipos básicos en uno cualificado por el valor del perjuicio, bien convirtiendo varias faltas en un delito, lo que está en contra del principio enunciado más arriba de que la acumulación ha de ser el límite máximo de todas las consecuencias jurídicas concursales.

\* Impide la subsunción en un tipo cuando las infracciones no son homogéneas, por ejemplo, varias básicas y varias cualificadas.

\* No adopta como punto de partida las penas individuales (sino los perjuicios individuales) de cada infracción, y en consecuencia atenta contra principios básicos de la teoría del concurso.

\* Sigue produciendo efectos aleatorios, que a veces benefician y a veces perjudican al sujeto responsable.

Por todos estos motivos, propongo la desaparición del segundo inciso del artículo 72.1. Para conseguir una mayor punición de los fraudes colectivos bastaría con mantener el tercer inciso en los casos

---

(111) Cfr. para lo que sigue Cuerda Riezu, *Concurso de delitos*, III, c) y d).

de pluralidad de acciones y prever cualificaciones para los delitos de estafa y apropiación indebida en los casos de unidad de acción.

Por lo que respecta al número 2 de este artículo 72, que exceptiona de la continuidad delictiva las ofensas a bienes eminentemente personales, algún autor ha censurado la indeterminación que supone la circunstancia de que no estén precisadas las infracciones contra el honor y la libertad sexual que si admitirían la continuidad (112). Por otra parte creo que debería replantearse la cuestión de si la excepción respecto a los bienes eminentemente personales debería circunscribirse a supuestos en que dichos bienes pertenecen a diversos sujetos pasivos, tal y como ha propugnado desde siempre la doctrina (113). Este replanteamiento vendría motivado por el hecho de que alguna sentencia del Tribunal Supremo ha sorteado la excepción mediante una ampliación desmesurada de la unidad de delito, en el caso de violaciones consecutivas por un mismo sujeto contra una misma víctima (114). De esta manera —mediante la unidad de delito— ni siquiera cabe la exasperación facultativa que permite el primer inciso del 72.1, lo que resulta a todas luces injusto. Sin embargo, la mayoría de las sentencias han apreciado delito continuado en supuestos de violaciones consecutivas (115), lo que infringe claramente el párrafo segundo del artículo 69 bis del Código Penal vigente.

## 8. EL CONCURSO IDEAL Y EL CONCURSO MEDIAL

La regulación de los concursos ideal y medial contenida en el artículo 75 del Borrador (que procede en su mayor parte de la Propuesta de 1983) mejora en algunos aspectos la del Código Penal vigente, mientras que en otros resulta claramente empeorada.

Como ocurre en el delito continuado, el tratamiento penológico contenido en el artículo 75 no es únicamente una excepción al sistema de acumulación de penas que exigen un cumplimiento sucesivo, sino también una excepción a la acumulación de penas susceptibles de cumplimiento simultáneo. Luego en el artículo 75.1 debe mencionarse no sólo el artículo 73 sino también el 71, excepcionando ambos.

Me parece correcto que el 75.1 emplee la expresión «infracciones» en lugar de la de «delitos», solventando así la disputa en torno a

---

(112) En este sentido Cerezo Mir, *AP*, n.º 20, 1991, p. 273.

(113) Vid. las referencias bibliográficas en Castiñeira Palou: *El delito continuado*, 1977, p. 82, nota 141 (respecto a la ciencia alemana) y pp. 162/163, nota 270 (respecto a la ciencia española).

(114) Vid. STS 31-1-1986 (A. 211).

(115) Vid. SSTS: 7-3-1988 (A. 1585); 27-5-1988 (A. 3850); 18-6-1988 (A. 5043); 6-10-1988 (A. 7676); 13-12-1988 (A. 9504); 24-1-1989 (A. 1322); 5-5-1989 (A. 4949).

si cabe concurso ideal entre delitos y falta o entre faltas. Con el término «infracciones» no cabe duda de que son admisibles todas esas hipótesis en el concurso ideal, lo cual a mi juicio es acertado. No tan acertado es, sin embargo, que en los números 2 y 3 de este artículo 75 se habla de «penar separadamente los delitos», pues en rigor esta expresión no aparece explicada por ninguna parte; sería preferible emplear términos ya conocidos, como los de «imposición de todas las penas correspondientes a las diversas infracciones».

La complejidad de la consecuencia jurídica concursal de la absorción agravada y subsidiariamente la de la acumulación ha sido resaltada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia (116). Es posible incluso que esta complejidad haya determinado que la jurisprudencia española tienda a restringir el ámbito del concurso ideal y aumente correlativamente el del concurso real, cuya consecuencia jurídica es mucho más fácil de ejecutar. Pero, a pesar de ello, creo que esta complejidad está perfectamente justificada, pues el legislador expresa mediante la acumulación subsidiaria que éste es un límite que no se puede sobrepasar. Ya he expresado anteriormente mi propuesta de que tal límite se extienda a todas las modalidades concursales.

Ello no obstante, opino que la consecuencia jurídica de la absorción agravada impuesta en el artículo 75.2 —es decir: pena correspondiente a la infracción más grave aplicada en su mitad superior— es demasiado benigna, puesto que coincide con el tratamiento que merece la existencia de una sola agravante en un solo delito (art. 63, 3.<sup>a</sup>), y en el concurso ideal no hay uno sino varios delitos. Esta benignidad ha sido sentida también por los redactores del Borrador, puesto que del régimen del concurso ideal se ha excepcionado en el número 4 del artículo 75 el caso de que un solo hecho origine dolosamente varias muertes o lesiones. El concurso ideal abarca una pluralidad de supuestos de diferente gravedad: concurso ideal homogéneo y heterogéneo; identidad total e identidad parcial del hecho, con lo que los elementos de injusto comunes pueden ser muchos o pocos; efecto abrazadera, etc. Esto obliga a ampliar el marco penal, de modo que pueda ser adecuado a la mayor o menor gravedad de cada supuesto. Por ello propongo una distinta consecuencia jurídica para el concurso ideal consistente en una absorción agravada obligatoria (es decir: como en el Borrador), pero añadiendo una exasperación facultativa. Siempre, claro está, que no se exceda lo que correspondería por acumulación, como límite general. La redacción podría ser la siguiente:

«En estos casos se impondrá en su mitad superior la pena correspondiente a la infracción más grave, que podrá ser aumentada, motivadamente, hasta la mitad de su límite máximo.»

---

(116) Cfr. Cuerda Riezu, *Concurso de delitos*, cit., IV, b), 3.

El número cuatro del artículo 75 del Borrador se merece un pleno rechazo por las siguientes razones:

\* Porque demuestra la «mala conciencia» por la excesiva benignidad del tratamiento del concurso ideal. Se produce así un fenómeno paralelo al que tiene lugar entre la acumulación y los límites a la misma, sólo que en el concurso ideal las restricciones a la absorción agravada no son para beneficiar sino para perjudicar. Pero más lógico parece agravar el régimen general que andar poniendo «parches».

\* Porque infringe plenamente el principio *non bis in idem*, pues la existencia de un solo hecho común a varias muertes o a varias lesiones (supuestos específicos de concurso ideal homogéneo) obliga en mi opinión a incluirlos en el ámbito del concurso ideal e imposibilita su tratamiento con la consecuencia jurídica del concurso real. Si perviviera esta disposición, adolecería del defecto de inconstitucionalidad (117).

\* Porque no está justificado que otros supuestos de concurso ideal homogéneo comprensivo de infracciones tan graves como homicidio doloso o lesiones dolosas, pero de distinta naturaleza, queden, sin embargo, sometidos al benigno régimen de la absorción agravada.

\* Porque deja sin resolver la cuestión de qué consecuencia jurídica habría que aplicar en los casos, relativamente frecuentes, en que de un mismo hecho se derivan no sólo homicidio o lesiones dolosas, sino además otros resultados distintos dolosos o imprudentes. Así, por ejemplo, ¿cómo hay que sancionar un concurso ideal de dos homicidios dolosos, un homicidio imprudente y unos daños dolosos?

\* Porque nuevamente se otorga un papel predominante al desvalor del resultado en casos en que el desvalor de la acción es único («un solo hecho»).

Comentario aparte merece el tratamiento que el Borrador otorga al llamado concurso medial, y que es el que tradicionalmente le han otorgado los Códigos históricos y el vigente, así como el Proyecto de 1980 y la Propuesta de 1983. Se ha explicado el origen de esta figura en la tesis de los autores de la escuela clásica italiana de que la relación de medio a fin justifica únicamente la agravación por el delito más grave (118). Junto a esta razón, hay que indicar que en los Códigos de 1848 y 1850 se previó en el artículo 10 la agravante 11.<sup>a</sup> de «ejecutar el delito como medio de perpetrar otro», que daba lugar a ciertas similitudes con el concurso me-

---

(117) Vid. *supra* 4, f).

(118) Cfr. Guinarte Cabada, «El concurso medial de delitos», en *Estudios penales y criminológicos*, t. XIII, 1990, p. 159, con referencias bibliográficas.

dial (119). Seguramente las dificultades de conciliar la agravación y el concurso medial determinaron la desaparición de la primera en los textos posteriores. Pero pervivió el tratamiento de los concursos ideal y medial idéntico al de la existencia de una sola agravante, identidad de tratamientos que desapareció en la reforma de 1983, y que vuelve a reaparecer nuevamente en el Borrador, como ya se ha expresado.

La naturaleza del concurso medial es discutida: mientras que la mayoría de la doctrina estima que es un auténtico concurso real y, por tanto, debe someterse al régimen que se prevea para éste (120), un sector más reducido de la ciencia penal española estima que es un concurso ideal y, por tanto, debe mantenerse la regulación del Código Penal vigente (121). Por mi parte, estimo que hay que distinguir dos grupos de supuestos: si a pesar de la relación medial no hay identidad siquiera parcial del hecho, no estamos ante un caso de concurso ideal que, en virtud del *non bis in idem*, requiera un tratamiento distinto al del concurso real; pues en tales casos el único elemento unificador entre el delito medio y el delito fin es de carácter subjetivo (la finalidad de servirse de un delito para cometer otro) y ello por sí solo no justifica un *idem*, que obligue a una consecuencia jurídica más benigna: tales casos son pues de concurso real. Por otro lado, puede existir relación medial junto con identidad al menos parcial del hecho; en esta hipótesis rige plenamente el *non bis in idem*, y por consiguiente estamos ante un concurso ideal. De conformidad a esta tesis, lo más lógico sería suprimir el segundo inciso del artículo 75.1 del Borrador, para aplicar a cada grupo de supuestos el régimen que el corresponda, si bien, en caso de aceptarse esta propuesta, es posible que la jurisprudencia se mostrara vacilante.

## 9. EL CONCURSO DE LEYES

De la misma manera que en el Proyecto de 1980 y que en la Propuesta de 1983, el Borrador de 1990 regala en su artículo 7 lo que se

---

(119) Aunque también diferencias, pues la agravante sólo afectaba al delito medio, mientras que el concurso medial suponía la sanción tanto del delito medio como del delito fin. Además el concurso medial exigía la necesidad del delito medio, exigencia que no aparecía en la agravante.

(120) Cfr. las referencias bibliográficas ofrecidas por Guinate Cabada, *op. cit.*, p. 161 y nota 21. Se adscriben también a la doctrina dominante: Bacigalupo, «Notas sobre la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal», *RFDUC*, monográfico, n.º 6, pp. 60-61, y Cerezo Mir, *AP*, n.º 20, 1991, p. 273.

(121) Cfr. las referencias de Guinate Cabada, *op. cit.*, p. 160. Este autor, aunque parece sumarse a la doctrina mayoritaria (*op. cit.*, p. 162 y ss.) manifiesta que si se mantiene el régimen actual de la teoría del concurso, prefiere someter el concurso medial a la consecuencia jurídica del concurso ideal (*op. cit.*, p. 204 y s.), mientras que *de lege ferenda* es favorable a la tesis de la pena unitaria (*op. cit.*, p. 205 y s.).

suele denominar concurso aparente de leyes o de normas o también —por influencia de la doctrina germana— unidad de ley. Como es sabido, la doctrina no acogió con simpatía las regulaciones de los Proyectos anteriores sobre esta materia, abogando algunos autores por su supresión, con el argumento de que no existe acuerdo en torno a las modalidades de concurso de leyes (122).

Por mi parte, estimo correcto que el Borrador incluya una disposición de estas características, por los siguientes argumentos:

\* Porque relegar esta cuestión al parecer de la doctrina y de la jurisprudencia supone una dejación en las responsabilidades del legislador.

\* Porque la inexistencia de tal disposición genera inseguridad jurídica y origina fluctuaciones en la jurisprudencia.

\* Porque la situación del Código Penal vigente resulta ya insostenible, en cuanto que el artículo 68 debe ser inaplicado, frente a su concluyente tenor literal, en los supuestos de especialidad de leyes privilegiadas.

En líneas generales, estoy de acuerdo con los criterios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad incluidos en el artículo 7, pero con matizaciones. Así, creo que los términos «se castigarán» del primer inciso deben ser sustituidos por los menos retributivos de «se penarán» o «se sancionarán». Por lo que respecta a los criterios, hay que observar desde un plano dogmático que conducen a diferentes consecuencias jurídicas concursales, la mayoría de las veces a la absorción simple y en ocasiones al principio de la preferencia de la sanción más benigna (así en el caso de ley privilegiada especial). Por ello tiene razón Gimbernat al indicar que «cuando un hecho es subsumible en dos o más preceptos, y éstos figuran en un concurso de leyes distinto del de la alternatividad, una vez resuelta la modalidad concursal aplicable, está resuelto también cuál es el tipo prevalente, pues el

---

(122) Cfr. en este sentido, Mir Puig, «Observaciones a los Títulos Preliminar y Primero del Proyecto de Código Penal», *RFDUC*, n.º monográfico 3, 1980, p. 45; López-Rey y Arrojo, «Análisis político-criminal del Proyecto oficial de Código Penal Español», *ADPCP*, 1980, p. 320; Sanz Morán, *El concurso de delitos*, cit., pp. 252-253; Bacigalupo, «Notas sobre la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal», *RFDUC*, n.º monográfico 6, 1983, p. 51.

Sin embargo, no llegan a rechazar de plano estos preceptos: Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte General*, reedición de la 12.ª ed., 1989, p. 203; Cobo del Rosal/Vives Antón, *PG*, 3.ª ed., 1990, p. 135 y ss.

La STS 10-5-1985 (A. 2470) aprueba que el criterio de la preferencia del precepto penal más grave esté previsto en el Proyecto de 1980 y en la Propuesta de 1983 sólo en defecto de la restantes criterios interpretativos.

enunciado no sólo describe la relación concursal, sino también su solución» (123).

Sin embargo, el artículo 7 no agota todas las hipótesis de concurso de leyes, existiendo supuestos que no son encajables en ninguna de las que menciona. Me refiero al concurso entre un delito privilegiado y un delito cualificado (124), entre dos delitos cualificados (125), o entre dos privilegiados (126), siempre que no haya relación de especialidad entre ellos. Estos supuestos constituyen una auténtica laguna en la teoría del concurso, por lo que para evitar soluciones casuísticas, sería conveniente una regulación general (127). En consecuencia, se propone añadir las siguientes reglas al artículo 7:

«3.<sup>a</sup> bis a). Si un precepto es cualificado y el otro privilegiado y además no es aplicable la regla primera, se impondrá la pena superior en un grado a la del delito menos grave. Cuando la pena resultante fuera igual o superior a la del delito más grave, se impondrá la correspondiente al delito de menor gravedad en su mitad superior.»

«3.<sup>a</sup> bis b). Si los dos preceptos son cualificados respecto a otro básico y además no es aplicable la regla primera, se impondrá la pena del delito más grave en su mitad superior.»

«3.<sup>a</sup> bis c). Si los dos preceptos son privilegiados respecto a otro tipo básico y además no es aplicable la regla primera, se impondrá la pena superior en un grado a la del delito menos grave. Cuando la pena resultante fuera igual o superior a la del delito más grave, se impondrá la correspondiente al delito de menor gravedad en su mitad superior.»

---

(123) Gimbernat Ordeig, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», *ADPCP*, t. 43, 1990, p. 438.

(124) Por ejemplo, el particular que realiza una detención ilegal pide rescate (art. 481, 1.º del Código Penal vigente), pero libera al encerrado o detenido antes de que transcurran tres días desde su privación de libertad, sin haber conseguido su objetivo ni haber comenzado el procedimiento (art. 480, último párrafo del Código Penal vigente).

(125) Por ejemplo, matar al ascendiente, descendiente o cónyuge (art. 405 del Código Penal vigente), con alguna de las circunstancias del asesinato (art. 406 del Código Penal vigente); o realizar una detención que dura más de quince días (art. 481, 2.º del Código Penal vigente) habiéndola ejecutado con simulación de funciones públicas (art. 481, 3.º del Código Penal vigente).

(126) Es más difícil, aunque no imposible, imaginar hipótesis de esta modalidad; por ejemplo, particular que fuera de los casos permitidos por la Ley aprehende a una persona para presentarla a la autoridad (artículo 482 del Código Penal vigente), siendo tal detención inferior a tres días, sin haber conseguido el objeto que se propusiese el culpable ni haber dado comienzo al procedimiento (artículo 480, último párrafo del Código Penal vigente), si es que son compatibles estos dos preceptos.

(127) Cfr. con más detalle Cuerda Riezu, *Concurso de delitos*, cit., VII, b) y c).

Por otro lado, estimo que la existencia de este artículo 7 no es incompatible con la existencia de otras reglas concursales específicas a incluir en la Parte Especial del Código. Pues a pesar del carácter de generalidad del artículo 7, puede ser conveniente especificar o excepcionar ese régimen general. Si se acepta esta forma de pensar, tales reglas específicas deberían cumplir las siguientes condiciones:

\* Utilizar términos idénticos siempre que quieran referirse a la misma modalidad de concurso.

\* Dejar clara la modalidad concursal que están regulando, utilizando para ello las mismas expresiones que aparecen en los preceptos concursales del Libro Primero; por ejemplo, si se trata de un concurso aparente de leyes: «si este hecho fuera susceptible de ser calificado con arreglo al artículo...».

\* Especificar si quedan excluidas o no las restantes posibilidades genéricas de concurso; por ejemplo: «no obstante lo dispuesto en los artículos 71 a 75 ...», o bien: «sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 71 a 75...».

Debo referirme por último a lo dispuesto en el artículo 12.4 que en sentido amplio también representa una regla concursal. Este precepto resuelve el problema que se plantea cuando a una infracción le corresponde pena que es simultáneamente grave y menos grave, determinando que el delito se considerará en todo caso como grave. Pues bien la misma cuestión puede suscitarse entre las penas graves o menos graves por un lado y las leves, por otro, lo que no está previsto en el Borrador. Pero esta posibilidad podría producirse frecuentemente, sobre todo, porque el artículo 68.1 permite muy correctamente que un delito sea sancionado con pena leve por las reglas de determinación de la pena. Por ello, al artículo 12.4 debería ser ampliado a esta posibilidad siguiéndose el mismo criterio que el ya previsto, pudiendo quedar redactado de la siguiente manera:

«4. Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez en dos o más categorías de este artículo, la infracción será calificada con arreglo a la categoría de mayor gravedad.»

## 10. EL CONCURSO DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

Sobre las relaciones entre penas y medidas de seguridad, el Borrador adopta tres modelos: el principal es el «vicarial», contenido en el artículo 89, que determina la consecuencia jurídica en caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, que consiste en el cumplimiento en primer lugar de la medida y la absorción parcial (el «abono») del correspondiente tiempo de pena, siendo posible la suspensión del resto de la pena; pero también prevé el siste-

ma de la «doble vía», es decir la acumulación de pena y medida, aunque únicamente en el caso de los delincuentes habituales de delitos imprudentes o de riesgo cometidos con vehículo de motor (art. 102.2) (128); por último, sigue el sistema de la «sustitución» de la pena por la medida, lo que significa que la medida absorbe totalmente a la pena, en dos ocasiones: respecto al resto de la pena cuando se ha seguido el sistema viarial (art. 89) y respecto a los extranjeros condenados por delito a pena privativa de libertad inferior a seis años (art. 84.1). Pero al margen de estos casos, el Borrador no contiene más indicaciones sobre el concurso de penas y medidas, especialmente cuando una o ambas categorías de sanciones no son privativas de libertad. Debería introducirse una regla para estos casos, previéndose bien la absorción de la pena por la medida, bien la acumulación de ambas, indicándose en tal hipótesis si el cumplimiento de las dos sanciones ha de ser simultáneo (129) o sucesivo (130).

## 11. EL CONCURSO DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

Tampoco determina el Borrador cómo hay que resolver el concurso de medidas de seguridad. El artículo 114.2, relativo al término de la prescripción de las medidas, parece prever la posibilidad de un cumplimiento sucesivo de las mismas. Y el artículo 104.1 permite, respecto al extranjero, la sustitución de otras medidas por la de expulsión del territorio nacional. Rodríguez Devesa sugirió en referencia a este tema, al que calificó «de enorme trascendencia práctica», dar preferencia a las medidas curativas sobre las de tipo reeducativo o de otra índole que no sean compatibles con ellas, basándose en la regulación del Código Penal italiano; pero cuando la peligrosidad no requiere una medida curativa, según este autor lo más razonable es un sistema de «combinación de medidas» como el que establece el § 72 del StGB alemán (131). Este precepto prescribe lo siguiente:

**«§ 72. Combinación de medidas de seguridad. (1) Si se cumplen los presupuestos de varias medidas de seguridad, pero la finalidad perseguida se puede alcanzar con una de ellas, sólo se**

---

(128) En este caso, y aunque el precepto no lo indique, parece evidente que el cumplimiento ha de ser sucesivo, comenzándose por la pena y continuando con la medida, pues la privación de libertad implica ya la imposibilidad de ejercer el derecho a conducir vehículos de motor.

(129) Por ejemplo, cuando las penas no son privativas de libertad, pues si la pena es de prisión la medida carecería de sentido.

(130) Este será el caso normal entre penas privativas de libertad y medidas de seguridad no privativas de libertad.

(131) Cfr. Rodríguez Devesa, *PG*, reedición de la 12.ª ed., 1989, p. 1017.

impondrá ésta. En el caso de que varias medidas de seguridad sean adecuadas, se dará preferencia a aquélla que sea menos perjudicial para el autor.

(2) En los restantes casos, las medidas de seguridad se impondrán conjuntamente, si la Ley no determina otra cosa.

(3) Si se imponen varias medidas de seguridad privativas de libertad, el Tribunal determinará el orden sucesivo de su cumplimiento. En todo caso, antes de finalizar el cumplimiento de una medida de seguridad el Tribunal ordenará el cumplimiento de la siguiente, si su finalidad todavía exige el internamiento. Asimismo debe ser aplicado el § 67 c), párrafo 2, incisos 4 y 5.»

## 12. EL CONCURSO DE CONSECUENCIAS ACCESORIAS

Lo primero que llama la atención sobre estas nuevas (132) consecuencias jurídicas es que están ausentes de todas las garantías derivadas del principio de legalidad. Por mucho que estas consecuencias jurídicas no sean propiamente ni penas ni medidas, afectan gravemente a *intereses patrimoniales*, por lo que no está de más incluirlas en el artículo 1 y siguientes del Borrador. Sobre todo a la vista de que las infracciones y sanciones administrativas están sometidas al principio de legalidad, de conformidad al artículo 25.1 de la Constitución, y con mayor razón habrán de estarlo estas consecuencias accesorias de una infracción penal.

Por otro lado, la relación de consecuencias accesorias que ofrece el artículo 108.1 respecto a personas jurídicas adolece del defecto de que en cada caso se mencionan distintos supuestos de tales personas jurídicas (en un supuesto se hace referencia sólo a la «empresa», en otro a la «sociedad, asociación o fundación», en el tercero aparecen la «sociedad, empresa, fundación o asociación», mientras que en el último no se determina nada), lo que puede favorecer lagunas, así como disfunciones entre unas y otras consecuencias, especialmente de cara al concurso. Por ello sería preferible que se emplearan términos omni-comprendivos, como el de «entidad» o los de «persona jurídica».

Por lo que respecta al comiso, éste no plantea problemas en cuanto a su acumulación con las restantes consecuencias accesorias, siendo tal acumulación susceptible de cumplimiento simultáneo.

En cuanto a las consecuencias accesorias imponibles a personas jurídicas, el artículo 108.1 indica que «el Juez o Tribunal podrá establecer en la sentencia alguna o algunas» de ellas. Esta indetermina-

---

(132) Pero sólo relativamente nuevas, pues la Propuesta de 1983 ya las incluyó en su articulado (arts. 136 a 138).

ción («alguna o algunas») puede infringir el mandato de certeza, en especial porque tampoco se expresa si el cumplimiento de estas consecuencias ha de ser simultáneo o sucesivo. Es más, la mayoría de estas consecuencias han de cumplirse por su propia esencia y naturaleza de forma sucesiva, lo que alarga considerablemente la privación de los derechos afectados. Incluso alguna de ellas, como la disolución por su carácter definitivo, es incompatible con las demás. El Borrador requiere, pues, en este Título VI una mayor concreción y claridad.

### 13. EL ARTICULO 76 DEL BORRADOR

Tal vez porque el propio concepto de pena accesoria está en crisis debido a las dificultades que determina para la reinserción social (133), el Borrador —como la Propuesta de 1983— ha reducido sustancialmente el catálogo de penas accesorias respecto al Código Penal vigente.

El artículo 76 está incluido en la sección rubricada «Reglas especiales para la aplicación de las penas»; sección destinada a regular la mayoría de los preceptos concursales. Pero el lugar que corresponde a la disposición contenida en el artículo 76 no es el que tiene en el Borrador:

\* Porque esa disposición no es una regla especial para la aplicación de las penas, sino una regla general.

\* Porque esa disposición no es una disposición concursal, a pesar de que algún autor como Silvela entendiera que la acumulación era apreciable cuando una pena accesoria acompaña a otra principal (134). La acumulación de penas presupone la pluralidad de infracciones, mientras que el concepto de pena accesoria presupone la unidad de infracción, por lo que es ajena a la teoría del concurso.

\* Porque esa disposición es un efecto de la garantía judicial integrada en el principio de legalidad, y, por tanto, tiene un carácter no sólo procesal sino también y ante todo material (135).

Por consiguiente, propongo que el texto del artículo 76 sea llevado al ámbito del artículo 2.1 del Borrador, que es donde se recoge la garantía judicial. Ahora bien, la garantía resultaría incompleta si sólo se obligara a la imposición expresa de las penas que acompañan a otras por disposición de la Ley. El fallo de la sentencia ha de imponer expresamente no sólo las penas principales y accesorias, sino también en su caso las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias que correspondan.

---

(133) Cfr. con matizaciones Casabo Ruiz, en *Comentarios al Código Penal*, t. II, 1976, p. 191, quien pone de manifiesto que el *Alternativ Entwurf* prescindió de las penas accesorias.

(134) Cfr. Silvela, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Parte 2.ª, 2.ª ed., 1903, p. 294 y ss.

(135) Cfr. al respecto Córdoba Roda, en *Comentarios al Código Penal*, t. II, 1976, p. 375 y ss.

# Delito fiscal y principio de legalidad

ROSARIO DE VICENTE MARTINEZ

Profesora titular interina de Derecho Penal  
Universidad de Castilla-La Mancha

**SUMARIO:** I. Planteamiento: La ley 44/78 del IRPF.—II. La STC 45/89, de 20 de febrero.—III. Incidencia en lo penal: la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de marzo de 1989.—IV. La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1990: Cuestiones que plantea.—V. Conclusiones.

## I. PLANTEAMIENTO: LA LEY 44/78 DEL IRPF

La Ley 44/1978 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas combinaba la consideración de la unidad familiar como unidad contribuyente, esto es, como ente al que se atribuye o con relación al cual se determina la riqueza que se quiere gravar, con un sistema de tributación caracterizado por la acumulación de todas las rentas y la aplicación de los tipos generales, cuyos efectos son corregidos mediante deducciones fijas a practicar en la cuota (1).

La doctrina en repetidas ocasiones había criticado el tratamiento de la unidad familiar en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, fundamentalmente desde la perspectiva del principio de «imposición individual» (2). La Sentencia del Tribunal Constitucional 209/1988, de 10 de noviembre ha venido finalmente a sancionar este principio de «imposición individual», al otorgar el amparo solicitado (RA 752/1985) por un contribuyente que había contraído matrimonio el 27 de diciembre de 1980 reconociendo su derecho «a no ser discriminado fiscalmente por el hecho de haber contraído matrimonio y a

---

(1) Cfr. Zornoza J. J., «Aspectos constitucionales del régimen de tributación conjunta en el IRPF (Comentario a la STC 45/1989, de 20 de febrero)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989, pp. 164 y ss.

(2) Vid. por todos Falcon y Tella, «Comentario general de Jurisprudencia», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 62, 1989, pp. 282.

hacer por separado su declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas del ejercicio 1980», al tiempo que decidió someter al Pleno del Tribunal la cuestión de inconstitucionalidad relativa a los artículos 4.2, 5.1 (regla 1), 7.3, 23 (en relación con el 24.7), 31.2 y 34.3 y 6 de la Ley 44/78 del IRPF, teniendo en cuenta la reforma operada por la Ley 48/85 de reforma parcial del citado tributo, por referencia a los artículos 14, 18, 31 y 39 de la Constitución española (3).

## II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 45/1989, DE 20 DE FEBRERO

La STC de 20 de febrero de 1989, origen de la Ley 20/89, de 28 de julio, declara la inconstitucionalidad y nulidad de los artículos 7.3, 31.2 y 34.3 y 6 de la Ley 44/78, de 8 de septiembre, así como la inconstitucionalidad del art. 4.2 de la citada Ley, en cuanto que no prevé para los miembros de la unidad familiar, ni directamente ni por remisión, posibilidad alguna de sujeción separada y la del art. 24.b) de la misma Ley, en la redacción anterior a la Ley 37/1988, en cuanto que no incluye entre los períodos impositivos inferiores a un año el correspondiente a los matrimonios contraídos en el curso del mismo.

La citada sentencia ha levantado una nube de comentarios y opiniones desde diversos sectores jurídicos. El aspecto más polémico de la misma es, sin duda, como señala Zornoza, el alcance que debe atribuirse a la declaración de inconstitucionalidad pronunciada, dado que el Tribunal Constitucional ha olvidado contemplar todos aquellos casos de expedientes que pudieran encontrarse en tramitación en la fecha de la STC o que pudieran iniciarse —respecto de los ejercicios de 1987 y anteriores no prescritos— con posterioridad a ese momento, a consecuencia de actuaciones inspectoras de la Administración o por iniciativa de los propios contribuyentes (4).

Asimismo, uno de los aspectos más complejos y controvertidos es el principio declarado por el Tribunal Constitucional sobre la retroactividad de la nulidad de los preceptos declarados inconstitucionales. El Alto Tribunal manifiesta que la nulidad de los preceptos declarados inconstitucionales no afecta a las situaciones establecidas mediante actuaciones administrativas firmes ni a las autoliquidaciones o liqui-

---

(3) Un comentario a esta Sentencia puede verse en Zornoza, J. J. y de la Hucha, F. «El régimen tributario de las unidades familiares en el impuesto sobre la renta de las personas físicas: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de noviembre de 1988», en «Papeles de Trabajo», Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1989.

(4) Zornoza, J. J. «Aspectos constitucionales del régimen de tributación conjunta...», cit., págs. 190 y ss.

daciones provisionales o definitivas acordadas por la Administración, con anterioridad a la fecha de la referida Sentencia, no procediendo, por tanto, restitución o devolución alguna.

Esta limitación de la retroactividad nos lleva, según Drake y Drake, a situaciones complejas y, en muchas ocasiones, ilógicas e injustas (5).

Para García de Enterría, las dudas que acompañan a esta Sentencia, la primera de nuestro Tribunal Constitucional que acoge con plena conciencia la doctrina de la llamada por el Tribunal Supremo Norteamericano «prospectividad» (6) del fallo, frente a la tradición de la «retroactividad» de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley, no existirían si, con la resolución con que lo han hecho sus predecesores en la justicia constitucional e internacional, la sentencia se hubiese limitado a definir sus efectos a partir de su fecha, sin más precisiones, dando por válida la legislación por él anulada hasta ese momento. Hubiera sido la técnica más simple, con menos efectos derivativos no deseados, de la técnica prospectiva pura (7).

Tal vez, como mantiene Aparicio Pérez, el Tribunal Constitucional consciente de la transcendencia de su decisión, del descontento que va a producir y sobre todo de la aparente contradicción que encierra recurre a la existencia de una «laguna parcial» para justificar la no restitución de lo ingresado por autoliquidaciones realizadas al amparo de normas inconstitucionales (8). En julio de 1989, el Gobierno dictó una nueva Ley en la que volvía a regular la tributación de los matrimonios, llenando el vacío legal que había dejado la Sentencia del Tribunal Constitucional.

### III. INCIDENCIA EN LO PENAL: LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID DE 27 DE MARZO DE 1989

Pero, entre los diferentes efectos que la Sentencia del Tribunal constitucional produce, se encuentra el de su incidencia en materia

---

(5) Drake y Drake, «Comentarios a la Ley de reforma del IRPF», Ciencias de la Dirección, 3.ª ed., Madrid, 1989, p. 10.

(6) La doctrina de la prospectividad se formula a partir de 1965 por el Tribunal Supremo Norteamericano (caso Linkletter) y posteriormente es reconocida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (sentencia Defrenne) y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia Markx), cfr., Aparicio Pérez, «La integración del delito fiscal por el IRPF y la sentencia del Tribunal Constitucional 45/89», en *Gaceta Fiscal*, núm. 72, 1989, p. 145.

(7) García de Enterría, «Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las Leyes inconstitucionales», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 61, 1989, pp. 5 y ss.

(8) Aparicio Pérez, *ob. cit.*, pp. 144 y ss.

penal, concretamente el relativo a los Delitos contra la Hacienda Pública, cometidos bajo el régimen de tributación acumulada de rentas en una unidad familiar:

El delito fiscal o delito contra la Hacienda Pública se construye técnicamente como una norma penal en blanco. El artículo 349 del Código Penal establece que «El que defraudare a la Hacienda estatal, autonómica o local, eludiendo el pago de tributos o disfrutando indebidamente de beneficios fiscales, siempre que la cuantía de la cuota defraudada o del beneficio fiscal obtenido exceda de 5.000.000 de pesetas, será castigado con la pena de prisión menor y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía».

Tanto la regulación del delito fiscal en el artículo 319 del Código Penal, derogado en 1985, como la regulación del delito contra la Hacienda Pública en el actual artículo 349 del Código Penal no se limitan a requerir la producción de una defraudación a la Hacienda Pública, sino que exigen que ésta sea igual o superior a dos millones de pesetas, conforme al antiguo artículo 319, o superior a cinco millones de pesetas, según el vigente artículo 349 (9).

El problema que se plantea es el de si es posible realizar la determinación de los elementos objetivos y subjetivos exigidos por el tipo penal utilizando una ley, la Ley 44/78, de 8 de septiembre de normas reguladoras del Impuesto sobre la renta de las Personas Físicas, que ha sido declarada parcialmente inconstitucional.

La Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 27 de marzo de 1989, con anterioridad, por tanto, a la publicación de la Ley 20/1989, interpreta la Sentencia del Tribunal Constitucional en el sentido de que la declaración de inconstitucionalidad de varios preceptos de la ley imposibilita su uso como instrumento de integración del

---

(9) Sobre la situación antes de la Reforma de 1977, vid. Landrove Díaz, «Las infracciones tributarias ante el Derecho Penal español», en *Anuario de Derecho Penal*, 1971, pp. 79 y ss.; Pérez Royo, «Infracciones y sanciones tributarias», Madrid, 1972; Rodríguez Mourullo, «Presente y futuro del delito fiscal», Madrid, 1974. Sobre la situación a partir de la Reforma de 1977, vid. Argiles y Garces de Marcilla, «El delito fiscal», en *Crónica Tributaria*, núm. 25, pp. 9 y ss.; Córdoba Roda, «El delito fiscal», en *Revista Española de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 15/16, 1977, pp. 689 y ss.; Martínez Pérez, «El delito fiscal», Madrid, 1982; Quintero Olivares, «El nuevo delito fiscal», en *Revista Española de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 137, pp. 1313 y ss. Sobre la Reforma de 1985, vid. Arroyo Zapatero, «Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones», Madrid, 1987; Boix Reig-Bustos Ramírez, «Delitos contra la Hacienda Pública», Madrid, 1987; Lamarca Pérez, «Observaciones sobre los nuevos delitos contra la Hacienda Pública», en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 178, 1985, pp. 743 y ss.; Muñoz Conde, «El error en el delito de defraudación tributaria del art. 349 del Código Penal», en *El error en Derecho Penal*, Valencia, 1989; Pérez Royo, «Los delitos y las infracciones en materia tributaria», Madrid, 1986.

Código Penal pues, se ha producido un «vacío normativo» que la hace inaplicable en los casos en que se ha producido acumulación de rentas, insistiendo en que «no existe normativa aplicable para realizar la correspondiente liquidación, lo que conlleva necesariamente a la absolución de la procesada de los delitos fiscales y contra la Hacienda Pública de los que viene siendo acusada por el Ministerio Fiscal y por el Abogado del Estado, ante la imposibilidad de determinar la concurrencia del elemento normativo de dichos tipos, cual es la cuantía de la cuota defraudada, puesto que estos delitos, como preceptos de los denominados «en blanco», han de ser completados con otras disposiciones no penales, aquí de carácter tributario, que si bien en el momento de la perpetración de los hechos y de la incoacción del procedimiento estaban vigentes, hoy han sido declarados inconstitucionales y, por tanto, de imposible aplicación para integrar la norma penal» (F. D., núm. 4).

En base a esta interpretación la Audiencia Provincial de Madrid absuelve a la procesada acusada de no haber presentado declaración de Renta relativa a los ejercicios de 1982, 1983, 1984, 1985 y haber obtenido por sí misma ingresos brutos ascendentes a 28.374.567 pesetas en 1982, 32.397.789 pesetas en 1983, 47.696.036 pesetas en 1984 y 64.429.522 pesetas en 1985. La procesada es una conocida y famosa folklórica española, de ahí que el caso se haya seguido en todos los ámbitos con gran expectación y sea conocido popularmente como el caso «Lola Flores».

Para Aparicio Pérez, las consecuencias de la interpretación que de la Sentencia del Tribunal constitucional hace la Audiencia Provincial de Madrid crean sin duda una distorsión en el ordenamiento de enorme relevancia que vulnera claramente los principios constitucionales de igualdad y de seguridad jurídica, al crear una clara discriminación en perjuicio de aquél que realizó un cumplimiento escrupuloso de sus obligaciones fiscales.

Desde otro punto de vista, al consagrar la impunidad de conductas que reúnen los demás requisitos para ser consideradas como delito, se produce un absurdo jurídico, pues aún dentro de la familia podrían ser condenados por delito fiscal aquellos matrimonios en los que por haber sólo un perceptor de rentas no se diera acumulación, mientras que todos aquellos que acumularan quedarían impunes (10).

Creo, en efecto, que el argumento de la existencia de un «vacío normativo» produce una clara injusticia e indefensión social que lleva a claras consecuencias inconstitucionales por vulnerar los principios de igualdad y seguridad jurídica reconocidos en la propia Constitu-

---

(10) Aparicio Pérez, *ob. cit.*, pág. 148.

ción española. Como ha señalado Aparicio Pérez, la aplicación del delito fiscal para unos contribuyentes y no para otros con el argumento de la existencia de un «vacío normativo», crearía una situación denominada por la doctrina alemana de «catástrofe social» que se da, por sentencias que al ser «políticamente inexactas o falsas la lesión puede alcanzar a la comunidad entera» (11).

Para no vulnerar los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica la solución a la que se acoge la sentencia de la Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona de 11 de abril de 1989 radica en establecer que la liquidación anulada «habría de ser sustituida por otra a practicar cuando se promulguen las modificaciones o adaptaciones normativas que impone la sentencia del supremo intérprete de la Constitución». En un sentido análogo se pronuncian las sentencias de la Sala Tercera del mismo Tribunal de 9 y 16 de mayo y 14 de junio del mismo año y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 26 de julio.

Esta solución, no obstante, es inviable por la presencia en nuestro ordenamiento del principio de retroactividad de la ley penal más favorable. La solución, a mi juicio, más ajustada a Derecho es la que sigue la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia de 8 de noviembre de 1990 al considerar que «la previsión contenida en el art. 25 de la Constitución española, conforme a la cual nadie puede ser condenado o sancionado sino en virtud de infracción penal o administrativa fijada con anterioridad a su comisión, referida al caso examinado supone que los elementos de la infracción tributaria han de ser conocidos en el momento de su comisión por el presunto autor de la misma. Cuando uno de los elementos de la infracción —su límite cuantitativo—, que a su vez condiciona el alcance de la sanción a imponer —en función de la cuota defraudada— no era susceptible de ser conocido por los recurrentes —por mor de la declaración de inconstitucionalidad que recayó sobre la regulación del IRPF en cuanto a la llamada obligación de tributación conjunta de los cónyuges—, siendo fijadas con posterioridad aquellas cantidades (cuota tributaria, sanción y deuda tributaria) en aplicación de una normativa de fecha también posterior, ha de concluirse que se ha producido la vulneración constitucional invocada. En consecuencia se entiende que ha existido violación del art. 25 de la Constitución española y procede estimar el recurso, dejando sin efecto la determinación de los intereses de demora y sanciones establecidas en las actas impugnadas».

---

(11) Aparicio Pérez, *ob. cit.*, pág. 149.

#### IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE DICIEMBRE DE 1990: CUESTIONES QUE PLANTEA

La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1990 plantea diversas e importantes cuestiones:

**Primera.** El Tribunal Supremo, tras reflexionar sobre los componentes objetivos y subjetivos del delito fiscal o contra la Hacienda Pública y analizar el tipo penal, estudia la *incidencia en el ámbito penal de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de febrero de 1989*.

El Tribunal Supremo procede a una interpretación lógica y teleológica de la Sentencia del TC, y en base a la misma indica que «La STC, favorecedora del principio de igualdad, únicamente puede incidir y tener validez en aquellos supuestos en que la declaración conjunta pudiese perjudicar, de manera inequívoca e incluso dubitativa al contribuyente, pero no en los casos, como el que aquí se contempla en que esto no sucede, porque ello supondría extravasar con mucho su lógico campo de efectividad al estar acreditado que tal perjuicio no es posible que se produzca se actúe de uno u otro modo».

En opinión de los Magistrados que suscriben la Sentencia, en los casos de unidades familiares con un único perceptor de renta, la obligación de acumulación de rentas produciría resultados inocuos para el contribuyente, y no se mostraría, por tanto, discriminatoria. «Si en el presente caso no se perjudica en absoluto al declarante, la conclusión no puede ser otra que la de inexistencia de un vacío legal exculpativo penalmente de los correspondientes fraudes fiscales» (FD Tercero III). En definitiva, «el invocado vacío legal no puede incidir en el campo penal porque apareciendo como aparecía perfectamente individualizada la obligación de declaración de uno de los miembros de la familia, con total independencia de los demás, en orden a los ingresos por la procesada obtenidos, con voluntad defraudatoria, ingresos no declarados y con una complementaria obstaculización a la labor investigadora, es innegable que concurren todos los elementos objetivos y subjetivos que dan vida al delito o delitos a la procesada imputados» (FD Tercero IV, 4).

A pesar de todo lo anterior el propio Tribunal manifiesta la imposibilidad de determinar la exacta cuantía de lo defraudado al no haber establecido el Tribunal de Instancia los llamados gastos necesarios y no constar éstos en documentos a los efectos de la casación. Ante esta imposibilidad el Supremo opta por aceptar como probado el hecho de que el fraude supera los dos millones y los cinco millones de pesetas respectivamente, en orden al derogado art. 319 y al actual 349 del Código Penal. La Sentencia lo declara así expresamente como «hecho probado» (FD Tercero IV, 1). «Y en tal caso no hay otra solución que aceptar como probada la existencia del fraude fiscal en la cuantía más mínima posible» (FD Tercero, IV, 5).

Frente a lo anterior se manifiesta el voto discrepante del Magistrado Barbero Santos, que considera —igual que la Audiencia Provincial de Madrid— que «el *vacuum* declarado por el máximo hermeneuta de la Ley Fundamental obstaculiza de manera insalvable determinar la suma o cuota defraudadas, consecuencia necesaria de la imposibilidad de practicar las correspondientes liquidaciones del impuesto». «La STC impide en consecuencia, determinar el resultado de un delito de resultado. Obstaculiza, por tanto, que el delito exista al no darse todos los elementos. En ningún momento el Juzgador de Instancia establece que el fraude supere los dos y los cinco millones de pesetas, respectivamente. En tal caso hubiese condenado. No lo hizo por sentirse jurídicamente incapaz de tomar tal decisión al no poder determinar el resultado, sin el cual no existe delito».

En conclusión, es la exacta cuantificación del importe defraudado lo que se presenta problemático, pues la fijación del *quantum* probado que supera el mínimo exigido de dos y cinco millones de pesetas es requisito para la existencia del delito.

La tesis sustentada por Barbero Santos estriba en que una vez declarados inconstitucionales los preceptos extrapenales con los que determinar la cuantía defraudada, no es posible ni determinar ni presumir que ésta sea superior al límite mínimo requerido para la infracción penal, con lo que no puede condenarse. Y ello, tanto si el hecho se enjuicia durante el período del supuesto *vacío legal* como si lo es durante el período de vigencia de la nueva normativa.

Tesis que se fundamenta en el hecho de que en el ámbito del Derecho penal español una de las manifestaciones materiales del principio de legalidad es tanto la prohibición de dictar leyes con efectos retroactivos desfavorables como de aplicarles a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor y, de igual forma, en sentido perjudicial para el afectado. El artículo 9.3 de la Constitución al proclamar «la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales» se erige en norma básica de nuestro ordenamiento jurídico en materia de irretroactividad, y sobre ella es preciso construir el alcance y significado que debe darse al citado principio. El resto de las disposiciones con un contenido penal que hacen referencia al tema —dentro de la propia Constitución, el art. 25.1, o fuera de ella, los arts. 1.2, 23, 24 y 81 del Código Penal— no pueden ser interpretados sino en función de la inicial declaración que contiene el art. 9.3 de la Constitución.

No obstante, el principio general de irretroactividad tiene en materia penal una importante excepción: la retroactividad de la ley más favorable, consagrada en el art. 24 del propio Código penal: «Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, aunque al publicarse aquéllas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviese cumpliendo la condena.»

A los efectos del tratamiento de la retroactividad de la ley penal más favorable, el hecho de que el supuesto de hecho se describa en un cuerpo distinto —en este caso en una ley tributaria— al que señale la pena, plantea la cuestión de si ha de aplicarse retroactivamente, según el art. 24 del Código Penal, la ley penal en blanco que ha visto modificada su complemento por alteración de la fuente en que ésta se halla. Como expone Landrove, por Ley penal, a efectos de aplicación del art. 24 del Código Penal, debe entenderse todo precepto del cual resultan consecuencias penales. No sólo los que se refieren a la pena o definen figuras concretas del delito, sino también los de otros sectores del ordenamiento jurídico que dan contenido a las llamadas «normas penales en blanco». Solución que viene impuesta por tratarse de modificaciones extrapenales de la ley penal, pues forman parte del conjunto de presupuestos de los que depende la pena; la modificación puede otorgar mayor o menor alcance al precepto desde el momento en que la modificación se produce (12).

Por tanto, en las leyes penales en blanco la situación más favorable se puede dar por una modificación de la norma que hay que completar. Nos encontramos —en definitiva— ante una ley nueva a la que es de aplicación lo prevenido en el art. 24.

Si interpretamos, pues, esta excepción conforme a lo establecido en el art. 9.3 de la Constitución, no cabe duda de que la Ley 20/89, podrá ser utilizada como instrumento de integración siempre que resulte más favorable que la aplicación del régimen general.

Pero, es evidente como señala Aparicio Pérez, que de no mantenerse la aplicabilidad del régimen general —como hace la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid— la Ley 20/89 no podría ser aplicada tampoco, pues para hacerlo hacia atrás ha de resultar necesariamente más favorable. Y es claro, que para comprobar si algo es más o menos que algo, es necesario comparar; ello supone que con la tesis del «vacío normativo» la ley 20/89 no sería utilizada, pues no habría nada con que compararla y no resultaría más favorable. Sin embargo, de considerarse aplicable el régimen general corregido por el sistema de deducciones en la cuota, la norma integradora será aquélla de la que resultara una cuota a pagar inferior (13).

Desde un estricto respeto al principio de irretroactividad la solución ajustada a Derecho sería la expuesta por Barbero Santos. Al dejar la declaración de inconstitucionalidad un vacío no regulado de otro modo conduciría a la simple atipicidad. Incluso, se puede afirmar, la prohibición de retroactividad cuando, subsanados los vicios, la

---

(12) Landrove Díaz, «Introducción al Derecho Penal Español», 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1989, pág. 125.

(13) Aparicio Pérez, *ob. cit.*, pág. 151.

nueva Ley 20/89 comience a regir, incluso aunque se muestre más favorable con respecto a la declarada inconstitucional. Y aunque tal solución lleve a situaciones injustas e ilógicas, pues la STC, favorecedora del principio de igualdad, provocaría en este caso una clara desigualdad entre los sujetos que cumplieron con su obligación fiscal y aquellos que no la cumplieron.

La solución posible sería entender que la Ley no establece dos regímenes distintos, sino uno solo, que debe ser aplicado a todas las personas físicas sujetas al impuesto, regulando, además, una serie de preceptos especiales que modifican el régimen general cuando las personas sujetas forman parte de una unidad familiar, y aunque estos preceptos especiales sean declarados inconstitucionales, permanecen inalterables las normas del impuesto aplicables a toda persona física, aunque en el caso de la familia, y por respeto a otros principios constitucionales, deban ser matizados sus efectos (14). Este argumento es respaldado por la propia Sentencia del Tribunal Constitucional en su fundamento 5.9: «... Es indispensable que la sujeción conjunta no incremente la carga tributaria que, con arreglo a las normas generales, le corresponderían a cada uno de los sujetos pasivos integrados en la unidad tributaria de acuerdo con su propia capacidad económica...»

En contra de esta tesis, se mantiene que el Tribunal Constitucional ha declarado expresamente la existencia de «una laguna parcial en un sistema trabado», y que esa afirmación vincula a todos los poderes públicos, que no podrán aplicar el régimen general a las unidades familiares con acumulación de rentas por imperativo de la propia Sentencia del Tribunal Constitucional. Pero, como acertadamente expone Aparicio Pérez, cuando la Sentencia del Tribunal Constitucional habla de laguna y vacío normativo, se está refiriendo exclusivamente a la inexistencia en nuestro ordenamiento de disposiciones que regulen la devolución de ingresos realizados al amparo de normas declaradas inconstitucionales (15). Por tanto, lo más razonable es entender que de la STC no se desprende la inconstitucionalidad de la acumulación de rentas en sí misma consideradas, ni la necesidad de que el legislador opte necesariamente por regímenes de tributación separada. Consecuencia de tal entendimiento sería, principalmente, que no existiría tal vacío normativo procediéndose a aplicar en el Caso «Lola Flores» la norma tributaria de la que resultara una cuota a pagar inferior.

**Segunda.** *Naturaleza jurídica de la cuantía defraudada.*

El legislador español condiciona la punibilidad del delito fiscal al hecho de que «la cuantía de la cuota defraudada o del beneficio fiscal

---

(14) Cfr. Aparicio Pérez, ob. cit., p. 144.

(15) Aparicio Pérez, ob. cit., p. 145.

obtenido exceda de cinco millones de pesetas». Ante la inclusión del mencionado límite cuantitativo la doctrina se ha mostrado en desacuerdo (16).

En el Derecho comparado, o bien el fraude fiscal es punible cualquiera que sea su cuantía (17), o bien en aquellos ordenamientos en que se requiere que el perjuicio económico alcance un determinado nivel para provocar la reacción, penal, este nivel es de una cuantía considerablemente inferior a la señalada en nuestro Código Penal (18).

Los problemas que suscita el análisis de este requisito del límite cuantitativo plantea la segunda cuestión a resaltar de la Sentencia del Tribunal Supremo relativa a si la cuantía defraudada constituye el resultado del delito o bien es una condición objetiva de punibilidad.

Para la Sala la cuantía de la cuota defraudada es una condición objetiva de punibilidad que no necesita, por consecuencia de su propia naturaleza, ser abarcada por el dolo (FD Tercero, IV, 2). Para Barbero Santos, la cuota o suma constituye una característica del resultado, por ser evidente «que considerarla característica del resultado se conforma o ajusta mejor a un Derecho Penal basado en la culpabilidad y es la concepción doctrinal mayoritaria».

El voto particular del Magistrado Barbero Santos sigue la línea establecida por el propio Tribunal Supremo, que en sentencia de 2 de marzo de 1988 había establecido que «la cuantía de la defraudación..., constituye un elemento típico..., debiendo el dolo abarcar para configurar el tipo subjetivo, aparte el ánimo específico de defraudar muy patente en la redacción legal que se comenta, el conocimiento de los deberes tributarios, cuyo incumplimiento dio lugar a la defraudación, y conciencia de la cuantía de esta última».

Esta postura es compartida por un sector doctrinal (19) que considera que el requisito de que la defraudación alcanzara el nivel de cinco millones de pesetas debería ser considerado como una característica del resultado necesaria para la subsistencia del tipo objetivo y que, por tanto, ha de ser abarcado por el dolo del autor; postura ésta

---

(16) Vid. por todos, Ayala Gómez, *El delito de defraudación tributaria: artículo 349 del Código Penal*, Madrid, 1988, pp. 214 y ss.

(17) En este sentido se muestra el ordenamiento alemán, donde no existe un umbral cuantitativo para la punibilidad de las infracciones tributarias.

(18) En este sentido, el ordenamiento francés. En Italia, tras la Reforma de 1982, los requisitos cuantitativos se establecen únicamente para los supuestos de contravenciones, no para los delitos graves (*delitti*), siendo dicho límite cuantitativo más bajo que el fijado en nuestro Código Penal.

(19) Vid. Martínez Pérez, *El delito fiscal*, Madrid, 1982, p. 278; Rodríguez Mourullo, «El nuevo delito fiscal», *REDF*, núms. 15/16, p. 727; De la Peña Velasco, *Algunas consideraciones sobre el delito fiscal*, Murcia, 1984, p. 110.

rechazada por otros autores (20), que sostienen que la cuantía es una mera condición objetiva de punibilidad.

Las consecuencias son distintas según se opte por una u otra solución y la práctica judicial puede ofrecer numerosos problemas. Una de las consecuencias es que si se considera la cuantía elemento del tipo será muy difícil incriminar al sujeto activo, que en la mayoría de los casos alegará desconocimiento de la exacta cuantía. Por el contrario, si se considera condición objetiva de punibilidad no habrá problema alguno entre el juego infracción administrativa e infracción penal.

Si bien es cierto que en estos momentos el criterio del límite cuantitativo es político-criminalmente recomendable, porque mientras no se modifiquen determinados preceptos del Código Penal es difícil dar una respuesta a aquellos casos en los que la defraudación sea mínima, en mi opinión, el criterio de la cuantía no es adecuado para delimitar las infracciones penales de las administrativas. El problema reside en determinar un límite justo que diferencie netamente el ilícito penal respecto del ilícito administrativo y aleje del tipo cualquier vestigio de arbitrariedad. Recordemos que cuando en el Proyecto de Ley sobre Medidas Urgentes de Reforma Fiscal de 1977 el legislador colocó el listón en dos millones de pesetas, varias enmiendas fueron presentadas en el sentido de rebajar este límite (21). Ninguna de ellas fue aceptada por la Ponencia, que acordó, por unanimidad, establecer como límite una cantidad igual o superior a dos millones de pesetas, por lo que las críticas al precepto por parte de un amplio sector de la doctrina tanto penal como tributaria no se hicieron esperar (22).

Posteriormente, cuando el módulo propuesto en el Proyecto de Código Penal fue de tres millones de pesetas, las enmiendas presentadas pretendían la criminalización del fraude igual o superior a 500.000 pesetas (23) o al millón de pesetas (24).

En todo caso, la decisión de si es o no conveniente y del *quantum* de un límite mínimo como resultado perjudicial a las previsiones recaudatorias de la Hacienda Pública para considerar la conducta constitutiva de delito es una decisión de política criminal, no obstante,

---

(20) Cfr. Arroyo Zapatero, *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*, Madrid, 1987, p. 103; Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, 8.ª ed., Valencia, 1990, p. 795.

(21) Así la enmienda núm. 10 presentada por el Grupo Mixto, la enmienda núm. 16.9 de Minoría Vasco Catalana, la enmienda núm. 40.32 presentada por el Grupo Socialista, etc.

(22) Cfr. Argiles y Garcés de Marcilla, «El delito fiscal», en *Crónica Tributaria*, núm. 25, 1978, p. 15; Quintero Olivares, «El nuevo delito fiscal», en *Revista de Derecho Fiscal y Hacienda Pública*, núm. 137, 1978, pp. 1321 y ss.; Martos Núñez, *Derecho Penal económico*, Madrid, 1987, p. 337.

(23) Enmienda núm. 1126 del Grupo Parlamentario Comunista.

(24) En este sentido, la enmienda núm. 608, presentada por el Grupo Socialista.

en el caso actual —configuración del tipo con cuantía— ésta habrá de considerarse condición objetiva de punibilidad.

La consecuencia más relevante que se deriva de la naturaleza de la cuantía como condición objetiva de punibilidad es que no es preciso que la misma sea abarcada por el dolo del autor. Por tanto, un error al respecto es irrelevante (25).

**Tercera.** En esta sentencia el Tribunal Supremo se pronuncia sobre *qué tipos de conductas pueden dar lugar a la comisión del delito fiscal*.

El Tribunal Supremo al manifestar que la omisión de declaración constituye un medio idóneo de defraudación a la Hacienda Pública, y por tanto de realización del tipo penal, se posiciona ante un tema objeto de polémica: la determinación de la posibilidad de cometer delito fiscal por aquellos contribuyentes que no presentaran su declaración a la Hacienda Pública. La sentencia es unánime y contundente en este punto, lo que se pone de manifiesto en las siguientes aseveraciones extractadas: «también dejando de declarar se consigue el resultado lesivo»; «ni el viejo artículo 319 ni el actual 349 contienen limitación expresa alguna respecto de los medios comisivos más allá de los que, por lógica, derivan del carácter esencialmente defraudatorio de la conducta respecto de sus modalidades típicas. Por ello, se entiende en general que ha quedado abierto el elenco de posibles medios comisivos para la realización de los delitos fiscales o contra la Hacienda Pública»; «la elusión del pago de impuestos puede consignarse declarando mal, de manera consciente, o no declarando, si en la no declaración concurre el elemento culpabilístico, indispensable, como corresponde a un Derecho Penal basado en la culpabilidad, de tal manera que la misma pena ha de tener como límite la culpabilidad del sujeto».

Concluye el Tribunal Supremo manifestando que «el delito fiscal o contra la Hacienda Pública puede ser, pues, cometido bien por completa omisión de la declaración de la renta, sin exteriorizar ningún ingreso, como por comisión, consistente en declarar menos de lo debido».

La admisión de la omisión como medio material idóneo de comisión se produjo con la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1985, que afirmó: «La esencia del fraude castigado consiste, lisa y llanamente, en la no percepción de ingresos fiscales a los que las Haciendas respectivas tienen derecho, puro delito de omisión que, sin embargo, ha de trascender de la simple pasividad, en tanto que la ausencia de la declaración fiscal, tal aquí acaece, devendrá al delito

---

(25) Sobre el problema de la posición dogmática de la cuantía mínima y de sus consecuencias para el tipo subjetivo y para la punibilidad de las formas imperfectas, *vid.* Arroyo Zapatero, *Delitos contra la Hacienda Pública...*, cit., pp. 100 y ss.

cuando concluyentemente incida en quienes conscientemente cono- can y sepan de su obligación con el erario público...». Este criterio no fue admitido por las Sentencias del mismo Tribunal de 12 de marzo y 12 de mayo de 1986, que afirmaban que «lo relevante a efectos puni- tivos es ocultar o desfigurar las bases tributarias con el fin de eludir la obligación de satisfacer determinados impuestos y con la evidente intención defraudatoria consiguiente». Posteriormente, la sentencia de 2 de marzo de 1988 no sólo suscribió el criterio de la comisión por omisión mantenido por la primera sentencia citada, sino que, además, añadió: «Es patente que quien omite la declaración exigida con inten- ción de eludir el impuesto totalmente no debe ser de mejor condición que quien en su declaración desfigura o manipula las bases tributarias para pagar «menos de lo debido»; en ambos casos se advierte una falta de verdad o actitud engañosa...»

Finalmente, con la sentencia del caso «Lola Flores», admitiendo la omisión de declaración como delito contra la Hacienda Pública, queda zanjado un tema que había sido ampliamente debatido en la doctrina española (26).

**Cuarta.** *La relación entre el artículo 349 C. P. y 350 bis C. P.*

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid declara como probado en su Fundamento de Derecho número 5, que «la procesada no llevaba libros o registros en los que se reflejasen sus ingresos y gastos, conforme determina el artículo 38 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas». Sin embargo, a pesar de tal afirmación, no aprecia la comisión del delito contable por la ausencia de norma tributaria con rango de ley que imponga la obligación de llevar contabilidad mercantil o libros o registros fiscales y la forma de dar cumplimiento a la misma, sin que en ningún caso la Resolución de la Dirección General de Tributos, de fecha 27 de marzo de 1984, pueda considerarse base legal suficiente a tal efecto.

El Tribunal Supremo, prescindiendo del tema que plantea la doc- trina sobre si es o no imprescindible que la obligación derive de una Ley en sentido formal (criterio que sigue la sentencia impugnada), y haciendo abstracción a la referida exigencia, considera que «la rela- ción concursal entre el artículo 350 bis y el 349 es de normas, no de delitos. Cuando una persona realiza el comportamiento que contempla el artículo 350 bis y a continuación defrauda a la Hacienda Pública o comete un delito fiscal, así llamado precedentemente a esta figura penal, se da una clarísima relación de consunción, lo mismo que suce-

---

(26) Cfr. Boix Reig, *Los delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid, 1987, p. 88; Lamarca Pérez, «Observaciones sobre los nuevos delitos contra la Hacienda Pública», en *RDFHP*, núm. 178, 1985, pp. 769 y ss.; Aparicio Pérez, «El delito fiscal: la no pre- sentación de declaración tributaria como medio para cometerlo», en *Gaceta Fiscal*, núm. 42, 1987, pp. 163 y ss.

de, salvando las distancias con el artículo 509 del Código Penal. En definitiva, la razón del artículo 350 bis no es otra que la de tipificar conductas peligrosas para el bien jurídico tutelado y que sin este precepto constituirían actos meramente preparatorios o tentativas cuyo acreditamiento ofrecerá, sin duda, dificultades importantes. Pero en este caso esos actos preparatorios continuaron hasta alcanzar el delito contra la Hacienda Pública misma, por lo que aun suponiendo, por vía de hipótesis, que existieran y se dieran los requisitos legales, habría quedado consumido en el delito principal».

En su voto particular, Barbero Santos coincide con la Sala en su tesis de que cuando el incumplimiento de las obligaciones contables es la modalidad utilizada para cometer la defraudación a la Hacienda, existe un supuesto posible de consunción, por lo que sólo esta defraudación ha de pensarse, por ser el primero un acto preparatorio del fraude efectuado. Si bien matiza que «cuando por las razones que fueren, como en la presente causa ocurre, el fraude a la Hacienda no se perfecciona, adquiere toda su virtualidad la figura prevista por el artículo 350 bis a) en su categoría plena de delito autónomo».

La doctrina dominante considera que estamos, en efecto, ante un tipo de preparación del delito de defraudación y, en consecuencia, considera que entre este último delito del artículo 349 y el delito contable del artículo 350 bis se establecería una relación de concurso de leyes, de tal modo que el tipo de defraudación desplazaría al contable en los casos en que a la realización de este último siga la ejecución del primero. Sobre esta base común, las opiniones se dividen acerca de si la relación concursal ha de resolverse por el principio de la consunción o por el de la subsidiariedad. Un sector minoritario de la doctrina considera que se trata de un concurso de delitos (27).

El problema se puede resolver por la vía de los «actos posteriores copenados». Estos son hechos que por sí solos realizarían un tipo de delito, pero que quedan consumidos por otro delito al cual siguen (28). En mi opinión, la acción del artículo 350 bis del C. P. (acto posterior copenado) es una acción típica destinada a asegurar o realizar un beneficio obtenido o perseguido por un hecho anterior y que al no lesionar ningún bien jurídico distinto al vulnerado por este hecho anterior —la Hacienda Pública en su aspecto dinámico, entendida como sistema de recaudación de ingresos y realización del gasto—, ni aumentar el daño producido por el mismo, resulta consumida por el artículo 349 del C. P.

---

(27) Cfr. Gracia Martín, *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho Penal*, Madrid, 1990, pp. 345 y ss.

(28) Cfr. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (traducción y adiciones de Derecho Penal español por Mir Puig y Muñoz Conde), vol. 2.º, Barcelona, 1981, p. 1038.

El delito contable será punible de forma autónoma en aquellos casos en que la defraudación en la recaudación que normalmente lo acompañara no alcance el nivel de 5.000.000 de pesetas, necesarios para su incriminación por el artículo 349 del C. P.

## V. CONCLUSIONES

**Primera.** De la Sentencia del Tribunal Constitucional no se desprende la imposibilidad de aplicar el régimen general a todas las personas físicas sujetas al impuesto. Consecuencia de tal entendimiento sería que no existiría «vacío normativo» que impidiera la aplicación del delito fiscal. De no admitir la aplicabilidad del régimen general, la vigencia en nuestro ordenamiento penal del principio de retroactividad de la ley penal más favorable ha de llevar necesariamente a la absolución de la procesada, dado el vacío normativo provocado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 45/1989, de 20 de febrero, que impide determinar la cuota defraudada a efectos de la aplicación del artículo 349 del C. P.

**Segunda.** El límite cuantitativo de la defraudación debe ser entendido como condición objetiva de punibilidad que no ha de ser abarcado por el dolo del autor. Por tanto, un error al respecto es irrelevante. Una parte de la doctrina interpreta la cuantía como un elemento del tipo y no como condición objetiva de punibilidad, para evitar este arbitrario procedimiento habría que reformular el tipo de modo que ponga de manifiesto que la cuantía no debe ser abarcada por el dolo.

**Tercera.** La conducta defraudatoria se puede llevar a cabo tanto por comportamiento activo, declarando menos de lo debido, como por omisión, no presentando la declaración tributaria.

**Cuarta.** La relación entre el artículo 349 del C. P. y el artículo 350 bis del mismo cuerpo legal ha de resolverse por la vía de los actos posteriores copenados. El delito contable será punible de forma autónoma en aquellos supuestos en que la defraudación en la recaudación no alcance el nivel de 5.000.000 de pesetas, necesarios para su incriminación por el artículo 349 del C. P.

# El elemento subjetivo del delito en la perspectiva criminológica (\*)

ELIO MORSELLI

Profesor titular de Derecho Penal  
en la Universidad de Perugia (Italia)

Todo discurso que afronta los problemas básicos de la teoría general del delito, no puede dejar de tener, aún hoy, como punto de partida, el gran debate, iniciado en los años cincuenta, entre la nueva teoría finalista de la acción, propiciada por Hans Welzel, y la concepción clásica, denominada causalista, de la acción, y por ende, del delito que, como es sabido, fue teorizada principalmente por Ernst Beling.

Aquí no es posible recordar ni siquiera en líneas generales, en qué consiste la teoría finalista de la acción, y cuáles son sus numerosísimas implicaciones, sea en la sistemática global de la parte general del Código Penal, como también en la individuación y en la reconstrucción dogmática de cada hecho típico de la parte especial. Por tanto, debo presuponer que todo ello es bien conocido. Recuerdo, sólo, que la «clave de bóveda», es decir, el punto decisivo sobre el cual se estructura toda la teoría finalista, consiste en el radical redimensionamiento de las relaciones entre el hecho antijurídico y la culpabilidad. Mientras tradicionalmente, el dolo y la culpa se los consideraba elementos o formas de la culpabilidad, ahora en cambio —según Welzel y sus seguidores— dolo y culpa pertenecen al hecho típico, es decir, representan elementos del *Tatbestand*. Welzel en persona declara que, más allá de todo personal particularismo, y de toda variante posible, se puede llamar finalista a quien quiera que, en última instancia, acepte la fórmula: «Vorsatz nicht mehr zur Schuld, sondern zur Tatbestand», es decir, que el dolo no pertenece ya a la culpabilidad sino al hecho típico.

---

(\*) *Es el texto en lengua española de dos conferencias pronunciadas en los días 14 y 19 de septiembre de 1990 en la Universidad de Moron (Buenos Aires). Traducción de María Isabel Rada (Perugia-Italia).*

Hoy en día, esta concepción ha sido acogida por el noventa por ciento de los estudiosos alemanes y ha encontrado difusión y adhesión en muchos otros países como España (con Cerezo Mir, Muñoz Conde, Gimbernat Ordeig, Quintero Olivares, Suárez Montes, Mir Puig, Bustos, etc.), Portugal, Austria, Suiza, Grecia, Japón, África del Sur, Corea del Sur, y en general, en la mayor parte de los países de Latinoamérica, especialmente Argentina (en la cita me circunscribo a nombres como Lima Quintana, Zaffaroni, Malamud, Gotti, Bacigalupo, Pessoa, Creus, Ramos Mejia, Maldonado, Sancinetti, etc.) y principalmente en Brasil (con Mestieri, Luigi Fragoso, Munhoz Neto, Damiano Jesús, Pierangeli, Assis Toledo, Tavares, Silva Franco, Andreucci, Dotti, Mirabete etc.). Por el contrario, en Italia, desde su origen, se ha ido formando una notable resistencia para su aceptación. Se puede afirmar que no más del cinco por ciento de los estudiosos italianos se ha pronunciado a favor de esta nueva concepción. Me limito a recordar, además del mío, sólo estos nombres: Dario Santamaría, Angelo Raffaele Latagliata, Carlo Fiore. Sin embargo, de los autores mencionados, sólo Latagliata y yo manifestamos, en la actualidad, la voluntad de permanecer fieles a tal elección.

La verdad es que la doctrina italiana se muestra contraria en considerar el elemento subjetivo como elemento del hecho típico y, por tanto, como «portador del desvalor del ilícito», porque teme que, de tal manera, llegue a ser grande el peligro de debilitar las garantías que la Constitución italiana asegura a los derechos de libertad del ciudadano. Se observa, por tanto, en la teoría finalista, un remarcar el elemento subjetivo en detrimento del objetivo, con el consecuente peligro de una hipersubjetividad del ilícito penal y, en tal modo, de su instrumentalización autoritarística, es decir, de un abuso de poder por parte del tribunal en perjuicio del individuo.

La preocupación por conservar, defender y más bien incrementar lo más posible las garantías de los derechos del hombre, y entre todos, en primer lugar, el derecho de libertad —preocupación que suele sintetizarse con la palabra «garantismo»— constituye, desde hace cuarenta años aproximadamente, desde la caída del fascismo al final de la segunda guerra mundial, el leitmotiv, es decir, el motivo predominante en la doctrina italiana.

Bajo el empuje de tal preocupación, gran parte de los partidarios de la doctrina italiana (principalmente Marcello Gallo, Franco Bricola, Guido Neppi Modona) se ha orientado hacia una dirección que hasta parece *opuesta* a la asumida por Welzel. Tomando como base la interpretación de algunos artículos de nuestro código (principalmente los artículos 43 y 49, párrafo segundo) se ha afirmado que, en nuestro sistema jurídico, junto al principio de estricta legalidad, y por tanto de tipicidad, existe además un principio al que se denomina «de necesaria ofensividad». Según tal principio, para que el juez pueda llegar a

incriminar a un sujeto, no es suficiente que éste haya realizado una acción que corresponda al modelo legal descrito por el legislador, es decir, al hecho típico. Es necesario, además, que este hecho se traduzca, *in concreto*, en lesión o en motivo de peligro, es decir, en la llamada *ofensa* al bien jurídico tutelado por la norma que incrimina.

Tal posición *antiformalista* supone —como puede verse fácilmente— que el desvalor del ilícito penal sea visto en el acto, es decir, en el resultado ofensivo de la conducta (en el ámbito del llamado *Erfolgstrafrecht*, o Derecho Penal del resultado). Por tanto, es comprensible que, asumida tal postura, sea difícil para nuestra doctrina aceptar las implicaciones de la teoría de Welzel: principalmente aquella según la cual el desvalor penal sería un desvalor de conducta (es decir, un *Handlungstrafrecht*, o *derecho penal de la conducta*), y el ilícito tendría por tanto un carácter personalístico en cuanto centrado en la modalidad de la conducta, más bien que en la entidad del resultado.

En realidad, —a nuestro parecer— podría augurarse una «subjetivización» mayor por parte del ilícito, y precisamente en nombre de las peticiones de garantía: esto porque la subjetivización, *si es rigurosamente orientada en el respeto del principio de estricta legalidad*, no hace sino restringir la esfera de la incriminación por medio de una búsqueda de la existencia de *ulteriores requisitos* respecto de aquellos meramente exteriores o materiales.

En efecto, es fácil comprender cómo el mismo principio de necesaria ofensividad llegar a adquirir mayor fuerza de garantía si, junto al requisito material de lo perjudicial o lo peligroso del *resultado*, se exigiese además la verificación del desvalor específico de la conducta, como manifestación de la actitud interior del agente.

En verdad nosotros no concordamos con esta tendencia de la mayoría de la doctrina italiana de querer permanecer anclada en el Derecho Penal del resultado. Nos adherimos a la doctrina finalista de Welzel y a su concepción personalista del error, es decir, del Derecho Penal de la conducta. En resumidas cuentas se puede llegar al mismo resultado de garantía que nuestra doctrina alcanza gracias al denominado principio de *necesaria ofensividad*, siguiendo otro camino, por ejemplo, el del llamado principio de la social adecuación de la conducta, principio teorizado también por Welzel. En fin, no se entrevé ningún peligro contra el derecho de libertad del individuo en la tesis finalista, según la cual el dolo y la culpa no pertenecen a la culpabilidad sino al hecho típico. Todo lo contrario, considero que, al concebir el dolo como elemento objetivado en el hecho, y al introducirlo consecuentemente en el tipo descriptivo, se solicita al juez un examen *objetivo* de un requisito que sirve para reforzar las garantías del individuo de modo mucho más seguro del que se obtiene al dejar insertado el dolo en la esfera, puramente valorativa,

del juicio de culpabilidad, y al anclar, así, el desvalor del hecho en el resultado.

Sin embargo esta nuestra adhesión al finalismo, aún siendo por otro lado total, deja de serlo precisamente en un punto de importancia decisiva, es decir, en el modo de concebir la esencia y la estructura del dolo. *Si es verdad que el dolo pertenece al tipo, sin embargo, no es verdad que el dolo consiste en el fin de la acción.*

Sólo una pequeña parte de los hechos dolosos estriba en un hecho intencional, es decir, en la realización de un resultado que el sujeto ha visto como fin de su acción.

Se trata de casos del llamado *dolo directo de primer grado*, o intencional. En cambio, queda claro que, en el llamado *dolo directo de segundo grado*, o *indirecto*, no se puede determinar ninguna relación finalista, o de intención, es decir, cuando el resultado no ha sido querido directamente por el agente aunque haya sido previsto por el sujeto como consecuencia cierta o muy probable de otro suceso querido (por ejemplo: quien atentare a la vida de un jefe de Estado lanzando una bomba en un lugar donde éste, junto con otras personas, se encontrare, en realidad tiene sólo la intención de matar al jefe de Estado y no a las demás personas). Tanto más, no se entrevé ninguna finalidad al realizar el resultado en el llamado *dolo eventual*: se prevé este resultado sólo como es posible, el sujeto no lo desea, ni siquiera indirectamente, pero acepta sólo el riesgo del mismo.

Sin embargo, existen también casos en que, aunque el resultado se finalice, no por ello puede hablarse de dolo directo de primer grado; como por ejemplo, hechos en que, si bien existe un engaño por parte de un sujeto en relación a otros, dicho engaño tiene relevancia sólo civilmente porque en él está ausente el fraude que constituye un crimen, presupuesto necesario para el delito de estafa.

Contrariamente, existen hechos de dolo *directo de primer grado* en los que falta la finalidad o intención, como en los delitos impulsivos (ej. golpes), o de ímpetu (ej. injurias), o pasionales (ej. actos obscenos).

Hay también acciones basadas en la finalidad que dan lugar a delitos no ya dolosos sino culposos. Así, por ejemplo, un homicidio culposo cometido cuando se conduce un vehículo con intencional exceso de velocidad; o bien, el suministro culposo de medicinas peligrosas para la salud pública.

Análogamente, no dan lugar a dolo sino a culpa aquellas hipótesis que la doctrina italiana denomina de *culpa impropia* por estar caracterizadas por la voluntad del resultado mientras, como es sabido, la regla exige que, en los delitos culposos, en contrario, el resultado no sea querido. Se trata de las tres siguientes hipótesis: a) el error de hecho acerca de la existencia de una causa de justificación (ej. legítima defensa putativa); b) el exceso culposo en las causas de justifica-

ción: c) el error de hecho determinado por culpa (ej. quien incendia un terreno creyendo, por error en cuanto a la delimitación, que es de su propiedad).

Existe también el problema del *elemento subjetivo* de las faltas menores, denominadas contravenciones, problema que en Italia ha nacido porque nuestra ley no distingue entre contravenciones dolosas y contravenciones culposas para la medida de la pena; por tanto, se piensa que aquellas basadas en una voluntad orientada de modo finalista (como, por ejemplo, molestias o fastidios causados a personas) se deben considerar relevantes sólo como culposas, y no como dolosas: si es indiferente la existencia o la inexistencia de lo intencional, entonces se debe llegar a la conclusión de que estos ilícitos tienen relevancia penal siempre y sólo a título de culpa, aunque, concretamente, pueda existir la finalidad.

Por último, existe el problema del dolo en los delitos de *omisión llamados de pura omisión*. En tal caso, el mismo Welzel admite que muchas veces ni siquiera puede concebirse una *efectiva y actual* intención o finalidad respecto de la omisión, es decir, de la conducta omisiva dolosa. De tal manera, por ejemplo, en la omisión de socorro, el sujeto, aunque concretamente no haya tomado ninguna *decisión* de no socorrer, de hecho puede encontrarse en dolo tan sólo por tener conciencia del deber o de la posibilidad de socorrer, también a pesar que dicha conciencia sea sólo latente, es decir, se encuentre a nivel preconsciente. Hasta existen casos (como, por ejemplo, el de la omisión de actos de oficio) en los que el sujeto efectivamente puede omitir, o sea no cumplir con su deber y, no obstante, encontrarse sólo en culpa y no en dolo; esto sucede cuando la voluntad de omisión se puede remontar a pura negligencia y no a mala fe.

Ahora bien, si en toda esta fenomenología jurídica asistimos a casos en los que existe dolo aunque en el sujeto no exista finalidad o intención alguna para realizar el resultado, y viceversa, nos encontramos ante casos en los que, por el contrario, existe tal finalidad o intención pese a la que no es posible reconocer en éstos la presencia del dolo, entonces es menester llegar a la conclusión de que, en oposición a las aserciones de la teoría finalista de la acción, *el dolo no es finalidad*, o poco tiene que ver con ella.

¿En qué consiste, entonces, el dolo? A esta altura, surge esta interrogante: ¿es verdaderamente inevitable retroceder y refugiarse en el tradicional postulado —acogido por la teoría clásica o causalista de la acción— según el cual el dolo sería «la previsión y la *volición* del resultado» según la noción dada por el artículo 43 del código italiano vigente?

¡Claro que no! Si es verdad que el dolo no es *finalidad* o intención del resultado, también es verdad que el dolo no es tampoco *voluntad* del resultado. ¿Es verdaderamente posible decir que, en el dolo direc-

to de segundo grado, quien atentare a la vida del jefe de Estado con una bomba quiera en realidad matar también a las personas que lo circundan? Y también si así fuera, ¿cómo puede afirmarse realmente que, en el dolo eventual, el resultado previsto como posible, y del que se acepta sólo el riesgo, deba además reputarse como voluntario? Una cosa es aceptar el riesgo de una consecuencia, y otra, totalmente diferente, ¡es quererla! Si un héroe en fuerza acepta su trágico destino, esto no significa que lo quiera.

Y ¿qué voluntad del resultado es precisamente detectable en los llamados delitos de ímpetu, y en aquellos impulsivos o pasionales en los que, a lo sumo, es solamente la conducta a ser abordada por la voluntad?

Asimismo, debe reconocerse que puede existir la voluntad de realizar un resultado dañoso sin que haya dolo, como en el caso de engaños dañosos, cuya relevancia atañe al Derecho Civil en cuanto no constituyen delito de estafa.

Además, las susodichas tres hipótesis de la llamada culpa impropia (como, por ejemplo, la legítima defensa putativa) son casos de culpa y no de dolo, aunque subsista la voluntad en el resultado de lesión. Voluntario puede ser también el exceso de velocidad que ha provocado el accidente del automóvil así como suministrar medicinas peligrosas para la salud pública, pese a ello, se trata de delitos culposos y no dolosos.

Pueden ser también voluntarias las conductas de contravención y, pese a a ello, se trata de contravenciones culposas y no dolosas.

En las meras omisiones puede estar ausente la voluntad de omitir y, sin embargo, puede existir el dolo (como en la omisión de socorro). Por el contrario, puede existir la voluntad de omitir y, sin embargo, no existir dolo (como en la omisión de actos de oficio debido a pura negligencia).

Y ¿cómo sería posible graduar la intensidad del dolo (como establece el art.133 de nuestro código) si la esencia del dolo fuera reconocible sólo en la voluntad?

Una voluntad existe o no existe: *tertium non datur!*

Así que, es menester reconocer que, si la teoría finalista yerra en identificar el dolo con la finalidad de la acción, ¡tampoco acierta la concepción clásica cuando hace coincidir el dolo con la voluntad en el resultado!

Claro está que en la práctica cotidiana del derecho, una noción de dolo como voluntad de realizar el resultado —por más aproximativa e insuficiente que pueda ser para abarcar o para explicar una serie de fenómenos como los arriba descritos— resulta tolerable si tal praxis se basa, precisamente, en el uso corriente del lenguaje y en el sentido común. Pero la doctrina no se puede quedar satisfecha con pseudo-conceptos ni con pseudo-definiciones: ésta se halla en la perenne bús-

queda de nociones que, en lo posible, sean correctas y satisfactorias desde el punto de vista *científico*. ¡Ni nada más, ni nada menos que esto!

Ahora bien, en el ámbito de la doctrina alemana, por parte de aquellos autores que han mostrado mayor intolerancia hacia los criterios formalistas usados por la dogmática tradicional para solucionar tales problemas (como Platzgummer, Ambrosius, Streng, Haffke, Schewe, Schmidhäuser, Armin Kaufmann, Grünwald, Stratenwerth, etc.), a partir de 1964 (fecha del fundamental trabajo sobre el dolo de Platzgummer), no se han dejado de evidenciar meditadas propuestas cuya intención es la búsqueda de una convincente respuesta al problema sobre la esencia del dolo.

En el ámbito de la doctrina italiana —y de manera cabalmente independiente al desarrollo que el debate análogo contemporáneamente ha tenido en el seno de la doctrina alemana —también nosotros nos hemos ocupado *ex profeso* del mismo problema con un aporte publicado en el *Archivio penale* de 1966 bajo el título de «Conciencia y voluntad en la teoría del dolo».

Las dos investigaciones, la alemana y la nuestra, aun moviéndose hacia una misma dirección, es decir, hacia la búsqueda de la esencia del dolo, sin embargo han avanzado sobre planos diversos.

En Alemania, se han substancialmente ocupado en someter a análisis a uno de los dos momentos que tradicionalmente componen la noción de dolo, y precisamente, al momento de la representación o previsión; de tal manera, llegaron al «descubrimiento» de que, en muchas situaciones, no es posible esperar del sujeto, que se encuentra en dolo, una *efectiva y actual* conciencia o conocimiento no sólo de los elementos normativos, o de evaluación del hecho típico, sino también de aquellos naturales o descriptivos, además de las circunstancias concomitantes con el hecho mismo. Según Platzgummer, Ambrosius, Schmidhäuser, Schewe y otros, para que haya dolo es suficiente que el sujeto, de tales elementos y de tales circunstancias, posea una conciencia activa sólo *en potencia* o *latente*; en esencia, se trataría de un conocimiento implícito, a nivel *preconciente* o *subliminar*, una especie de «con-conciencia».

Por lo que se refiere a la conciencia de la antijuridicidad, esto es evidente, de modo particular, en todos los delitos llamados instantáneos, en los de ímpetu y en aquellos condicionados por estados emotivos y pasionales.

Como ya había notado Welzel, en todas estas formas de injusto, como también en muchísimas otras, el sujeto, a lo sumo, podrá «saber» que el hecho constituye un ilícito así como tiene conocimiento de las reglas de aritmética, por ejemplo las de la suma y resta, y de muchas otras cosas más, aunque en el momento en que comete el hecho no piense absolutamente en ello.

Pero esta conciencia latente o «con-conciencia» a menudo está presente para los elementos naturalistas descriptivos y para las circunstancias. Así, por ejemplo, al sujeto se le imputa de corrupción de menores aunque en el momento del hecho no haya reflexionado sobre la edad de la persona ofendida, edad que, de todos modos, conocía con anterioridad al mismo hecho. De igual manera, en los delitos de pura omisión (como, por ejemplo, la omisión de socorro), sucede, a menudo, que el sujeto no se da cuenta de que, en una situación concreta, existen sea los presupuestos de hecho de donde deriva su deber de realizar algo como también la posibilidad, por parte suya, de hacer algo según la específica necesidad. Y, pese a ello, —según Armin Kaufmann, Stratenwerth y otros— él se debe a considerar en dolo conforme a su conciencia latente o subliminar. Razonando de diferente modo, es decir, exigiendo de los sujetos una conciencia real y activa se premiaría a aquellos más cínicos e insensibles; éstos, justamente por ser tales, ni por un segundo reflexionarían sobre el deber, como tampoco sobre sus presupuestos de hecho, ni sobre la posibilidad de hacer algo en el sentido impuesto por la norma.

De tal manera, no hay duda de que uno de los dos momentos fundamentales del concepto del dolo, el de la previsión-representación ha sido radicalmente redimensionado. Y, como hemos dicho, todo eso se debe a los resultados de las investigaciones llevadas a cabo por la teoría alemana.

Sin embargo, en nuestro trabajo de 1966 precedentemente citado, como también en una serie de trabajos sucesivos, nos hemos preocupado en profundizar ulteriores y aún más importantes aspectos del problema.

Ante todo, por lo que se refiere a la *conciencia de la antijuricidad* penal, también nosotros hemos subrayado que se trata sólo de una conciencia preexistente al hecho mismo, que rara vez el sujeto pone en acto en el momento de su cometido (como se hace con las reglas de aritmética). Pero hemos subrayado además que, si se observa detenidamente, esta misma conciencia, preexistente y en potencia, representa, para quien delinque, un «saber» puramente *memónico y formal* que nada tiene que ver con una real y auténtica conciencia del significado del desvalor jurídico del hecho y de sus variadas, concretas implicaciones éticas y de sanción.

Puesta así en discusión la efectividad de la conciencia de lo ilícito, luego nos hemos dedicado al análisis del real peso de otro dogma: aquel que considera a la conciencia y a la voluntad como primer inderogable presupuesto para la realización no sólo de los delitos dolosos sino también de los culposos. En efecto el art. 42, primer párrafo, de nuestro código establece, con claridad, que «nadie puede ser castigado por una acción u omisión... si no la ha cometido con conciencia y voluntad».

Y bien es mérito de la doctrina italiana, y principalmente de Francisco Antolisei, haber revelado que existen numerosos hechos culposos en los que el resultado no se puede unir a una *efectiva* conciencia y voluntad. Se trata del llamado fenómeno de los automatismos, es decir, de resultados causados, por el sujeto debido a un error, a un descuido, a un olvido, a un acto reflejo, instintivo, habitual, etc., como, por ejemplo, aquel del cirujano que olvida un tampón de gasa en las vísceras del paciente provocándole la muerte; aquel del fumador distraído que causa un incendio al arrojar la colilla todavía encendida; aquel de la madre que, mientras duerme, sofoca con su cuerpo al neonato que ella misma ha colocado a su lado, etc. En todas estas hipótesis, la doctrina italiana, en lugar de conciencia y voluntad, utiliza, de modo mucho más genérico, la palabra latina «sultas» que significa «lo que es atribuible a la capacidad de querer» del sujeto, o mejor, «el hecho pertenece a su personalidad».

En lo que a esto se refiere, nuestra investigación personal ha trascendido semejantes conclusiones, desde hace tiempo asimiladas por la doctrina italiana. Al cabo de nuestra tarea, hemos llegado al «descubrimiento» de que este fenómeno de los automatismos no se puede relegar a una serie, algo limitada, de casos marginales y, por ende, no se lo puede considerar, *sic et simpliciter*, como «la excepción que confirma la regla» de la necesidad de la conciencia y voluntad.

Si se observa detenidamente, no sólo una parte de los delitos culposos, grande o pequeña que fuere, sino *todos ellos sin distinción* encuentran solución, en última instancia, en alguno de los llamados «mecanismos» intersíquicos. Al fin y al cabo, los hechos culposos constituyen, por sí mismos, «accidentes» caracterizados por aquella falta en la función de control que es propia del Yo del sujeto, falta normalmente denominada también «defecto de atención» o «ligereza». Tanto que muchos autores (entre ellos Mezger y Bettiol) suelen vislumbrar en esto la esencia constante y universal del fenómeno de la culpa.

Tal es así que el mencionado fenómeno de los automatismos y, por lo tanto, el defecto de atención, se muestra no ya como una excepción, sino esencialmente como «la regla»; esto se puede interpretar de la siguiente manera: la *ausencia* de conciencia y voluntad, y no la presencia de las mismas, constituye el primer inderogable presupuesto de los hechos culposos.

Si de los hechos culposos se pasa luego al campo de los hechos dolosos, no varía mucho el sentido del discurso —aunque pueda resultar sorprendente. Ya hemos visto que realmente conscientes y voluntarias, en el verdadero y efectivo sentido de las palabras, son sólo las conductas practicadas con dolo directo de primer grado, llamado también intencional; y hemos visto además que no todas las conductas de este tipo pueden ser consideradas como sostenidas *in*

*toto* por la representación y por la intención del resultado criminal, no siendo tales, por ejemplo, las llamadas *Affekthandlungen*, es decir, las acciones impulsivas, instintivas y pasionales.

Conciencia, intención, finalidad y voluntad —elementos todos que desde hace tiempo la doctrina considera como piedras miliarenses en el *iter* de reconstrucción del concepto unitario del delito— una vez que han sido analizadas de este modo, y estudiadas desde varios ángulos, se han así demostrado evanescentes y evasivas.

Hemos acabado aquí con nuestro estudio sobre la parte crítica del sujeto. Veremos ahora cuáles son los argumentos que nos parecen útiles para la reconstrucción dogmática del concepto de dolo bajo la luz de la moderna criminología y las importantes implicaciones que esto contiene para todo el sistema del delito.

\* \* \*

Parece oportuno resumir aquí lo que hemos hasta ahora explicado.

Anteriormente hemos evidenciado el contraste entre las dos concepciones básicas que hoy se disputan el campo del Derecho Penal: aquella del «Derecho Penal de la conducta», llamada también concepción personalista del injusto y aquella del «Derecho Penal de resultado».

Hemos dicho además que la primera concepción va teniendo siempre mayor acogida y difusión, además de Alemania, en todos los otros países que siguen el método dogmático para la elaboración del concepto de delito, con excepción hecha por las áreas lingüísticas de influencia inglesa y francesa. Por el contrario, es la concepción tradicional, que ve en el resultado el «centro de gravedad» del desvalor del ilícito, la que todavía domina en Italia sobre todo debido a mal entendidas preocupaciones de garantía en relación a los derechos individuales de libertad.

Nosotros seguimos la primera concepción, y sostenemos que —como ha afirmado Welzel— el dolo pertenece al hecho típico y no a la culpabilidad.

Aún declarándonos, por esta razón diríamos «mínima», entre los seguidores de la teoría finalista de Welzel, es decir, aun considerándonos también nosotros entre los «finalistas» en sentido lato y además metafórico, sin embargo, nuestra idea diverge de la de Welzel en un punto de extrema importancia: en cuanto a la naturaleza y a la estructura del dolo.

Según nuestra opinión, el dolo no puede identificarse ni con la «previsión-volición» del resultado, ni tanto menos con la «finalidad» o intención de realizar el mismo.

Semejante coincidencia solo es detectable en un número muy restringido de delitos, y precisamente en los denominados de dolo *directo*, *rectius*, de dolo directo *de primer grado*, y, si se observa detenida-

mente, ni siquiera en todas las formas de los arriba mencionados delitos: se excluyen, por ejemplo, los llamados *Affekthandlungen*, los actos impulsivos, pasionales o de ímpetu, en los que el sujeto no ha tenido el tiempo o la posibilidad de reflexionar a menudo ni siquiera un instante, sobre el objeto del dolo.

Pero ni siquiera el llamado dolo directo *de segundo grado*, o indirecto, como también aquel *eventual*, tienen nada que ver con fenómenos de psicología común como la voluntad y la finalidad. Existen, además, hechos finalizados y voluntarios orientados hacia el resultado dañoso, que sin embargo no constituyen delito (por ejemplo: engaños relevantes sólo civilmente); como también hay hechos voluntarios (como los tres ya mencionados casos de culpa impropia), en los que el sujeto se hace cargo de los mismos, a título de culpa, aunque por mera coherencia lógica se lo hubiera tenido que inculpar por dolo ya que existía la voluntad del resultado. Existen, además, hechos dolosos de omisión en los que falta la decisión de omitir (es decir, la voluntad o la intención de omitir) y, pese a ello, seguramente nos hallamos ante un dolo y no ante una culpa (como en la omisión de socorro). Mientras, en otros casos de omisión, se trata de culpa, y no de dolo, cuando la conducta fuera efectivamente querida, pero de todos modos determinada sólo por negligencia, y no por mala fe criminosa (ej.: omisión voluntaria, pero no dolosa de actos de oficio).

Todas estas consideraciones, junto a otras ya expuestas, ponen en evidencia la necesidad de abandonar la postura tradicional —basada en la psicología empírica o del sentido común— que considera el dolo penal como sinónimo de la voluntad de delinquir.

En Alemania, a partir del año 1964, numerosos escritores han destacado que en muchos casos, para que haya dolo, es suficiente un mero conocimiento de potencia, o latente, o a nivel subliminar de los elementos que constituyen el delito o de las circunstancias.

En cuanto a Italia, con nuestro ya citado trabajo sobre el dolo que lleva la fecha de 1966, nosotros nos hemos ocupado de los otros aspectos no menos fundamentales del concepto de dolo; nos hemos ocupado, precisamente, de aquellos conceptos que se refieren a la conciencia de la antijuricidad, y a la llamada *suitas* en los delitos culposos, además principalmente, nos hemos ocupado del problema básico de la voluntad de dolo.

Hecha esta breve síntesis de los principales puntos que desarrollamos la primera parte de esta investigación, plantaremos ahora los resultados obtenidos.

Desde hace más de un siglo la doctrina juspenalista tiene la costumbre de buscar en el sentido común o en el uso común del lenguaje o, a lo sumo, en una psicología orientada a lo empírico, y practicable de modo elemental, la solución a cuestiones básicas que infaliblemente surgen cuando se analizan los elementos estructurales del concepto de delito.

En esta tendencia doctrinal debe verse el persistente uso de los conceptos de conciencia y voluntad en la determinación de la esencia del elemento subjetivo.

Sin embargo, esta explicación «racionalista», o sea *racionalización*, del fenómeno de dolo no se remonta a tiempos lejanos. Nuestra doctrina acoge tal exégesis fundamentalmente de Carrara y de su concepción innovadora del «delito como ente jurídico», más bien que, *sic et simpliciter*, como hecho ético-social relevante jurídicamente. Pero hasta la segunda mitad del siglo pasado, y ya desde el derecho romano, pasando por el medieval e intermedio la clave para el conocimiento de la noción jurídica del dolo —clave tan difundida que llegó a ser casi un lugar común— siempre había sido de naturaleza *irracional* es decir, *emocional*. *Dolus malus* ha significado —y no por siglos sino por milenios diría— el *animus nocendi* en sus infinitas variantes de *animus occidendi*, *furandi*, *injurandi*, *decipiendi*, *diffamandi*, *lucrificandi*, *laedendi*, y así sucesivamente.

Expresiones como *astus animus*, *inigus animus*, *iratus animus*, *animosus animus* («edicto de Rotari»), *dolosus animus* («Capitulare italicum»), *animadversio*, *pravitas*, *mala fides*, *prava voluntas*, etc., se hallaban, de continuo y a la orden del día, en todas las aulas de los Tribunales del mundo occidental, en los que se ha juzgado según las reglas y los criterios derivados del derecho romano. Aun hoy en día, hojeando las diferentes codificaciones de tipo occidental o las relativas doctrinas en la búsqueda de elementos que indiquen la noción de dolo, es fácil topar con expresiones cargadas de emocionalidad como la *Gesinnung* antisocial del actual Código Penal de Alemania Federal, la *mens rea*, y principalmente el *evil intent*, y la *malice*, de los sistemas jurídicos anglosajones, la *böse Absicht* del código austríaco, la *malicia* y *alevosía* del código español, etc.

Todo esto es revelador, y útil para confirmar, una vez más, la conclusión surgida anteriormente: es decir que el planteo tradicional del elemento subjetivo en clave *racional-formalista* —aunque parezca lo opuesto— realmente no logra dar verdadera razón de la esencia del fenómeno, sea éste doloso o culposo.

Quede bien claro —conviene repetir, y subrayar una vez más— que no nos proponemos invalidar la credibilidad, ni quitar legitimidad al uso que, en el lenguaje de la praxis de los Tribunales, continúa haciéndose de las palabras de previsión y de volición al fin de connotar por los diferentes aspectos de dicho fenómeno. Lo que aquí interesa, por el momento, es únicamente el aspecto de una precisión *teórica* de conceptos que deben resultar válidos en el campo *científico*; como veremos, esto no excluye que precisamente tales conceptos conduzcan a consecuencias y a implicaciones que son de naturaleza extra-teórica, es decir, eminentemente práctica.

Ahora bien, en esta dirección nos parece que haya llegado el momento para la dogmática jurídico-penalista de no confiar más en el sentido común, ni en el uso común del lenguaje, como tampoco en la psicología denominada empírica, para la reconstrucción de los conceptos y de las instituciones jurídicas. Hoy las ciencias psicológicas y sociales que se orientan hacia el fenómeno de lo criminal —en una palabra, la moderna criminología— han alcanzado un grado tal de desarrollo que logran proporcionar, aunque sea parcialmente, aquellas respuestas unívocas que, en cambio, antes negaban a las numerosas cuestiones propuestas por la dogmática.

En el interior de tal variedad de respuestas sobre el elemento subjetivo, nos parece que por lo menos una es digna de privilegio y, por tanto, merece ser considerada en el campo puramente dogmático: es precisamente la respuesta ofrecida por la psicología llamada dinámica, o profunda, cuya matriz, como es sabido está en el psicoanálisis de ortodoxa derivación freudiana.

Necesario es aclarar que en esta sede específica no importa examinar el amplio y complejo problema de la llamada *criminogénesis*, problema orientado a la verificación de los mecanismos interpsíquicos y de los factores ambientales concomitantes que han determinado a un sujeto, o «al sujeto» en general, hacia la realización del delito. Se trata de un problema que incumbe, pura y exclusivamente, a la investigación criminológica, y que sólo indirectamente puede atañer a una ciencia normativa como quiere ser la dogmática penalista.

En este ámbito dogmático, la aportación criminológica puede en último análisis ser relevante sólo al limitado fin de una correcta y exhaustiva individuación de la naturaleza y de la estructura del elemento subjetivo.

Ahora bien, en términos psicodinámicos, lo que normalmente se suele indicar con la palabra «voluntad» significa el ejercicio de una función de control y de dirección por parte del Yo sobre la esfera de los propios impulsos instintivos (la esfera denominada del Es o Ello) Un sujeto «quiere» lograr un determinado resultado en el mundo exterior en cuanto, no sólo tiene la capacidad de «disponer» o de «pilotear» los propios impulsos interpsíquicos, sino que también se dispone con conciencia, es decir de manera finalista, en tal dirección.

Al querer analizar más de cerca las diferentes formas de manifestación del elemento subjetivo o psicológico, inmediatamente se advierte cómo tal control, o guía, falta completamente, e *in radice*, en los hechos *culposos*. Aquí, no sólo el inconsciente «asume el predominio» sobre el Yo, sino hasta lo burla, haciéndolo «responsable» del hecho a despecho suyo, es decir sin saberlo él, y en oposición a su efectiva actitud consciente. En síntesis, en el hecho culposo el Yo del sujeto es engañado por el Ello, y por tanto, convertido en «dupe de soi-même» o sea pelele de sí mismo; la responsabilidad que nace en

él consiste precisamente en no haber sabido ejercitar, como es debido, el propio deber de control y de «revelación» sobre los propios impulsos que obran en él de manera inconsciente; en otras palabras, tal responsabilidad consiste en haber actuado «con ligereza», habiendo permitido que faltara el propio poder-deber de «atención». De aquí, el cúmulo de actos no logrados (olvidos, descuidos, etc.) y de actos automáticos, como los impulsivos, reflejos, instintivos, habituales, etc.

Lo que después ocurre en el ámbito del *dolus malus*, que es semejante y diferente al mismo tiempo. Nótese que también aquí el inconsciente «asume el predominio sobre el Yo»; pero, mientras en la culpa esto sucede de manera capciosa y evasiva, en el dolo se comprueba que es el Yo del sujeto que «monta en grupa al caballo» de los instintos. Aquí, el Yo «adquiere», «dice que sí» a la petición negativa, porque es antisocial, emergente de los impulsos mencionados; es decir, el Yo, en actitud consciente de «compliance» toma el rumbo seguido por los impulsos. En esencia, el Yo se hace «cómplice» del propio inconsciente orientado hacia lo antisocial, o sea *colabora* con él, y consiente en dejarse transportar por los impulsos, hacia los que se siente atraído.

Así que, tal *actitud interior* de «compliance», tal *consciente adhesión a los propios dinamismos intersíquicos antisociales* representan el factor ulterior, el *quid pluris* que caracteriza el dolo y lo distingue de la culpa.

Queda asentado, de todos modos, que la llamada voluntad no se encentra a la raíz ni de la culpa ni del dolo. Como se ha dicho, en ambos casos es el inconsciente que «asume el predominio sobre el Yo»; en ambos casos estamos ante lo que puede definirse como el *coeficiente psíquico unitario y básico de la criminalidad*, coeficiente que no consiste en aquella función de control y de guía dada por la voluntad, como se cree erróneamente, sino precisamente en el contrario, es decir, consiste en el *no logrado o insuficiente control del Yo consciente sobre los propios impulsos antisociales*.

Ahora bien, semejante *actitud interior* de «consciente adhesión a los propios mecanismos intersíquicos antisociales» no es sino aquel aspecto afectivo, o emocional, del fenómeno del dolo que los clásicos —y aún hoy buena parte de las legislaciones y de las doctrinas de varios países, como también de la jurisprudencia italiana— solían recalcar con las expresiones, precedentemente mencionadas, de *animus nocendi, prava voluntas, mala fides* criminosa. Bajo la influencia de Carrara, la doctrina italiana se ha encargado de «remover», con obstinado cuidado, ese aspecto emotivo, o emocional, para adherir a una noción de dolo puramente ascética y racionalista-formal; noción que aún aparece en el citado art. 43 del Código Penal italiano, y que, por tenaz error, se la ha considerado, y se la sigue considerando, más

correcta en el campo científico, como también más funcional para la praxis técnico-jurídica.

En síntesis, por dolo debe comprenderse no ya la formal, racional y anodina «previsión y volición del resultado» sino la *actitud interior* antisocial que el sujeto manifiesta en su conducta delictiva; debe comprenderse precisamente lo que, en el seno de la doctrina alemana, se suele connotar con la palabra llena de significado *Gesinnung*. Un gran jurista, como Franz von Liszt, fue quien hizo hincapié sobre este concepto para estructurar, sobre él, toda su teoría de la culpabilidad. Avanzando en el tiempo, su postura fue seguida por autores de la altura de Kohlrausch, Eberhard Schmidt, Allfeld, Max Ernst Mayer, Erik Wolf, Engisch, y, más cercanos a nosotros en el tiempo, Bockelmann, el mismo Welzel y luego Gallas, Schönke, Schröder, Schmidhäuser, Hardwig, Herren, Stratenwerth, Wessels y además el mismo Hans Heinrich Jescheck, autor del más importante tratado moderno alemán de Derecho Penal. Por fin el actual Código Penal de Alemania Federal la acogió en su párrafo 46, II como fundamento de la culpabilidad.

En la doctrina italiana, sólo en los años sesenta, fue Zuccalà quien primero recurrió a tal término, pero de manera extremadamente limitada, y circunscripta a determinadas categorías de delitos, llamados «de infidelidad». Sucesivamente, nosotros, y por vez primera, en el ya citado trabajo sobre el dolo, con fecha de 1966, hemos utilizado esta idea como gozne para toda la teoría general del delito, y al fin específico de connotar el dolo y no la culpabilidad, como en cambio se había hecho en Alemania. En años posteriores, se adueñó felizmente de tal nuestra idea, uno de nuestros juristas más ilustres, Giuseppe Bettiol, muy conocido también en España y Portugal. Bettiol la sometió a un proceso sistemático de ampliación y, al mismo tiempo, de divulgación, en una serie de importantes escritos suyos (más de veinte), a partir de 1970 hasta los primeros años del ochenta, es decir hasta su muerte.

Pese a cierta diferencia de planteo entre nosotros y Bettiol (mientras para nosotros la *Gesinnung* es de naturaleza psicológico-naturalista, para el ésta posee en cambio una valencia ético-espiritualista), Bettiol ha captado plenamente la extrema importancia de esta nueva perspectiva dogmática, especialmente a la luz de las siempre más impelentes ciencias sociales. Basta leer en su Manual algunas frases en las que comenta la inserción de semejante idea en la esfera de la sistemática del delito: «estamos ante una exigencia revolucionaria del derecho penal [...]. La noción posee en sí misma una carga explosiva capaz de fragmentar todos los viejos andamios lógico-sistemático-formales». Por tanto, no debe sorprendernos si el destino de la introducción de este concepto en la doctrina es el de hallar fuertes resistencias: se ha temido y se teme, para usar una vez más las palabras textuales de Bettiol, «la concatenada explosión atómica de la noción

misma», por lo que se han tenido que erigir «refugios atómicos para defenderse de sus radiaciones».

En realidad, en la doctrina italiana son numerosas las críticas que ha suscitado nuestra postura sobre la naturaleza del dolo. Muchos autores, también ilustres, como Franco Bricola y Ferrando Mantovani, han manifestado el temor de que ésta pueda constituir una fractura insanable en los principios de garantía en cuanto a los derechos individuales de libertad asegurados en nuestra Constitución; se recela, en fin, que, dando relevancia a la actitud interior, se traicionen el fundamental principio básico *del hecho* y, por tanto, el principio mismo de estricta legalidad (*nullum crimen sine lege*) sancionado por el art. 1 de nuestro código hasta caer en una especie de «Derecho Penal del autor» muy similar a aquel *Täterstrafrecht* difundido en Alemania durante el período nazi.

Pero no fue absolutamente difícil responder a semejante crítica.

El principio básico de garantía, aquel de la *responsabilidad por el hecho*, no se discute en absoluto. Aceptar la visión del dolo como *actitud interior*, es decir, como *mala fe* criminosa, no significa renunciar, ni siquiera en parte, a la soberana exigencia del llamado *Tatbestand*, o sea de la conformidad del hecho concreto al modelo legal descrito por el legislador, en una palabra, al principio de la *tipicidad*. Esta visión del dolo significa sólo añadir *algo más* a la susodicha exigencia, es decir, pedir un *quid pluris* que, justamente por ser un elemento ulterior respecto de los elementos meramente materiales del hecho típico, desarrolla necesariamente un rol restrictivo en cuanto a la responsabilidad y, por tanto, una valiosa función *correctiva* respecto de otro peligro, muy más real, aquel de la responsabilidad sin culpa, o sea, *objetiva*.

Así que, el principio de la *Gesinnung* —siempre que se lo capte correctamente— no hace sino favorecer a la certeza del derecho, así como a los derechos de libertad del individuo; por tanto, acaba por convertirse en una forma de garantía más firme y más precisa de aquella, que por lo general, se defiende tradicionalmente.

Pero, además de esta crítica de principio, han surgido en el interior de la doctrina italiana otras críticas mucho más incisivas y prolijas, contra nuestra concepción del dolo como actitud interior antisocial, es decir, como *animus nocendi*.

Así, Luigi Conti —a quien, a la muerte de Francisco Antolisei, se le ha deferido la tarea de encargarse y actualizar las sucesivas ediciones del clásico manual de aquél— ha reputado necesario evidenciar dos importantes aspectos del asunto.

En primer lugar, Conti subraya que, para semejante noción de dolo, no hay cabida posible en el texto literal de la «definición» de dolo —como «previsión-volición de resultado»— dada por nuestro legislador en el art. 43 del Código Penal.

Pero nótese bien que en el Código Penal italiano no existe ninguna «definición» legislativa del dolo y de la culpa. A lo sumo, se trata de un mero *criterio de reconocimiento* basado en el clásico binomio de «conciencia y voluntad».

Este criterio es de todos modos imperfecto en cuanto deja al descubierto, como se ha visto, las formas del dolo indirecto, o de segundo grado, del dolo eventual, del dolo de omisión, la llamada culpa impropia, etc. Además, aunque se tratara de «definición», se trataría de una norma sin algún carácter *preceptivo* y, en consecuencia, no sería vinculante para el intérprete: *lex jubet, non docet*; por tanto, correspondería en todo caso a la doctrina la tarea de integrarla. Una definición legislativa del dolo y de la culpa, en el fondo, no es necesaria en absoluto; tal es así que la definición está ausente en la gran mayoría de los códigos penales modernos, incluso en el español y en el argentino. Como afirmó el jurista romano Giavoleno, «*omnis definitio in jure periculosa, parum est enim ut non subverti possit*» o sea: toda definición jurídica es peligrosa simplemente porque puede ser fácilmente trastornada.

En segundo lugar, la crítica de Conti radica en que una noción de dolo como actitud interior, o *animus nocendi*, exigiría una más aguda introspección psíquica por parte del juez sobre el acusado; por consiguiente, aumentarían las dificultades en el campo de la prueba y, por otro lado, existiría una mayor posibilidad de arbitrio judicial.

Pero es fácil responder también a tal censura. En realidad, el Código Penal italiano exige, en muchísimos casos, una particular introspección psíquica por parte del juez.

Así, según el sistema de circunstancias de parte general, se agranda la pena, por ejemplo, si los motivos para delinquir son «abyectos o fútiles» o si el sujeto ha obrado «con sevicias o crueldad». También en la sección especial del código son muy numerosas las hipótesis en las que el juez debe establecer si el hecho fue realizado, por ejemplo, «por protesta», «por solidaridad», «por desprecio», con «actos de brutalidad u obscenos», o «de vilipendio», con «actos libidinosos» «fraudulentamente», y así sucesivamente.

De todos modos, dejando esto de lado, no debe olvidarse que cierto grado de introspección psíquica es indispensable en el proceso penal si no se desea que el proceso caiga en la más deteriorada superficialidad, y si se quiere de tal manera, alejarlo lo más posible de los errores judiciales.

En todo caso, aún admitiendo que evidenciando el requisito de la *Gesinnung* se agrava la dificultad de prueba, no por ello no debe tomarse en consideración: «*adducere incommodum non est resolvere argumentum*». Lo importante es establecer, una vez por todas, que en el campo *científico* es dolo ya no la simple conciencia y voluntad del resultado sino la actitud interior con que obra el sujeto. Será, luego,

tarea de la *praxis* lograr o no la aplicación *in concreto* de semejante principio. Cómo lograr tal aplicación es un problema sólo práctico, que nada quita ni agrega a la validez teórica del principio mismo. Como es sabido, ciencia y praxis se mueven sobre planos distintos, que no siempre coinciden; en efecto, la praxis debe recurrir a compromisos y a aproximaciones que para la ciencia son, y deben ser, justamente, ajenos.

Ahora bien, ¿por qué nosotros insistimos en este «nuevo» concepto de dolo?

Las razones son principalmente dos.

Ante todo, porque una noción del dolo anclada en los principios de la psicología criminal y, por tanto, de la criminología, permite superar definitivamente la tradicional fractura entre la dogmática y la criminología, que desde siempre ha dividido y divide profundamente estas dos ramas del saber. Ha llegado el momento de crear un puente, una conexión, un sólido y seguro «*traît d'union*» entre dos ciencias; de tal manera, la dogmática, en cuanto al elemento subjetivo se refiere, debe cesar de usar esquemas empíricos, aproximativos, inspirados en el sentido común, esquemas absolutamente carentes de base científica.

Como ha afirmado Jescheck, el futuro de la dogmática penal se orienta hacia una cada vez más cercana e indisoluble colaboración entre dogmática y criminología.

Según nuestra opinión, semejante conexión, este «*traît d'union*», está representado precisamente por la noción psicodinámica del dolo que hemos expuesto aquí.

La segunda razón por la que consideramos importante nuestra tesis concierne específicamente a la sistemática de la parte general del código y al análisis del hecho típico de parte especial.

Un dolo considerado como «conciencia y voluntad», o también como mera «finalidad», permanece como un puro y simple «*Gegenspiegel*», o «espejo reflector», del aspecto material del delito; no es sino el «duplicado» *a parte subjecti*, del resultado: no es algo «vidente» sino es «wertblind», es decir, «ciego respecto por el significado del hecho delictivo». Obsérvese, por ejemplo, el caso del cirujano que corta con el bisturí el cuerpo del paciente; él posee tanto la voluntad como la finalidad de hacerlo, sin embargo no puede ser imputado por el delito de lesiones. Y esto, ¿por qué? Simplemente porque obra sin la actitud interior del que quiere dañar, es decir, sin el *animus nocendi*.

Ciertamente no es correcto afirmar —como en cambio hace la doctrina dominante— que en este caso el cirujano actúa un hecho típico, o sea penalmente relevante, pero no un ilícito, porque el hecho sería justificado por una causa de justificación.

De la misma manera, el ginecólogo que palpa a la paciente no cumple el hecho típico de actos obscenos porque no posee el *animus*

al realizarlos; los cumpliría, por otro lado, sólo si obrara con tal *animus*.

Prácticamente, si se prescinde del correspondiente *animus*, no existe ningún delito del Código Penal que pueda ser comprendido abstracto ni detectado *en concreto* siquiera. ¿Cómo se distingue de otro modo lo falso de una inocua alteración de lo verdadero, la estafa de un engaño banal, una violencia carnal de un normal coito violento, un acto de corrupción de un minusculum socialmente adecuado, los excesos de disciplina de la práctica del *jus corrigendi*, la injuria o la denigración de un reproche, o de una crítica socialmente adecuados, las amenazas lícitas de aquellas ilícitas en la violencia privada o la extorsión, y así sucesivamente?

La doctrina afirma que el ilícito penal se distingue de los demás tipos de ilícitos (civil, administrativo, etc.) por no ser un mero «ilícito de lesión» sino un «ilícito de modalidades de lesión». Es decir, lo que decide no es haber provocado la lesión al bien jurídico protegido sino el *modo* con que ésta ha sido provocada. Ahora bien, es este mismo *modo o modalidad* que otorga significado al ilícito penal, es decir, que constituye su desvalor el cual no es «de resultado» sino «de conducta».

Precisamente este «modo» de realizar la lesión depende totalmente de la actitud interior del sujeto activo del delito: el modo de la conducta no es sino la expresión directa e inmediata del dolo captado como mala fe criminosa o *animus nocendi*.

En síntesis, un dolo considerado como *actitud interior* desarrolla, en la teoría general del delito, un triple rol: 1) la función de enlace o *traît d'union* entre la dogmática y la criminología; 2) la función de *portador* del significado antisocial del hecho y, por ende, de *núcleo central e índice-base* del desvalor personal de la conducta, o sea, del hecho delictivo; 3) la función de *criterio básico* para la individuación del hecho típico y de la conformidad de éste al hecho concreto.

En fin, son *numerosísimos* los problemas de teoría general que semejante noción permite resolver de la manera más satisfactoria posible.

Nos limitamos aquí a señalar tan sólo los tres problemas fundamentales ya enunciados: a) el problema de la distinción entre autor y partícipe en la concurrencia de personas en el delito (problema que precisamente la jurisprudencia alemana resuelve, desde hace más de un siglo, con el criterio de los *animi*: *animus auctoris* y *animus socii*); b) el problema del comienzo de la actividad «*intrínseca* naturaleza del dolo», la que —como precisamente afirma Francisco Antolisei— no es simple voluntad sino «*mala voluntad*» es decir, *prava voluntas*.

Como afirma un antiguo dicho de derecho canónico, *in maleficiis animus et voluntas spectantur, non autem exitus*: en los delitos se debe mirar al *animus*, y no al resultado.



# SECCION DE JURISPRUDENCIA

## Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por  
SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

### **«RESTRICCIONES» JURISPRUDENCIALES AL DERECHO DE DEFENSA: LEGITIMA DEFENSA Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

(A propósito de la STS de 2 de febrero de 1990, ponente Ruiz Vadillo)

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO

Profesora titular de la Universidad de Barcelona

#### I

1. El procesado, Cándido, al bajar precipitadamente al zaguán de la casa, encontró a su hija tumbada en el suelo, porque su ex novio, Serafín, estaba encima de ella golpeándola, apretándole el cuello y poniendo los dedos en la boca para evitar que gritara, besándola y mordisqueándola. En esta situación, Cándido se abalanzó sobre el agresor para evitar que prosiguiera el violento ataque a la integridad física y a la libertad sexual de su hija. En ese instante, Serafín se levantó empuñando una navaja de nueve centímetros de hoja, «... originándose un forcejeo durante el cual Cándido, de sesenta y un años de edad, padre de la joven, sujetó las muñecas a Serafín para evitar ser herido, mientras éste intentaba alcanzar con la navaja al procesado lanzándole navajazos hacia atrás por encima de su hombro izquierdo y por debajo de la axila, en el curso de cuya lucha Serafín resultó alcanzado por los navajazos que el mismo lanzaba y que el procesado, teniéndole sujeta la muñeca derecha, aunque no tenía el propósito directo de acabar con su vida, trataba de desviarle (los navajazos), aceptando con ello que en un descuido de Serafín podría quitarle la vida, sufriendo éste una herida en la cara anterior del cuello, otra en el sexto espacio intercostal izquierdo, que abrió un ojal en el pericardio, se introdujo en el ventrículo derecho del corazón y determinó su fallecimiento».

2. La Audiencia absolvió al procesado, Cándido, del delito de homicidio del que era acusado por concurrir la eximente completa de legítima defensa. La acusación particular recurrió por entender que los hechos aquí relatados no constituían legítima defensa, sino riña que, de acuerdo con la doctrina tradicional de nuestra jurisprudencia (1), excluye la aplicación de la causa de justificación de legítima defensa.

El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por la acusación particular y ratifica la sentencia de la Audiencia.

3. En la resolución del recurso de casación, el Tribunal Supremo analiza la concurrencia de cada uno de los elementos de la legítima defensa. Entiende que el previo, grave e injustificado ataque de Serafín a la hija del procesado constituye, de forma incuestionada, agresión ilegítima por parte de Serafín. Advierte como, del mismo modo, concurre el elemento subjetivo de la defensa en Cándido por «actuar en amparo del bien atacado». Considera inequívoca la necesidad racional del medio empleado, ya que el procesado no utiliza instrumento de agresión alguno, sino que se sirve de la navaja que la «víctima» esgrimía contra él en un nuevo acto de agresión ilegítima contra su propia persona. Por último, pone de manifiesto la ausencia de agresión o provocación por parte de Cándido. Sin embargo, no toma en consideración la posterior agresión de Serafín en la persona del procesado Cándido.

4. La acusación particular alega que Cándido «optó a su vez por atacar, aceptando que en un descuido de Serafín podía quitar la vida al agresor de su hija...». El Tribunal Supremo, acertadamente, responde que ello no desnaturaliza la existencia de legítima defensa y desestima el motivo y el recurso. Hasta aquí sólo hay que objetar, a la resolución del Tribunal Supremo, la omisión de la agresión ilegítima contra la vida de Cándido. Con independencia de ello, otros aspectos de la sentencia se me aparecen como especialmente interesantes. En primer lugar, sorprende que unos hechos, como los aquí relatados, lleguen al Tribunal Supremo, puesto que la falta de relevancia penal de la conducta de Cándido no ofrece duda. La necesidad de defensa se evidencia por sí misma y la racionalidad se desprende, indefectiblemente, del hecho de que, frente a una agresión dolosa, el defensor

---

(1) Entre las sentencias más recientes que siguen esta línea, *vid.*, por ejemplo, STS 23 de febrero 1990; STS 3 mayo 1990 o STS 30 de enero de 1990, según la cual si hay riña no cabe legítima defensa, aun cuando uno haya comenzado el ataque; sin embargo, otra línea jurisprudencial, del propio TS, distingue algunos supuestos en los que, pese a la existencia de riña, es posible afirmar la existencia de legítima defensa, en este sentido, entre otras, STS 1 marzo de 1990, que se remite a la STS de 20 de septiembre de 1988, admitiendo la posibilidad de la eximente «si entre los contendientes se puede señalar o reconocer al inicial agresor».

actúa de forma que únicamente se podría calificar como imprudente, en relación con la posible muerte del agresor. En consecuencia, me parece, en cierta medida, innecesario el razonamiento del Tribunal acerca de si concurre agresión ilegítima o si existía necesidad racional del medio utilizado. Creo que esta voluntad de motivación, entre otros supuestos mucho más dudosos inexistente, se deriva de la actitud del Tribunal Supremo frente a la legítima defensa. En el mismo sentido, las últimas consideraciones sobre la necesidad de que los Jueces y Tribunales examinen cuidadosamente la situación fáctica de la legítima defensa, ponen de manifiesto, de forma soterrada, la problemática que quiero abordar en este comentario.

## II

1. A propósito de esta sentencia pretendo examinar el tratamiento que nuestros Jueces y Tribunales otorgan, en la actualidad, a la legítima defensa. Es éste un tema problemático al que, sin embargo, en España, no se ha dispensado el trato que merece dada su importancia tanto dogmática como práctica (2). Este falta de debate no puede fundamentarse en la ausencia de aspectos criticables en el tratamiento judicial de la legítima defensa (3), ni, desde una perspectiva político-criminal, en la inexistencia de discusión sobre el alcance que tiene o ha de tener esta causa de justificación, de acuerdo con los valores sociales predominantes (4). Desde hace años se viene produciendo una gradual restricción del alcance de la legítima defensa, sin que ello esté justificado en base a una reforma de la regula-

---

(2) Desde las monografías de Rodríguez Mourullo, *La legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del TS*, Madrid, 1976; Magaldi, *La legítima defensa en la Jurisprudencia española*, Barcelona, 1976, y Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, 1978, sólo se ha vuelto sobre el tema en algunos artículos del propio Luzón Peña. «El doble fundamento de la legítima defensa», *CPC* n.º 3 (1979), pp. 101 y ss.; el mismo, «Legítima defensa y estado de necesidad defensivo», *Estudios penales*, Barcelona, 1991, pp. 113 y ss [igual, en *Comentarios a la legislación penal* (Cobo dtor.), t V, 1.º, pp. 223 y ss.]; el mismo, «Riña y legítima defensa», *Estudios penales*, Barcelona, 1991, pp. 159 y ss (igual, en *La Ley*, 1989-3, pp. 487 y ss.), y en la obra de Barragán, *La legítima defensa actual*, 1987.

(3) Magaldi, *La legítima defensa...*, p. 275, en sus conclusiones pone de relieve el carácter excepcional y límite de la legítima defensa para la jurisprudencia. A la autora le parece, asimismo, «insostenible» que el Tribunal Supremo restrinja la aplicación de la eximente a aquellos supuestos en que exista proporcionalidad entre agresión y defensa.

(4) El significado y alcance de la legítima defensa se encuentra distorsionado en amplias capas de población debido, en gran medida, al restrictivo trato que los Tribunales y, aun en mayor medida, los Juzgados otorgan a la legítima defensa.

ción vigente sobre legítima defensa [la reforma del art. 8.4 C. P. no justifica esta limitación (5)] ni como consecuencia de una elaboración dogmática y político-criminal (6). La ausencia de una discusión profunda, a todos los niveles, tiene como consecuencia que el problema, que también se suscita en otros países (7), se agrave en España en dos sentidos. Por un lado, porque no se cuestiona la legalidad o ilegalidad de esta actitud restrictiva respecto a la aplicación de la legítima defensa (8), como por el contrario sucede en Alemania (9). A la falta de debate dogmático se une que los grupos casos cuestio-

---

(5) La Reforma del art. 8.4 por LO 8/1983, de 25 de junio, sólo suprime el último inciso de la definición de agresión a la morada y, al dejar sin contenido los núms. 5 y 6, unifica las tres modalidades de legítima defensa en una sola. Modificaciones éstas que no justifican la interpretación jurisprudencial del art. 8.4, sino que responden a las críticas doctrinales a la distinción legal entre las tres modalidades de agresión.

(6) No sucede lo mismo en Alemania, donde esta problemática ha sido objeto de gran atención, tanto en los distintos Tratados y Comentarios al StGB como en innumerables artículos, ver al respecto la nota 1 del artículo de Roxin, «Las restricciones ético-sociales al derecho de legítima defensa», trad. Gómez Benítez, *CPC*, n.º 19 (1982), pp. 297-324. Con posterioridad, la discusión ha continuado y entre los trabajos más importantes debemos citar, por orden temporal, distintos artículos: Roxin, «Die "sozialistischen Einschränkungen" des Notwehrrechts», *ZStW*, 93 (1981), pp. 68 y ss.; Engels, «Der partielle Ausschluß der Notwehr bei tätlichen Auseinandersetzungen zwischen Ehegatten», *GA*, 1982, pp. 109 y ss.; Seeman, «Grenzen privater Nothilfe», *ZStW*, 89, pp. 36 y ss., y las monografías de Günther, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, pp. 341 y ss.; Bitzilekis, *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts*, Berlín, 1984.

(7) En este trabajo tomaremos en consideración exclusivamente el estado de la cuestión en Alemania, por ser el país donde se ha estudiado con mayor profundidad. Sin embargo, la discusión sobre el alcance que deba tener en nuestra sociedad la justificación es centro de interés en numerosos países, sobre este tema ver los trabajos de Derecho comparado efectuados en colaboración entre el Max Planck-Institut de Freiburg y la School of Law de la Columbia University, Eser/Fletcher, *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven. Justification and Excuse. Comparative Perspectives*, t. I y II, Freiburg, 1988.

(8) Si se plantean esta problemática, Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, que en diversos momentos de la obra pone de relieve el carácter ilegal de las restricciones a la legítima defensa, así, por ejemplo, p. 102; Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1987, p. 322, fundamenta la posibilidad de restricciones a la legítima defensa en el doble fundamento preventivo que atribuye a la legítima defensa.

(9) El problema de la legalidad y constitucionalidad de las restricciones a la legítima defensa se suscita en todos los trabajos sobre el tema, así, por ejemplo, Hassemer, *Die provozierte Provokation des Notwehrrechts*, Fest. f. Bockelmann, 1979, pp. 225 y ss., p. 227; Roxin, *CPC*, n.º 19 (1982), pp. 304-307; Marxen, *Die «sozialethischen» grenzen der Notwehr*, Frankfurt, 1979, pp. 26 y ss.; Courakis, *Zur sozialethischen Begründung der Notwehr*, Baden-Baden, 1978, pp. 80-88; Bitzilekis, *Die neue Tendenz zur Einschränkung...*, pp. 84-90; Amelung, «Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin», en *Schünemann, El sistema moderno de derecho penal: cuestiones fundamentales* (trad. Silva Sánchez), Madrid, 1991, pp. 102-103.

dados en Alemania (10), como posibles restricciones a la legítima defensa, no son comparables con la doctrina jurisprudencial española (11).

2. Como afirmábamos en el apartado anterior, en el caso objeto de comentario no cabe poner ningún reparo a las resoluciones de la Audiencia y del Tribunal Supremo, eximiendo de responsabilidad penal al procesado por concurrir legítima defensa. Parece, no obstante, muy discutible, por no decir totalmente injusto, que Cándido, por una conducta no sólo lícita, sino valorada positivamente por el Derecho, deba de sufrir el «castigo» que representa un largo y doloroso proceso penal. «Castigo» desde una perspectiva psicológica inherente a todo proceso penal y agravado, en este caso, por el motivo que le ha conducido a ello: la defensa de su hija, amenazada en su integridad física y en su libertad sexual, y la defensa de su propia vida. «Castigo» también desde un punto de vista económico, por los costes que devenga tanto para el propio sujeto como para el Estado (12).

3. Examinando los hechos probados, que son inequívocos e incuestionados, como pone de relieve la propia resolución del Tribunal Supremo, y que, a mayor abundamiento, no son impugnados por la acusación particular, parece evidente la falta de trascendencia penal de la actuación del procesado, aun cuando no pueda decirse lo mismo de la conducta del sujeto al que el Tribunal califica de «víctima». El comportamiento de Cándido no reviste relevancia penal alguna porque, de los hechos probados, se deduce de forma indubitada que su conducta está justificada por legítima defensa. Existe unanimidad doctrinal, como veremos más adelante, en afirmar que los actos justificados son lícitos y, por tanto, ha de entenderse que no son constitutivos de delito, siendo también doctrina prácticamente unánime que la lesión de un bien jurídico en legítima defensa no está desvalorada. En relación con el problema que, desde mi punto de vista, se suscita en la

---

(10) Por poner algún ejemplo, Stuttgart, *DRZ*, 49, 42, no considera legítima defensa el disparar a matar al ladrón de un frasco de jarabe de valor de 0,10 DM; Bay, *NJW*, 54, 1377, no se considera cubierta por la legítima defensa la defensa del derecho de prenda sobre una gallina dando un golpe de hacha en la cabeza del atacante.

(11) Así, por ejemplo, STS 1 marzo 1990, un sujeto amenaza con un palo a quien le ha robado un tornillo y le pide que se lo devuelva, se entabla una discusión durante la cual el sustractor saca una navaja con la que amenaza al defensor, lo que provoca la respuesta de éste descargando un golpe con el palo en el brazo del agresor. Para el TS en este caso falta proporcionalidad.

(12) En este sentido, Kratzsch, «Prävention und Unrect —eine Replik—», *GA*, 1989, pp. 49 y ss.; pp. 51 y ss., entiende que la postulada orientación del injusto penal a finalidades preventivo-generales supone una limitación fundamental a la tarea de protección de bienes jurídicos y que la Constitución obliga al Derecho Penal a cumplir la labor de protección encomendada, de forma que la finalidad de la norma se realice de una forma óptima, es decir, con los mínimos costes —económicos, humanos y sociales.

sentencia objeto de comentario, esta premisa ha de ponerse en relación con la norma prevista en el artículo 637 LECr., 2.º, según la cual procede el sobreseimiento libre cuando el hecho no sea constitutivo de delito. ¿Puede decirse realmente que en virtud del principio acusatorio, los Tribunales están obligados a continuar con el proceso en estos casos o, por el contrario, de acuerdo con la ley y los principios constitucionales, es posible dictar el sobreseimiento libre? (13).

### III

1. En la fase de investigación sumarial, la Policía, los Jueces y los Tribunales consideran los hechos desde una perspectiva absolutamente *ex post*, lo que, en los comportamientos efectuados en legítima defensa, conduce a calificar de «víctima» al sujeto que ha sufrido lesiones en su integridad física y a procesar al causante de estas lesiones (14). Por otro lado, la consideración *ex post* de los hechos, desde una perspectiva procesal, conlleva que se considera «suficiente indi-

---

(13) De acuerdo con el proceso penal alemán, Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 20 ed., München, 1987, pp. 238-239, entiende que para justificar el inicio de un proceso penal «la sospecha de comisión de un hecho *punible*», prevista en el § 160 StPO para el inicio de la investigación, debe de ser de una intensidad suficiente, de acuerdo con el § 152, 2, StPO, por lo que para la apertura del proceso se exige que existan «suficientes indicios fácticos». Sin embargo, en España el legislador, que rechazó el sistema alemán para forzar la acusación, desvirtúa el principio acusatorio, Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pár. XXVI; en este sentido, Ramos Méndez, *El proceso penal*, Barcelona, 1988, p. 261, critica la regulación legal del procedimiento ordinario por delito, por considerar que esta ley tiene una preocupación obsesiva por evitar el sobreseimiento aun a riesgo de la inutilidad del juicio oral, afirmando: «El sistema es de verdadera persecución recalcitrante, hipervalorando el principio acusatorio.»

(14) En este sentido, creo que es explicativa la STS de 14 de marzo de 1990, en la cual se condena a José H. M. como autor de un delito de lesiones, con la concurrencia de la eximente incompleta de legítima defensa y al pago de una indemnización a la «víctima» de 604.000 pesetas por los días que estuvo incapacitado, y otra de 250.000 pesetas por la «secuela» ocasionada. La lesión consistió en la fractura de un brazo y la «secuela» en la necesidad de realizar ejercicios de recuperación para alcanzar el movimiento total del brazo. Los hechos, según la sentencia, consistieron en que el acusador, de treinta y tres años, «agarró al padre del procesado, de setenta y cuatro años, le propinó un puntapié y le continuaba maltratando físicamente; sin que aparezca incitación del defensor». El acusado, de cincuenta y tres años, salió con un palo en defensa de su padre golpeando al agresor en el brazo. Con independencia de que considero muy discutible, como veremos, que no estemos frente a una legítima defensa completa y que calificarla como incompleta es una restricción a la legítima defensa que vulnera el principio de legalidad, si realmente los Tribunales quieren llevar hasta el final el cumplimiento del principio acusatorio no sólo se debía de haber procesado a José, sino también a Antonio, ya que de los hechos aparece como indubitado que su conducta constituye una tentativa de lesiones dolosas.

cio de criminalidad», exigido por la LECr. para incoar un proceso, la existencia de un resultado lesivo, por entender la tipicidad como mero «desvalor del resultado», cuando ello sólo tendrá relevancia penal en aquellos supuestos en los que éste se encuentre relacionado con una conducta en la que puedan apreciarse indicios de antijuricidad o ilicitud (15). Ello viene avalado por el hecho de que, desde la perspectiva procesal, delito, infracción penal o criminalidad, se interpreta como tipicidad, es decir, proceso penal igual a «enjuiciamiento de conductas tipificadas», en lugar de «enjuiciamiento de conductas penalmente relevantes» (16).

2. La actitud de los Tribunales y, en particular, la de los Juzgados de Distrito y de Instrucción, frente a los supuestos de legítima defensa, ha llevado a una gran confusión en la sociedad sobre el contenido legal y la función de la legítima defensa. Existe un enorme desconcierto sobre cuándo y cómo una persona se puede defender o defender a un tercero, lo que conlleva, inevitablemente, una situación de desamparo de quien es atacado. En la práctica judicial la legítima defensa ha perdido sus claros contornos y, en consecuencia, las soluciones de los casos son arbitrarias (17). Esta situación cuestiona el fundamento individual de la legítima defensa, y vacía de contenido el fundamento supraindividual, la función preventiva, tanto desde la perspectiva de afirmación del Derecho como de intimidación (18). En la sentencia aquí examinada, en sus últimas consideraciones, el Tribunal alude a la necesidad, de acuerdo con el artículo 3.1 del Código Civil, de interpretar los preceptos del Ordenamiento de acuerdo con la *realidad social* (19), poniendo esto en relación con la voluntad de res-

---

(15) La doctrina española absolutamente mayoritaria entiende que la conducta realizada en legítima defensa es lícita y más aún que el resultado lesivo producido con la conducta decisiva no está desvalorado. En este sentido, entre otros, Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, pp. 92-93 y 124, entre otras; Cerezo Mir, «Curso de Derecho Penal español», *PG*, I, 3.ª ed., Madrid, 1987, p. 419; Cobo/Vives, «Derecho Penal», *PG*, 3.ª ed., Valencia, 1990, pp. 353 y 383; Gómez Benítez, *Teoría...*, p. 282; Mir Puig, «Derecho Penal», *PG*, 3.ª ed., Barcelona, 1990, p. 447.

(16) Por todos, *vid.* Ramos Méndez, *El proceso penal...*, pp. 60 y ss.

(17) En este sentido, en relación con la situación de la práctica judicial alemana, Marxen, *Die «sozialethischen» Grenzen...*, p. 19.

(18) Sobre el doble fundamento de la legítima defensa, *infra*. VI, 1.

(19) En el ámbito de la legítima defensa el primer problema que se suscita es saber realmente cuál es la valoración social de este derecho. Creo que, en gran medida, han sido las actuaciones judiciales las que han llevado a que amplios sectores sociales estimen que la defensa frente a una agresión sólo en contadas ocasiones está permitida. A esta situación ha coadyuvado la prohibición, en España, de poseer y utilizar determinados instrumentos de carácter puramente defensivo, como son, por ejemplo, los *sprays* paralizantes. En el mismo sentido, una de las causas de la proliferación de las llamadas «patrullas ciudadanas», en Valencia, Madrid o Barcelona, puede verse en la situación de indefensión en que se encuentra el ciudadano frente a las agresiones. Entiendo que

tringir el llamado «derecho de defensa» (20), propio de la legítima defensa. Estoy plenamente de acuerdo con la necesidad de una interpretación de los preceptos legales a la luz de las valoraciones sociales dominantes, ya que esto es lo que se persigue con una dogmática realista elaborada de acuerdo con las orientaciones de política criminal (21). Lo que, sin embargo, no parece tan evidente es que la interpretación del artículo 8.4 del C. P., atendiendo a la realidad social, conduzca a determinadas restricciones de la legítima defensa, ni que dichas restricciones no constituyan, en muchos casos, analogía contra reo y no mera interpretación teleológica de los preceptos legales, por lo que sólo serían admisibles, en su caso, como propuestas de *lege ferenda* (22). El ámbito de la legítima defensa hay que buscarlo a través de un examen de los problemas del injusto, que están en una relación funcional con el correspondiente tratamiento de los problemas de la justicia y, en consecuencia, con el correspondiente pensamiento del pueblo, sus opiniones o valores culturales vigentes y su postura frente al Estado. No hay que olvidar, sin embargo, que el ámbito de la legítima defensa se encuentra vinculado con la posibilidad de intervención del Estado, para la defensa de bienes jurídicos: la defensa del agredido no puede sobrepasar la medida y la forma en que el Estado está

---

es mucho más peligrosa para la sociedad esta situación que mantener *efectivamente* la legítima defensa como un *derecho* del ciudadano para defenderse de las agresiones de que sean objeto ellos mismos o terceros. La «realidad social» es algo contingente y, por demás, desconocido. «Contingente» porque varía con el tiempo y en el espacio. «Desconocido», porque cuando se dice que actualmente la sociedad tiene unos valores que rechazan la posibilidad de una defensa ilimitada frente a las agresiones ilegítimas, estamos frente a una afirmación que carece de base contrastada. En este sentido, recordemos únicamente las manifestaciones de comerciantes que se han producido en distintas ocasiones, en la provincia de Barcelona, reclamando mayor posibilidad de respuesta ante los atracos de que son objeto o, por poner un ejemplo, el caso suscitado en 1985, en Nueva York, en el cual en el juicio con jurado se declaró inocente a Bernhard Goetz, que disparó contra cuatro jóvenes negos, en el metro de Nueva York, cuando éstos le pidieron amenazantes cinco dólares. A propósito del supuesto se hicieron encuestas, cuyos resultados aparecían a favor del hombre que se había tomado la justicia por su mano.

(20) Sobre las distintas concepciones de la «defensa» como «derecho», *vid.* por todos, Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, pp. 93-105, y, en particular, p. 99, en la que afirma que «la legítima defensa es un derecho otorgado, concedido por el orden jurídico al particular».

(21) Mir Puig, *Introducción a las bases de Derecho Penal*, Barcelona, 1976, p. 345.

(22) Sobre la prohibición de analogía contra reo, como consecuencia del principio de legalidad, Mir Puig, *Derecho Penal...*, pp. 95-97, de acuerdo con el principio de legalidad sólo será «... lícita aquella aplicación de la ley penal que no desborda los límites que permiten su interpretación», porque toda interpretación, incluso la extensiva, se mueve dentro del sentido literal posible, mientras que la analogía traspasa esa frontera.

dispuesto a defender un bien jurídico (23). Desde esta perspectiva, se puede poner en relación la actual discusión sobre la innecesariedad de persecución penal de los llamados «delitos bagatela» (24) y uno de los supuestos que la doctrina alemana propone como restricción a la legítima defensa: las agresiones insignificantes (25).

3. Planteada así la cuestión, es necesario realizar un pequeño excursus sobre la actual situación doctrinal en relación con el fundamento y naturaleza de las causas de justificación, en general, y de la legítima defensa, en particular. Desde este punto de partida, se deben de analizar las consecuencias jurídico-materiales de la legítima defensa y la posibilidad de que su naturaleza se sigan secuelas procesales. El hecho de que la legítima defensa pueda tener consecuencias prácticas procesales está íntimamente relacionado, al mismo tiempo, con la larga discusión dogmática sobre la relación entre tipicidad y antijuricidad y las consecuencias que esta relación tiene respecto al principio de legalidad. Sólo a partir de estos presupuestos conceptuales básicos se pueden fundamentar los límites que deben respetar las posibles restricciones de la legítima defensa sin lesionar el principio de legalidad y, en qué medida, el principio acusatorio obliga a la apertura de un proceso penal en los supuestos en que la existencia de legítima defensa se encuentre probada de forma indubitada (26).

#### IV

1. La naturaleza, fundamento y función de la justificación y la relación entre tipicidad y antijuricidad son determinantes para conocer las consecuencias, de todo tipo, que se derivan de que un hecho típico esté justificado. Ello es así porque la pregunta sobre la función del principio de legalidad en el ámbito de las causas de justificación

---

(23) Cfr. Courakis, *Zur sozialetischen Begründung...*, p. 34.

(24) En la doctrina alemana se propone, actualmente, sustraer del ámbito penal las lesiones insignificantes de bienes jurídicos; en sentido similar, Mir Puig, *Derecho Penal...*, pp. 570-571, acude al «principio de insignificancia» para excluir la presencia de un tipo penal en las conductas que revisten escasa gravedad; la moderna política legislativa española también utiliza distintos criterios de oportunidad, entre los que se encuentran los delitos bagatela, para eludir la iniciación del proceso, Ramos Méndez, *El proceso penal...*, p. 28.

(25) Cfr. Roxin, *CPC*, n.º 19 (1982), pp. 317 y ss.; en este sentido, Lenckner, en *Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar*, 23 Aufl, München, 1988, § 32, 49, califica de *Bagatellangriffen*, las agresiones insignificantes, considerando que éstas no generan un derecho de defensa para el agredido.

(26) En este sentido, Cobo-Vives, *Derecho Penal...*, p. 244, aluden críticamente a la llamada «función procesal de la tipicidad», que determinaría que la presencia de una acción típica debería provocar la incoación de un sumario.

no es independiente de la doctrina que sobre el injusto se defienda y, en particular, de la relación entre tipicidad y antijuricidad. Una vez concretados estos principios, se deben de poner en relación con el fundamento y naturaleza de la legítima defensa, para, de este modo, poder decidir, no caso por caso, sino con carácter general, en qué medida son válidas las restricciones a la legítima defensa, es decir, hasta qué punto lesionan o no el principio de legalidad (27). La doctrina alemana ha tratado de fundamentar la vigencia o no del principio de legalidad en el ámbito de la justificación a través de distintas argumentaciones. Algunos autores tratan de excluir la validez del principio *nullum crimen sine lege* respecto de la Parte General del Derecho Penal. En general, sin embargo, persiguen fundamentar su decisión en el distinto contenido y función que atribuyen al tipo y a la justificación. A partir del postulado anterior se justifica la no vinculación de la justificación al principio de legalidad basándose en esa distinta función del tipo y de las causas de justificación. Por último, otras argumentaciones, aceptando los postulados anteriores, fundamentan la no vigencia del principio de legalidad penal respecto de las causas de justificación, en la unidad del Ordenamiento jurídico. A continuación examinaremos estos argumentos, desarrollados por la doctrina, respecto a la validez, en relación con las causas de justificación, en general, y con la legítima defensa, en particular, del principio constitucional de legalidad penal (28).

2. Un sector doctrinal alemán trata de limitar, de forma relevante, el ámbito de validez del principio constitucional de legalidad, excluyendo la vigencia del principio *nullum crimen sine lege* respecto de la Parte General del Derecho Penal (29). Esta argumentación parte

---

(27) Gómez Benítez, *Teoría Jurídica...*, pp. 279-280, entiende que tanto las causas de justificación como los tipos tienen un carácter cambiante —de acuerdo con las valoraciones sociales—, pero siempre dentro de los límites de la interpretación con la finalidad de no infringir el principio de legalidad, lo que considera también aplicable a las restricciones a la legítima defensa.

(28) Sobre la función y el alcance del principio de legalidad previsto en el art. 25, 1.º, Const., existe una numerosa bibliografía, *vid.* Mir Puig, *Derecho Penal...*, pp. 86-87. En Alemania, el principio de legalidad está previsto en el art. 103 II, GG.

(29) Cfr. Hardwig, «Pflichtirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit», *ZStW*, 1966, pp. 1 y ss., p. 8; Jagusch, *LK*, 8.º Aufl, Berlín, 1957, § 2, I 1 b bb; Maurach, «Deutscher Strafrecht», *AT*, 4.º Aufl, 1971, p. 111; con ciertas limitaciones, Hruschka, «Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit», *JuS*, 1968, pp. 554 y ss., p. 558, entiende que este principio encuentra muy poca utilidad en la Parte General; en este último sentido, Tröndle, *LK*, 9.º Aufl, Berlín-Nueva York, 1974, § 2, 10; en otro sentido, Günther, *Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluss*, 1983, pp. 249, 259, 323..., acepta la existencia de elementos de justificación tanto en la Parte General como en la Especial, pero no pretende una distinción formal entre ellas, sino que busca una diferenciación material, según su distinta naturaleza, entre las diversas causas de justificación, sea cual sea su ubicación en el Código.

de una premisa falsa, como lo es afirmar la existencia de una frontera o separación exacta entre la Parte General y la Especial, lo que aparece en muchos casos como imposible y que, además, es dogmáticamente incorrecto. Es imposible, porque, junto a las causas de justificación genéricas, previstas en la Parte General, existen otras específicas, que se ubican en la Parte Especial (30). En consecuencia, aceptar la vigencia del principio de legalidad penal exclusivamente para las causas de justificación, previstas en la Parte Especial, supondría una contradicción insoportable (31). Y es dogmáticamente incorrecto porque la norma jurídico penal surge de la puesta en relación de los enunciados legales de la Parte Especial y General del Código Penal (32).

3. La doctrina mayoritaria responde a la pregunta sobre la función del principio de legalidad, en el ámbito de las causas de justificación, a partir de la doctrina del injusto y, en particular, de la relación entre tipicidad y antijuricidad. A este respecto, pese a las discrepancias doctrinales-en relación con el contenido y función de tipo y antijuricidad y la relación entre tipicidad y antijuricidad, es posible constatar la existencia de un cierto grado de acuerdo. Reina, en la doctrina penal, conformidad en afirmar que sólo el hecho antijurídico está prohibido y que la concurrencia de una causa de justificación determina que la realización de un tipo penal no sea antijurídica, es decir, el hecho típico justificado no es ilícito (33). En cierta medida, la armonía preside también la concepción del tipo como fundamentador del contenido material del injusto (34). A partir de ese principio de acuerdo, las posiciones se separan. Para la que podríamos considerar doctrina tradicional, el tipo configura el núcleo de lo prohibido —injusto—; injusto que,

---

(30) La existencia de causas de justificación en la Parte Especial es algo que en Alemania no se discute, por todos, *vid.* Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (trad. Mir Puig-Muñoz Conde), Barcelona, 1981, pp. 501 y ss. En España, aun cuando también existen, es un tema que se ha abordado en contadas ocasiones, en este sentido, Cerezo Mir, *Curso I...*, pp. 404-405, pone algunos ejemplos de causas de justificación específicas, previstas en el Libro II del C. P.

(31) Cfr. Bitzilekis, *Die neue Tendenz zur Einschränkung...*, pp. 85-86.

(32) Cfr. Mir Puig, *Derecho Penal...*, pp. 32-33, los enunciados legales del Código son siempre incompletos, en cuanto a su contenido, por lo que la norma jurídico penal surge de «la puesta en relación de varios enunciados legales».

(33) *Vid.*, por todos, Mir Puig, *Derecho Penal...*, p. 128; Cobo-Vives, *Derecho Penal...*, p. 353; Cerezo Mir, *Curso I...*, p. 405; Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 1981 (trad. Mir Puig-Muñoz Conde), pp. 440 y ss.; Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., Berlín, 1969, pp. 51 y 80; Stratenwerth, «Prinzipien der Rechtfertigung», *ZStW*, 1956, pp. 41 y ss., p. 71.

(34) Jescheck, *Tratado...*, pp. 333-334; Cerezo Mir, *Curso I...*, pp. 318-320; en sentido similar, con ciertas matizaciones, Mir Puig, *Derecho Penal...*, pp. 126 y ss.; Cobo-Vives, *Derecho Penal...*, p. 244.

en un segundo nivel, se concreta a través de la existencia o no de causas de justificación que excluirán o no, en el caso concreto, la prohibición. Según esta doctrina, el ordenamiento jurídico «no sólo consta de prohibiciones, sino también de autorizaciones que levantan la prohibición bajo determinados presupuestos (35). De la distinta naturaleza que se predica respecto de los elementos típicos y los elementos de la justificación se deriva, a su vez, que la dogmática de la justificación sigue otras reglas que la del tipo. En el nivel de la antijuricidad se confirmará o excluirá, en concreto, el injusto que se encontraba, en abstracto, contenido en el tipo, de acuerdo con criterios valorativos del global ordenamiento jurídico. Entender las causas de justificación como «permisiones» «permite», a algunos defensores de esta doctrina, afirmar que las causas de justificación no son normas específicamente jurídico-penales y que, en consecuencia, el principio de legalidad pierda su vigencia en el ámbito de la justificación o, en otras palabras, el principio *nullum crimen sine lege* (36) no rige en el nivel de la justificación (37).

4. Separándose del planteamiento anterior, un sector doctrinal, los defensores de la llamada «teoría de los elementos negativos del tipo», sustentan que los elementos de justificación no se diferencian de modo esencial de los elementos típicos. En consecuencia, los elementos de justificación exigen el mismo grado de determinación y concreción que los elementos típicos, de lo que se deriva que ambas clases de elementos están sometidos al mandato de determinación (38). No obstante, algunos partidarios de esta teoría la matizan en el sentido de diferenciar dentro del tipo total del injusto entre los elementos típicos que fundamentan el injusto —*unrechtsbegründenden*— y los que lo excluyen —*unrechtsausschließenden*—, limitando

---

(35) Entre otros muchos, Jescheck, *Tratado...*, p. 441; Cerezo Mir, *Curso I...*, p. 403; Welzel, *Strafrecht...*, p. 80.

(36) Günther, *Strafrechtswidrigkeit...*, pp. 285 y ss., entre otros, en lugar de referirse, en este sentido, a este aspecto del principio de legalidad lo hace respecto del de *nulla poena sine lege*.

(37) En este sentido, Krey, *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*, Berlín, 1977, pp. 232 y ss.; en contra, Engels, «Der partielle Ausschluß der Notwehr bei tätlichen Auseinandersetzungen zwischen Ehegatten», *GA*, 1982, p. 120; Hillenkamp, *Vorsatz und Opferverhalten*, Göttingen, 1981, pp. 167 y ss.; Kratzsch, «Das (Rechts-) Gebot zu sozialer Rücksichtnahme als grenze des strafrechtlichen Notwehrrecht», *JuS*, 1975, pp. 435 y ss.; Roxin, *CPC*, n.º 19 (1982), pp. 297 y ss., p. 305, aun cuando afirma que la vigencia del principio de legalidad en el ámbito de la justificación no impide ciertas restricciones a la legítima defensa.

(38) Mayer, H., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Köln, p. 202, que deduce de ello que cualquier restricción a la legítima defensa implica una infracción del mandato de determinación y sólo se puede defender de *lege ferenda*, desde una perspectiva político-criminal.

la función de garantía a los primeros (39). De ello, se sigue, que los valores del tipo configuran el núcleo del injusto, que en un segundo nivel se fundamenta a través de la existencia o no de una causa de justificación que excluya o complete el injusto (40). Desde esta perspectiva, el principio de legalidad rige también para la justificación, aun cuando la interpretación jurídica sea más libre en el ámbito de la justificación que en el ámbito del injusto típico (41). Esta concepción está claramente representada en la postura de Roxin, que, aun cuando defiende la vigencia del principio de legalidad en el ámbito de la justificación (42), entiende que mientras el tipo está estrictamente ligado al principio *nullum crimen*, en la justificación operan distintos principios materiales que tratan de buscar soluciones que sean acordes con las finalidades de política-criminal y la sistemática dogmática (43).

5. La distinta naturaleza que se predica, por la doctrina tradicional, del tipo —norma de prohibición— y de las causas de justificación —norma permisiva—, lleva a determinados autores a concluir que el principio de legalidad penal no tiene vigencia en el nivel de justificación (44). Desde las posturas que defiende la naturaleza estrictamente jurídico-penal, tanto de los elementos típicos como de los de justificación, se fundamenta la mayor libertad de interpretación en el ámbito de la justificación, en base a la distinta función que se atribuye al tipo —función de garantía— y a la justificación —función de solución de conflictos sociales— (45).

---

(39) Engisch, «Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht», en *Fest. Mezger*, 1954, pp. 127 y ss., p. 129; Roxin, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Hamburg, 1959, pp. 174 y ss.

(40) En este sentido, Engisch, *Fest. Mezger*, pp. 127 y ss., p. 129; Kaufmann, Arthur, «Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen», *JZ*, 1954, pp. 653 y ss., p. 656; Roxin, *Offene Tatbestände...*, pp. 174 y ss. En España defienden esta postura, entre otros, Gimbernat Ordeig, *Estudios de Derecho Penal*, 2.ª ed., Madrid, 1980, p. 141, n. 32; Mir Puig, *Derecho Penal...*, pp. 128-129 y 157-158; Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, p. 251, n. 443.

(41) Por todos, Roxin, *CPC*, n.º 19 (1982), pp. 297 y ss., p. 305.

(42) Roxin, *CPC*, n.º 19 (1982), p. 305, «sólo una concepción que extraiga las restricciones ético-sociales a la legítima defensa de los límites inmanentes desde un principio a dicho derecho puede ser válida como interpretación de la ley y, además, evitar el reproche de constituir una libre creación del Derecho, anticonstitucional...».

(43) Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.ª Aufl., Berlín-Nueva York, 1973, pp. 15 y ss.

(44) *Vid.* n. 39 y supra IV, 3, de acuerdo con la doctrina tradicional sobre la relación entre tipicidad y antijuricidad, el principio de legalidad pierde su vigencia porque la distinta función de los elementos de justificación se deriva de la distinta naturaleza que a éstos se les atribuye.

(45) Roxin, *Kriminalpolitik...*, p. 24, afirma que con las causas de justificación se introducen «... los dinámicos cambios sociales en la doctrina penal»; en otro sentido, Amelung, *Contribución a la crítica...*, p. 101, entiende que la función de solución de conflictos corresponde tanto al tipo como a la justificación, pero entiende que la solución de

Entre estas dos posturas, que en principio podríamos calificar de opuestas, se puede, no obstante, encontrar un cierto nivel de acuerdo. La conformidad surge a partir del principio de unidad del Ordenamiento jurídico, que constituye doctrina absolutamente mayoritaria en Alemania (46), de donde se llega al concepto unitario de antijuricidad y de ahí a la universalidad de las causas de justificación. De estas premisas se sigue que el contenido y límites de una causa de justificación es flexible en la medida en que realice en concreto, en último término, el Ordenamiento jurídico como un todo y de esa forma se ajuste siempre al flujo dinámico de la vida social (47). Esta argumentación puesta en relación con el mandato de determinación —*lex stricta*—, como aspecto material del principio de legalidad, conduce a afirmar que respecto de la justificación no es necesaria una exhaustiva especificación o tipificación de todas las causas de justificación, porque ello no es técnicamente posible, ni tiene sentido político-jurídicamente (48) (49). A mayor abundamiento, se afirma que las causas de exclusión del injusto previstas en el Código Penal pretenden tener validez en el global ámbito del Derecho, de lo que se deriva: *a)* la sujeción del estado de necesidad penal —§ 34 StGB— y del estado de necesidad civil —§ 904 BGB— a las estrictas exigencias del principio de legalidad supondría una relevante ampliación del mandato de determinación fuera de los límites y necesidades del Derecho Penal, y *b)* el tratamiento diferenciado de una misma causa de justificación tendría como consecuencia una división de la antijuricidad que estaría en contradicción con el principio de unidad del Ordenamiento jurídico (50). En consecuencia,

---

conflictos en el tipo tiene naturaleza político-criminal, mientras que la solución de conflictos propia de la justificación no atiende específicamente a fines jurídico-penales.

(46) En este sentido, por todos, Lencker, en *Schönke/Schröder*, Vor § 32, 27, con referencias doctrinales.

(47) Llegando, por otra vía, al mismo resultado que Roxin alcanzaba basándose en al función que atribuye a la justificación, vid., n.º 46.

(48) Jescheck, *Tratado...*, p. 447, admitiendo este planteamiento, lo matiza en el sentido de que «el legislador debería de cuidar de prever en lo posible las causas de justificación».

(49) Esta argumentación olvida que también respecto del tipo es, en muchas ocasiones, imposible una exhaustiva especificación y, más aún, que una regulación casuística, como, por ejemplo, sería en España la de las falsificaciones, es muy criticable como técnica legislativa. Pero es que además, incluso un tipo aparentemente tan determinado como el de homicidio no lo es tanto, ¿cuándo podemos decir que alguien ha matado?, pensemos al respecto en las posibles modalidades de homicidio en comisión por omisión, que varían conforme a la concepción de la omisión o de la posición de garante que se defienda.

(50) En contra de este planteamiento, Hillenkamp, *Vorsatztat...*, p. 167 y ss., que rechaza cualquier restricción de la legítima defensa, por considerarla anticonstitucional, infringiéndolo del § 103 II Const. —que regula el principio de legalidad—, que suprime en determinados casos la unidad del Ordenamiento jurídico; análogo, Engels, *GA*, 1982, p. 120.

es lícita tanto la admisión de causas de justificación supralegales, como la restricción de causas de justificación ya existentes (51).

## II

1. Negar la vigencia del principio de legalidad, en el ámbito de la justificación, en base a su naturaleza no específicamente penal, que se infiere de la universalidad de las causas de justificación, y, en consecuencia, considerar contradictorio que, por ejemplo, el estado de necesidad penal esté constreñido por el mandato de determinación y el civil no, me parece inconsistente. La existencia de normas que contemplan supuestos análogos, desde distintos sectores del Ordenamiento jurídico no es algo exclusivo de la justificación. En relación con la tipicidad, pensemos, por ejemplo, en las injurias o los daños, que pueden tener naturaleza civil o penal o en la protección del medio ambiente y de las infracciones tributarias, de naturaleza penal o administrativa según los casos. En todos estos supuestos, los defensores de la postura anterior, no pueden negar, que los comportamientos a los que se atribuya naturaleza penal estarán presididos por el principio de legalidad, con todas sus consecuencias. Es decir, pese al principio de unidad del Ordenamiento jurídico no es posible negar la existencia de principios de rango constitucional, que afectan particularmente a determinados sectores de éste. El principio de unidad del Ordenamiento jurídico no excluye la posibilidad de que en cada uno de los sectores de este ordenamiento rijan determinados principios específicos del respectivo ámbito. El principio de unidad del Ordenamiento tiene como finalidad evitar que existan contradicciones entre la regulación de un determinado problema en un sector del ordenamiento respecto del tratamiento del mismo tema en otro. Por lo demás, el principio de unidad se ha de poner en relación con el principio de subsidiaridad, a carácter de *última ratio* del Derecho penal (52), en base al cual, si bien es cierto que algo lícito en el ámbito civil o administrativo debe de serlo también en lo penal, estas proposiciones no pueden invertirse. No es cierto, por tanto, que la falta de relevancia penal de determinados comportamientos excluya la posibilidad de que sean relevantes en otro ámbito. Habrá que concluir, por tanto, que el principio de unidad del Ordenamiento jurídico obliga, únicamente, a que lo permitido por el Derecho civil o administrativo también debe de estarlo en el ámbito del Derecho penal, pero

---

(51) Cfr. Eser, *Schönke/Schröder*, § 1, 31; en contra Kratzsch, *JuS* 1975, pp. 435 y ss.

(52) Cfr. Mir Puig, *Derecho Penal...*, p. 98, lo propone como límite al *Ius Punienti* en un Estado social; con más argumentaciones, Mir Puig, *Introducción a las bases...*, pp. 125-128, el principio de subsidiaridad obliga a que el Estado sólo pueda acudir a las sanciones penales cuando otras medidas, civiles o administrativas, no sean suficientes.

no al contrario. En relación con el problema aquí examinado, el principio de legalidad no es obstáculo para la admisión de causas de justificación supraliberales (53), que conducen a *castigar menos*, pero sí constituye un impedimento o, al menos una gran limitación, respecto de la restricción de causas de justificación legales, ya que ello implica *castigar más*, al calificar de penalmente relevante un comportamiento que según el Código Penal es lícito. A esta conclusión se llega poniendo en relación la posibilidad de ampliación o restricción de las causas de justificación con un concreto aspecto del principio de legalidad: la prohibición de analogía, que sólo alcanza a aquélla que perjudica al reo (54), por lo que las restricciones a una causa de justificación legal que excedan de los límites de la interpretación extensiva serán contrarias a la prohibición de analogía *in malam partem* y, en consecuencia, anti-constitucionales por oponerse al principio de legalidad. En la misma dirección, considero que afirmar que el mandato de determinación tiene mayor vigencia en el ámbito del tipo que en el de la justificación tampoco es totalmente válido. Es cierto, que no es posible especificar y tipificar exactamente todos las posibles causas de justificación y su ámbito estricto, pero este problema no es exclusivo de la justificación, ya que se suscita también respecto de los tipos de la Parte Especial (55), y mucho más respecto de los preceptos de la Parte General (56).

2. Fundamentar la existencia de una mayor libertad de interpretación en el nivel de la justificación, en base a la función de solución de conflictos sociales que se asigna a ésta no me parece acertado, en varios sentidos. Por un lado, la función de solución de conflictos sociales no es exclusiva de la justificación sino que también afecta al tipo (57). En los tipos no se castigan todas las modalidades de ataque

---

(53) El planteamiento aquí expuesto es en Alemania doctrina absolutamente mayoritaria y está dirigido, básicamente, a justificar la existencia de causa de justificación supraliberales, por todos, Jescheck, *Tratado...*, pp. 445-447; en España, la jurisprudencia niega esta posibilidad en base al art. 2, 2.º CP, al igual que algunos autores como, Córdoba Roda, «Comentarios al Código Penal», I, pp. 58 y ss.; Cobo-Vives, «Garantías constitucionales del Derecho sancionador», en *Comentarios a la legislación penal* (Dtor. Cobo), I, Madrid, 1982, pp. 202-203, consideran que la analogía *in bonam partem* se opone a las exigencias de taxatividad y reserva de ley, derivadas del principio de legalidad; en la doctrina, se manifiestan claramente a favor de su admisión; Mir Puig, *Introducción...*, pp. 316 y ss.; Cerezo Mir, *Curso...*, I, pp. 174 y 404-405.

(54) Mir Puig, *Derecho Penal...*, pp. 95 y ss., entiende que la analogía en cuanto favorezca al reo no choca con el sentido de límite garantizador que caracteriza al principio de legalidad; en el mismo sentido; Cerezo Mir, *Curso...*, I, pp. 171 y ss., entiende que sólo la analogía *in malam partem* es contraria al principio de legalidad.

(55) Vid. *Supra*, n.º 50.

(56) Pensemos únicamente en dos puntos: la tentativa y la autoría.

(57) Cfr. Schaffstein, «Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht», Fests. für R. Schmidt, 1936, pp. 49 y ss.

a un bien jurídico-penal sino, únicamente aquéllas más graves. La existencia de tres principios del Derecho Penal, o límites del *Ius puniendi*, como son: el principio de subsidiaridad, el carácter fragmentario y el principio de intervención mínima, determinan que: 1.º) sólo se protegen los bienes jurídicos penales; 2.º) sólo se protegen respecto de las formas de ataque más graves, y 3.º) sólo se protegen en tanto en cuanto su protección no entre en conflicto con la protección de otros bienes jurídicos. Los tipos no castigan, en abstracto, toda puesta en peligro de un bien jurídico, sino, únicamente, en tanto en cuanto esta protección constituya un interés predominante que justifique la imposición de una pena (58). En segundo lugar, cabe advertir que las causas de justificación tienen una finalidad idéntica a la de muchos elementos previstos en los tipos, que tratan de limitar, en concreto, el alcance de la protección penal; en otras palabras, limitar la protección de bienes jurídicos en base a la existencia, en el caso concreto, de otros intereses predominantes, al igual que sucede con las causas de justificación (59). En definitiva, tanto en el tipo como en la justificación se trata de delimitar, de entre todas las formas posibles de puestas en peligro o lesiones de bienes jurídicos, aquéllas que el Derecho considera penalmente desaprobadas. Entender la antijuricidad material como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico no significa que estén penalmente desaprobadas todas las lesiones de bienes jurídicos. El contenido de la antijuricidad material —principio de lesividad «*nullum crimen sine iniuria*»—, se ha de poner en relación con el principio de legalidad —*nullum crimen sine lege*—, de lo que se concluye que sólo será antijurídica la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico cuando esté prohibida por una ley penal.

3. Concebir como finalidad específica de la justificación, en su totalidad, la solución de conflictos sociales (60), aún cuando sea parcialmente cierto, no sirve como criterio eficaz para la interpretación del contenido y límites de cada causa de justificación (61). La solu-

---

(58) El tipo no tiene una función exclusivamente de garantía, sino que, fundamentalmente, la creación de un tipo debe de obedecer a finalidades político criminales. El tipo ha de cumplir con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, en consecuencia, un tipo que no tenga eficacia para la protección de un bien jurídico, o que no sirva a la protección de algún bien jurídico carece de justificación.

(59) Así, por ejemplo, art. 600, 1.º, los daños imprudentes sólo se castigan si exceden de la cuantía del seguro obligatorio; art. 489 ter, deber de socorro siempre que no haya riesgo propio ni de tercero; al igual que en el art. 338 bis, respecto del deber de impedir determinados delitos; art. 349, las infracciones tributarias sólo serán delito fiscal cuando excedan de 5.000.000 de pesetas.

(60) Vid. *Supra*, IV, 4.

(61) En España, han defendido la colisión de intereses, como base de la legítima defensa, por ser una causa de justificación, Rodríguez Mourullo, *Legítima defensa...*, 6, pp. 64 y ss.; Magaldi, *La legítima defensa...*, p. 79.

ción de conflictos sociales no es útil en la medida en que esta finalidad es propia también del tipo. No es eficaz, además, por su falta de concreción, ya que no es posible encontrar una finalidad que, en igual medida, comprenda el fundamento de todas las causas de justificación (62): la función de solución de conflictos sociales es algo demasiado amplio. El fundamento, y la consiguiente función, de la legítima defensa y del estado de necesidad no es igual, aun cuando existan aspectos comunes, como puede ser la finalidad de solución de conflictos sociales, propia, por otro lado, también de los tipos. Por consiguiente, en orden a interpretar el significado y límites de los elementos de cada causa de justificación habrá que partir del fundamento específico de cada una de ellas.

4. Resumiendo, partiendo de: la naturaleza específicamente jurídico-penal de las causas de justificación; de su función de límite de la prohibición (indiciariamente prevista en el tipo) —el hecho justificado no es jurídicamente neutro o indiferente, sino jurídicamente positivo (63)—; del significado del principio de legalidad, y del principio de subsidiariedad del Derecho Penal, cabe afirmar que las restricciones a la legítima defensa sólo serán válidas en tanto en cuanto se mantengan dentro de los límites de la interpretación y no constituyan analogía (64). Por interpretación se ha de entender la «búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su *sentido literal posible*» (65). De las mismas premisas, podemos deducir, a su vez, que la libertad de interpretación en el ámbito de la justificación no tiene porque ser distinta de la que existe en otros niveles del delito: los valores sociales predominantes, la realidad social, afecta tanto a la interpretación de los tipos como a la de las causas de justificación: en ambos casos la interpretación ha de ser «*secundum legem*» y no «*praeter*

---

(62) Cfr. Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, pp. 75 y ss., examina críticamente distintos intentos doctrinales de encontrar un fundamento general, válido para todas o casi todas las causas de justificación. dentro de estas teorías generalizadoras, Luzón las clasifica, creo que con razón, en dos grupos: la teoría del fin y las teorías de la colisión de intereses. Dentro de este último grupo sitúa las teorías de la colisión de intereses o de bienes; la ponderación de intereses; el principio del interés preponderante, por entender que todas ellas responden a una idea común: la de que en cualquier causa de justificación se enfrentan intereses o bienes jurídicos y hay que elegir entre ellos. La teoría de Roxin, «solución de conflictos sociales», responde básicamente al mismo principio, pero desde la perspectiva de los fines de la pena: fundamento de la justificación es su función de solución de conflictos sociales.

(63) Stratenwerth, «Prinzipien der Rechtfertigung», *ZstW*, 1956, pp. 41 y ss. p. 41.

(64) Bacigalupo, «La garantía del principio de legalidad y la prohibición de analogía en el Derecho Penal», *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 2 (1983), pp. 13 y ss., pp. 28 y ss., no admite esta distinción, por entender que no cabe diferenciar, estructuralmente entre interpretación extensiva y analogía.

(65) Mir Puig, *Derecho Penal...*, p. 95.

*legem*» (66). En la interpretación teleológica de los límites de una causa de justificación no es factible partir de un fundamento común al nivel de la justificación, sino, por el contrario, de los fundamentos específicos de cada una de las causas de justificación. Por consiguiente, sería mejor hablar de «interpretación teleológica» de la legítima defensa, acorde con los fines que en la actualidad se le atribuyen, dependientes de los fines asignados al Derecho Penal en cada momento histórico, en lugar de hacerlo de «restricciones ético-sociales».

## VI

### «Restricciones teleológicas», «restricciones ético-sociales» y «restricciones» jurisprudenciales

1. Los límites de la legítima defensa no pueden fundamentarse en meras consideraciones, siempre fluctuantes, de política-criminal. La posibilidad de desarrollo de los principios político-criminales está constreñida por la regulación legal, por la letra de la ley (67). El fundamento de la legítima defensa ha de ser el punto de partida para la interpretación teleológica de sus elementos legales. A este respecto, hoy día, podemos decir que la doctrina absolutamente mayoritaria defiende el llamado doble fundamento de la legítima defensa (68): 1.º individual: necesidad de defensa de bienes jurídicos en peligro, propios o de terceros; 2.º supraindividual: necesidad de defensa del Derecho. Dentro de este principio de acuerdo existen numerosas variantes, según: a) el contenido que se dé a estos fundamentos; b) el aspecto del fundamento individual o supraindividual a que se refiere cada uno de los autores, y c) según la relación en que se encuentren el fundamento individual y el supraindividual: de igualdad entre

---

(66) Partiendo del mayor ámbito de libertad interpretativa que atribuye al ámbito de la justificación; Bitzilekis, *Die neue Tendenz...*, p. 88, entiende que sí es posible una interpretación *praeter legem* de la legítima defensa, en orden a su restricción, sin que ello lesione el mandato de determinación del § 103 II, Const.

(67) En este sentido, Engisch, *Fest. Mezger*, p. 131; Krey, «Zur Einschränkung der Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachgütern», *JZ*, 1979, pp. 702 y ss., p. 712, entienden que la definición legal del § 32 StGB encuentra sus límites en el § 103 II Const. y no puede ser corregida ni interpretada contra o sobre la voluntad de la ley, de esta forma mantiene su sentido el principio *nullum crimen* en la aplicación del § 32 StGB.

(68) Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, p. 58, advierte como desde finales del siglo pasado aparecen las primeras posturas en este sentido, cuyo número va creciendo posteriormente hasta llegar a convertirse en opinión dominante en la segunda mitad del siglo actual.

ellos o de preponderancia de uno u otro (69). A partir de la consolidación de la prevención general como finalidad del Derecho Penal, comienza a crecer, incesantemente, una corriente doctrinal que, junto la fundamento individual, entiende el fundamento supraindividual de la legítima defensa como «necesidad del *prevalecimiento* del Derecho, del orden jurídico como un todo» (70). Esta concepción del fundamento supraindividual de la legítima defensa supone poner en relación, éste con la teoría de los fines de la pena y de esta forma atribuir a la legítima defensa una función de prevención general, tanto en su acepción de prevención general negativa o intimidatoria —amenaza a los sujetos—, como en la de prevención general positiva o integradora —*prevalecimiento* del orden jurídico— (71). La finalidad de prevención de la legítima defensa se trata de alcanzar a través de la eficacia disuasoria del derecho de defensa. Con la defensa se busca que cada agresor antijurídico tenga que contar con que cada ciudadano puede impedir su plan y rechazarlo con violencia. Al mismo tiempo, con ello, se persigue demostrar a la sociedad que la agresión contra intereses jurídicamente reconocidos se rechaza jurídicamente (72).

2. En principio, parece que de la finalidad de prevención general, que se asigna a la legítima defensa, puedan derivarse numerosas consecuencias (73), sin embargo, el problema reside en determinar cuáles han de ser éstas. Para algunos, las más significativas, en atención a las posibles restricciones ético-sociales (74), podrían ser: a) de

---

(69) Vid. Algunas de estas variantes en, Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, pp. 58-61.

(70) Cfr. Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, pp. 61-69, con referencias doctrinales sobre los defensores de esta corriente; en el mismo sentido, y con nuevas referencias sobre la situación de la doctrina alemana; Bitzilekis, *Die neue Tendenz...*, pp. 45 y ss.

(71) Cfr. Roxin, *CPC*, n.º 19 (1982), p. 301 (= *ZStW*, 1981, pp. 68 y ss., p. 75); Felber, «Die Rechtswirksamkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen», München, 1979, p. 99, aluden también a finalidades de prevención especial.

(72) Cfr. Bitzilekis, *Die neue Tendenz...*, p. 65, para el cual, sin embargo, la defensa no tiene la misma función preventivo general que la pena, porque no es seguro que en todo caso una agresión ilegítima reciba respuesta defensiva. La pena es una amenaza segura y la legítima defensa no, porque no es un deber que se siga de forma inmediata de toda agresión y que por ello sea esperado, sino un derecho.

(73) Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, pp. 65, 150, 183, 191, 230, 233... entre otras, interpreta el significado y límites de los elementos de la legítima defensa en función de los fines preventivos atribuidos a la legítima defensa; Gómez Benitez, «Teoría jurídica...», p. 316, deduce, del doble fundamento de la legítima defensa, que ésta no está sometida al principio de proporcionalidad, en el sentido de ponderación de intereses, propio del estado de necesidad, y que las restricciones ético-sociales se pueden derivar de sus propios fundamentos.

(74) Marxen, *Die «sozialethischen» Grenzen...*, pp. 35-38, crítica a la doctrina mayoritaria por entender que atribuir, por un lado, finalidad de «prevalecimiento» del Derecho a la legítima defensa y luego proponer restricciones ético-sociales es una equi-

la finalidad preventiva de la defensa se sigue la imposibilidad de restringir la legítima defensa en base a la medida de la culpabilidad del atacante (75); *b*) del mismo modo, se afirma que para la legítima defensa no es necesaria una agresión punible (76); *c*) igualmente, se deduce que el elemento de *necesidad racional* de la defensa no implica exigencia alguna de proporcionalidad, en el sentido de ponderación de intereses, sino que sirve únicamente como medida de las respectivas posibilidades de defensa en concreto (77). Sin embargo, un amplio sector doctrinal entiende, que pese a la finalidad preventiva de la legítima defensa o, mejor aún, que en base a las finalidades preventivas son válidas determinadas restricciones. Roxin justifica esta postura afirmando que las necesidades preventivo-generales no son siempre las mismas (78); para otros, las restricciones son posibles por la íntima conexión entre el fundamento individual y supraindividual de la legítima defensa, de la que se deriva que el Derecho sólo quiere «prevalecer» cuando sea absolutamente necesaria y proporcionada la defensa (79). Junto a ello, la doctrina mayoritaria, busca la restricción de la legítima defensa, a través de una interpretación restrictiva de sus elementos (80), para lo que consideran de utilidad diversos criterios

---

vocación, porque ello supone que el Ordenamiento jurídico cede frente a una consideración puramente ética.

(75) Sobre este punto, ampliamente, Hirsch, *Die Notwervoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs, Fest. Dreher*, pp. 211 y ss., p. 216; en contra, Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, pp. 230 y ss., piensa que de acuerdo con el argumento preventivo se debería exigir que la agresión fuera culpable, pero que ello iría formalmente contra la letra de la Ley, que habla de agresión ilegítima, equiparable a antijurídica y no a culpable; proponiendo, sin embargo, de *lege ferenda*, la exigencia de una agresión culpable.

(76) Por todos, Lenckner, *Schönke-Schröder*, § 32, 19.

(77) En este sentido, Bitzilekis, *Die neue Tendenz...*, p. 64; con otra fundamentación, Luzón Peña, «Aspectos esenciales...», pp. 72 y ss., que invierte la argumentación anterior, entendiendo que la no exigencia en la regulación legal de la legítima defensa del requisito de la proporcionalidad, confirma que la defensa tiene que fundamentarse en algo más que el simple fundamento individual de la necesidad de protección de bienes jurídicos.

(78) Roxin, *CPC*, n.º 19 (1983), p. 303; en el mismo sentido, Gómez Benítez, *Teoría jurídica...*, p. 315, entiende que las restricciones se deducen de su propio doble fundamento.

(79) Vid. al respecto, Lenckner, *Schönke-Schröder*, § 32, 1a), donde afirma que de la unión de los dos fundamentos de la legítima defensa se deriva, a su vez, que no quepa legítima defensa en los supuestos de ausencia de peligro —tentativa imposible—, porque en ese caso falta el peligro para un bien jurídico y, en consecuencia, falta el fundamento individual; en sentido similar, Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, pp. 150 y ss.

(80) En particular, la restricción se persigue a través de una interpretación restrictiva del término «Gebotensein», incorporado por la 2.ª Ley de Reforma penal, en cuya Exposición de motivos, se destaca «que el derecho de legítima defensa estaba necesitado de una limitación en base a causas ético-sociales, mediante las que fuesen eliminados los casos que no merecen justificación». Sobre ello, vid., entre otros, Roxin, *CPC*, n.º 19 (1983), pp. 304-306; Bitzilekis, *Die neue Tendenz...*, pp. 94-97.

regulativos como: el principio jurídico del «abuso del derecho» (81), que es el más extendido (82), o el principio de exigibilidad, como principio regulativo general (83). La utilización de estos principios generales en el ámbito de las restricciones a la legítima defensa puede dar lugar a que los supuestos de legítima defensa se resuelvan de forma arbitraria lesionando los principios de igualdad y seguridad jurídica (84). En consecuencia, podemos concluir que las restricciones a la legítima defensa sólo pueden ser válidas cuando, de acuerdo con el principio de legalidad, se realicen, exclusivamente, a través de una interpretación de sus elementos tomando en consideración, al unísono (85), su doble fundamento (86).

3. Mientras que en la doctrina existe un elevado nivel de acuerdo sobre el fundamento de la legítima defensa, en la jurisprudencia la situación es distinta (87). Aun cuando en alguna sentencia se afirma que, de acuerdo con la doctrina predominante, la legítima defensa tiene un fundamento doble (88), el significado que éste tiene para la jurisprudencia

---

(81) Lenckner, *Schönke-Schröder*, K 32, 46, afirma que pese a que la doctrina mayoritaria fundamenta las restricciones en este pensamiento, éste no permite saber en que casos es posible restringir el derecho de defensa.

(82) En este sentido, vid. Lenckner, *Schönke-Schröder*, § 32, 46, que considera la posibilidad de restringir la legítima defensa a través del principio del abuso de derecho, como doctrina y jurisprudencia mayoritaria; Bitzilekis, *Die neue Tendenz...*, pp. 100-104, examina críticamente esta doctrina y entiende que el principio de abuso de derecho no tiene ninguna utilidad distinta de la que pueda surgir de una interpretación del término «Gebotensein».

(83) Bitzilekis, *Die neue Tendenz...*, pp. 97-100, considera que el principio de exigibilidad sólo puede tener una cierta utilidad en la interpretación del término «Gebotensein» y como punto de vista valorativo de lo que se entiende como ético-social; Lenckner, *Schönke-Schröder*, § 32, 46, entiende que el criterio de exigibilidad no sirve en la legítima defensa por no atender al fundamento de defensa del Derecho.

(84) En este sentido, Marxen, *Die «sozialethischen» Grenzen...*, p. 19, entiende que de esta forma la legítima defensa pierde sus claros contornos y las resoluciones son casuísticas.

(85) Mir Puig, *Derecho Penal...*, p. 459, expresa muy claramente la estrecha relación en que deben de encontrarse los fundamentos individual y supraindividual de la legítima defensa, cuando afirma que «[...] la legítima defensa encuentra su razón de ser en la defensa del Derecho en el marco de los bienes jurídicos individuales».

(86) En este sentido, Bizilekis, *Die neue Tendenz...*, pp. 104-108, que entiende que sólo de esta forma es posible una construcción dogmática de las restricciones a la legítima defensa y una utilización, en la práctica jurídica de la legítima defensa, segura y bajo control.

(87) No sucede lo mismo en Alemania, donde también es jurisprudencia unánime el doble fundamento de la legítima defensa con un significado análogo al que propone la doctrina, por todas, vid. *BGH* 24, 356.

(88) Así, por ejemplo, sentencia de 2 de octubre de 1981, «[...] la legítima defensa es una causa de justificación, fundada en la necesidad de autoprotección y de afirmación del Derecho, y regida como tal por el principio del interés preponderante».

dencia no es igual al que se proponía, Supra VI, ya que, en la misma sentencia, al final se añade «[...] y regida como tal por el principio del interés preponderante». Por otro lado, en sentencias muy recientes el Tribunal Supremo acude a fundamentos criticados y olvidados por la doctrina: en la sentencia de 3 de enero de 1990, fundamenta la legítima defensa en la imposibilidad de acudir a los Tribunales: «[...] imposibilidad de acudir a la protección del Estado como titular del monopolio de los medios violentos... tácita delegación de los poderes coercitivos públicos» (89). En otras sentencias considera, en relación con el fundamento de la legítima defensa, algunas de las teorías generalizadoras, que buscan un fundamento común para todas las causas de justificación en el conflicto de intereses (90). Así, por ejemplo, en unas fundamenta la legítima defensa en el principio del interés preponderante del que es agredido injustamente (91), mientras que en otras, como en la sentencia objeto de este comentario, se refiere a la existencia de un conflicto de intereses (92), todo lo cual induce a confundir la legítima defensa con el estado de necesidad (93). Esta confusión se advierte claramente en la sentencia de 1 de abril de 1990, donde se afirma, literalmente: «[...] aunque no sea necesaria la fuga ante la agresión, es necesaria la amenaza de un mal igual o mayor» (94).

4. Veíamos, Supra V.2, que la doctrina, aun cuando está de acuerdo en atribuir un doble fundamento a la legítima defensa, se encuentra dividida a la hora de determinar las consecuencias que se deban derivar de este doble fundamento, lo que, a su vez, repercute en la amplitud que puedan alcanzar las restricciones ético-sociales. Esta falta de concreción respecto al alcance de las restricciones ha sido criticada, por entender que lesiona los principios de igualdad y de seguridad jurídica (95). Sin embargo, en Alemania, existen unas premisas

---

(89) Críticamente, respecto de esta fundamentación de la legítima defensa, Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, pp. 31-41.

(90) Cfr. Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, pp. 85-90, examina críticamente estas teorías entre las que incluye el «principio del interés preponderante», la colisión de intereses o la ponderación de intereses.

(91) Sentencias de 14-6-1971; 11-3-1972; 24-9-1973; 21-5-1975; 10-11-1975; 12-2-1979; 19-12-1979, entre otras.

(92) STS 2-2-1990, se afirma que: «En la legítima defensa confluyen intereses plurales y contradictorios...».

(93) En este sentido, Luzón Peña, «Legítima defensa...», en *Estudios penales*, p. 119, entiende que tratar de reconducir el fundamento supraindividual de la legítima defensa a uno más amplio, como el principio del interés preponderante, común con otras causas de justificación, induce a confundir esta eximente con la de estado de necesidad.

(94) En el mismo sentido, STS-7-6-1985; 3-3-1987; 16-6-1987, entre otras.

(95) En este sentido la obra de Marxen, *Die «sozialethischen» Grenzen...*, *passim*, con distintas referencias a la doctrina minoritaria que rechaza, en todo o en parte, las restricciones ético-sociales a la legítima defensa.

mayoritariamente aceptadas, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que pese a las críticas de ciertos sectores, ha conducido a un elevado nivel de acuerdo sobre los grupos de casos a los que afectan las restricciones ético-sociales (96). Por el contrario, en España, no existe una discusión propia al respecto, por lo que el sector doctrinal que acepta la posible existencia, de *lege lata*, de restricciones a la legítima defensa se remite a algunos de los grupos de casos desarrollados en Alemania (97). Si se suscitan problemas de concreción partiendo de unos principios comunes, es fácil imaginar lo que sucede cuando no existen unas premisas, de las cuales quepa extraer determinadas consecuencias. Nuestra jurisprudencia en materia de legítima defensa es un claro ejemplo de la arbitrariedad a la que se puede llegar cuando se carece de sistemática (98).

5. En la jurisprudencia se pueden encontrar numerosos ejemplos de infracciones a los principios de legalidad y seguridad jurídica, por falta de una elaboración sistemática. Vamos a examinar, puntualmente, algunos de los supuestos en los que se restringe «injustificadamente» la legítima defensa. Los distintos fundamentos que el Tribunal Supremo atribuye a la legítima defensa le «permiten» utilizar uno u otro según el supuesto de que se trate. Así, por ejemplo, basándose en la posibilidad o no de recurrir a los Tribunales, como fundamento de la legítima defensa, concibe la agresión como «acometimiento físico» (99), de lo que infiere, entre otras cosas, que: ni las amenazas (100), ni éstas junto a una persecución constituyen agresión (101), y que no es factible la defensa de derechos (102).

---

(96) Cfr. Roxin, *CPC*, n.º 19 (1983), pp. 307-323; en el mismo sentido, con referencias doctrinales y jurisprudenciales, Lenckner, *Schönke-Schröder*, § 32, 48-62.

(97) Mir Puig, *Derecho Penal...*, pp. 459-460, alude a los casos de: extrema desproporción y a los ataques de sujetos inculpable; Gómez Benítez, *Teoría jurídica...*, pp. 322-327, se refiere a los casos de: agresiones de inculpables o que actúan con culpabilidad notablemente disminuida; agresiones insignificantes, y defensa que comporta peligro para la vida del agresor.

(98) El problema es más acuciante, si cabe, en las instancias judiciales inferiores.

(99) Críticamente sobre el concepto de agresión del Tribunal Supremo, Magaldi, *La legítima defensa...*, pp. 29-54; sobre las distintas concepciones doctrinales y jurisprudenciales, al respecto, vid. Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, pp. 131-141; aun cuando es jurisprudencia prácticamente unánime, en alguna sentencia se aparta de esta línea y no exige un acto de fuerza, así por ejemplo, STS 21-4-1980.

(100) Cfr. Magaldi, *La legítima defensa...*, pp. 47-54, con numerosa jurisprudencia al respecto.

(101) En este sentido, en la STS de 3 de enero de 1990, se niega la existencia de legítima defensa completa ni incompleta, en base a la inexistencia de agresión, cuando se afirma que el procesado amenazó y perseguió hasta el interior de una calle estrecha a Vicente, el luego lesionado.

(102) Mir Puig, *Derecho Penal...*, p. 461, advierte que la exigencia de acometimiento físico es *contra legem*, porque ello supone la imposibilidad de defender sólo los derechos.

Otro punto, si cabe más discutible, es la exigencia de proporcionalidad en la legítima defensa, con un contenido idéntico al propio del estado de necesidad, en varias sentencias (103). Esto me parece una infracción clara del principio de legalidad (104), más aún, cuando es discutible incluso su utilización como criterio regulativo de las restricciones a la legítima defensa (105). En otras resoluciones el Tribunal Supremo, pone en relación la proporcionalidad con el requisito de la necesidad racional (106). Es cierto que a través de la interpretación del requisito de la necesidad racional es factible excluir algunos supuestos de extrema desproporción, por entender que frente a una agresión mínima determinada defensa no es necesaria ni racional (107). Sin embargo, me parece inadmisibles afirmar, como hace el Supremo, que falta la necesidad concreta en un supuesto en el cual la «víctima», de treinta y tres años, «agarró al padre del procesado, de setenta y cuatro años, le propinó un puntapié y le continuaba maltratando físicamente...», momento en el cual el «procesado», de cincuenta y cuatro años, golpeó a la «víctima» con un palo en un brazo «[...] hasta que lo derribó, tras lo cual no continuó el golpamiento» (108). En este supuesto se considera que no es racional una conducta defensiva consistente en golpear un brazo, cuando

---

(103) Vid. *Supra* Y 3 y n.º 96; vid. también, n.º 11, en la que se cita la sentencia de 1 de marzo de 1990, en la cual se considera *desproporcionado*, descargar un golpe con un palo a un sujeto que le había sustraído un tornillo y que le amenazaba con una navaja.

(104) En este sentido, Cobo-Vives, *Derecho Penal...*, p. 387, entienden que la idea de proporcionalidad sólo se puede utilizar con un sentido amplio, como criterio rector a partir del cual establecer los límites de la reacción defensiva, ya que la letra de la Ley exige, únicamente, que el medio empleado sea racionalmente necesario para la defensa.

(105) Lenckner, *Schönke-Schröder*, § 32, 46, entinde, junto con otros autores, que el principio de proporcionalidad, como criterio regulativo de las restricciones a la legítima defensa, no atiende al fundamento de defensa del Derecho.

(106) En contra de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, Luzón Peña, «Legítima defensa...», en *Estudios penales*, p. 147, advierte que *racional* no equivale en modo alguno a *proporcional* y que el art. 8, 4.º no exige la proporcionalidad en ninguna parte.

(107) La doctrina española, que podríamos considerar mayoritaria, por todos, vid. Luzón Peña, «Legítima defensa...», en *Estudios penales*, p. 148, entiende que una defensa es racional cuando en el momento de actuar el defensor, dadas las circunstancias, el medio utilizado aparece como necesario. En los casos de extrema desproporción lo que sucede es que no puede decirse que el medio utilizado fuera necesario (con excepción de los casos de error, que deberán de ser tratados como tales).

(108) STS 14 de marzo de 1990, en la que se condena a José H. M., que defendió a su padre, por un delito de lesiones, rotura de brazo, con eximente incompleta de legítima defensa, condenándole, al mismo tiempo, a una indemnización a la «víctima», vid. *Supra*, n.º 14.

en Alemania, con una regulación legal similar (109), se propone como restricción ético-social, no considerar legítima defensa necesaria las conductas que pongan en *peligro la vida dolosamente en defensa de agresiones contra bienes* (110). Este ejemplo es suficientemente indicativo de la imposibilidad de comparar las restricciones ético-sociales propuestas en Alemania, con las «restricciones» de nuestra jurisprudencia, carentes de fundamento legal, político-criminal o ético-social.

6. Examinaremos, por último, el problema que se suscita en la sentencia de 22 de febrero de 1991, que afecta a un requisito respecto del cual, el Tribunal Supremo, no había sido, generalmente restrictivo: la falta de provocación suficiente (111). En primer lugar, respecto del alcance de este requisito es doctrina jurisprudencial, casi unánime, que no se trata de un elemento esencial, por lo que, de no concurrir, estaríamos frente a una eximente incompleta (112). Sin embargo, en esta sentencia se afirma que concurre provocación por parte del que se defiende, negando por ello la apreciación tanto de la eximente completa como de la incompleta (113). Este cambio de criterio es, si cabe, menos aceptable, desde el momento en que no se trata de una provocación intencional (114), e incluso es discutible que la conducta de provocación puede calificarse como imprudente

---

(109) En este sentido, Courakis, *Zur sozioethischen Grenzen...*, pp. 62-68, realiza un estudio comparado de la regulación de la legítima defensa en distintos países, p. 66, en relación con la regulación española.

(110) Si examinamos las restricciones a la legítima defensa, propuestas por Roxin, *CPC*, n.º 19 (1983), pp. 305 y ss., en base a la interpretación del requisito de «estar requerido» —*Gebotensein*—, que podríamos equiparar a la exigencia de «racionalidad», vemos que la discusión se desarrolla en unos términos diametralmente distintos, pp. 317 y ss., se propone la restricción de la legítima defensa en supuestos de agresiones insignificantes —robo de 60 marcos, infracciones administrativas, delitos perseguibles a instancia de parte...—, excluyendo la defensa que suponga un peligro para la vida. Apelando al art. 2, de la Convención Europea de Derechos Humanos, cuyo párrafo 1 prohíbe toda muerte intencionada y cuyo párrafo 2 a) menciona, entre las excepciones, la violencia «en defensa de una persona contra una agresión ilegítima». A *sensu contrario* se ha deducido que bajo ninguna circunstancia sería legítima la muerte de un ser humano frente a *agresiones no violentas contra bienes*. Roxin considera que la Convención sólo restringe la muerte intencionada, admitiendo como defensa necesaria la conducta que produzca la muerte con dolo eventual.

(111) Vid. al respecto, Magaldi, «La legítima defensa...», pp. 144-147, exigiendo que se tratase de una provocación intencional.

(112) En este sentido, Magaldi, «La legítima defensa...», pp. 149-151, advierte como, excepto en contadas ocasiones, la existencia de provocación da lugar a la apreciación de la eximente incompleta.

(113) En la sentencia se afirma expresamente: «Se dan, de acuerdo con los hechos probados, dos de los tres elementos de la legítima defensa; la falta de provocación no.»

(114) En general, sin embargo, el TS había exigido que se tratase de una provocación intencional, Magaldi, «La legítima defensa...», pp. 147-149; en otro sentido, Cór-

(115), o si, ni tan siquiera, es contraria a las normas sociales y de que, además, habían existido provocaciones previas del agresor al agredido (116). Sin entrar en las enormes dificultades que suscita la concreción del alcance de este requisito (117), no apreciar, ni tan siquiera, la exigente incompleta en un supuesto en el cual calificar la conducta del provocador como imprudente sólo es posible utilizando la acepción vulgar del término «imprudente» (118), constituye, también, una restricción *contra legem* del art. 8, 4.º del Código Penal. Comparando la doctrina sentada en esta sentencia con la doctrina alemana respecto a la provocación (119), vemos que, como sucedía en el apartado anterior, la situación es totalmente distinta. Roxin, en función del fundamento preventivo de la legítima defensa, entiende que una conducta que «[...] objetivamente es conforme a derecho no es motivo ninguno para reducir la autorización de legítima defensa, incluso si dichas conductas habrían de provocar agresiones previsiblemente... El que se deja provocar por dicha conducta se dirige tanto contra el Derecho como el que no ha sido provocado, y no se hace merecedor, por tanto, de un trato más benevolente» (120). Esta comprensión de la provocación es opuesta a la solución a la que se llega en esta sentencia, en la que, además, se sobredimensiona el alcance que puede tener el requisito de «la falta de provocación suficiente» (121).

---

doba Roda, *Comentarios I*, p. 251 y ss., entiende que cuando la provocación es intencional se excluye también la apreciación de la exigente incompleta.

(115) En la sentencia se afirma que la conducta calificada como provocación fue imprudente: «En tales circunstancias constituyó una grave imprudencia, que hay que valorar como provocación.»

(116) El «provocado» (posteriormente agresor y, finalmente, víctima), «[...] había amenazado varias veces de muerte al inculpado y que la noche anterior, sobre las 23 horas, y la misma mañana del día de autos le había llamado por teléfono a su domicilio estando ausente...»

(117) Vid. esta problemática, en Luzón Peña, «Legítima defensa...», en *Estudios Penales*, pp. 151-157, con referencia a las distintas posturas doctrinales al respecto.

(118) Calificar como «imprudente» seguir al provocado con un taxi y hacerle luces para que se detenga, tal y como sucede en este supuesto, es algo parecido a calificar de imprudente, y afirmar que con ello se provoca, por ejemplo, el pasear por determinadas calles a ciertas horas en que se suelen producir atracos o dejar un coche con la radio puesta...

(119) El hecho de que en Alemania la falta de provocación suficiente no sea un requisito de la legítima defensa no excluye la posibilidad de comparar; en este sentido, Luzón Peña, «Legítima defensa...», en *Estudios Penales*, p. 153-157, trata de determinar el alcance del requisito acudiendo, precisamente, a la elaboración doctrinal alemana que propone como restricción a la legítima defensa los supuestos de provocación culpable por el agredido.

(120) En este sentido, Roxin, *CPC*, n.º 19 (1982), p. 313, en relación con la sentencia del BGH, 27, 336.

(121) En este sentido, Luzón Peña, «Legítima defensa...», en *Estudios Penales*, p. 151, critica la línea jurisprudencial que considera provocación actos mínimos e incluso

7. Lo expuesto en el apartado anterior me parece suficientemente representativo de la postura restrictiva del Tribunal Supremo en relación con la legítima defensa, actitud que como veíamos se apreciaba, aun cuando fuera soterradamente, en la sentencia que me ha servido de motivo para este comentario (122). Quiero referirme, por último, a la crítica que me merece, no ya la resolución de dicha sentencia, sino su mera existencia, puesto que considero inadmisibles que una persona, que realiza una conducta de defensa de bienes jurídicos tan esenciales como la vida y la libertad sexual y, al mismo tiempo, del Derecho, deba de sufrir el *castigo* de un proceso penal que llega a casación (123). La pregunta es la siguiente: ¿es posible, o incluso obligado, que de la naturaleza de la legítima defensa se derive, junto a las consecuencias que unánimemente aceptan la doctrina y la jurisprudencia (124), otra de índole procesal: el sobreseimiento (125)? El problema está íntimamente relacionado con la naturaleza de la legítima defensa y con la función que se atribuya al tipo de injusto. Para un amplio sector doctrinal, la legítima defensa es un derecho concedido por el orden jurídico al particular (126), mientras que para la jurisprudencia se trata únicamente de un «permiso», a partir de lo cual persigue justificar un rigor extremo en orden a valorar la concurrencia o no de los requisitos (127). Aun cuando existe unanimidad en afirmar su naturaleza de causa de justificación, las diferencias surgen respecto de la mayor o menor valoración positiva de la legítima defensa según la forma en que se expresa la idea de la licitud de la acción de defensa: no prohibida, permitida, autorizada jurídicamente, conforme a Derecho... El doble fundamento de la legítima defensa determina que la acción de defensa no pueda verse como algo meramente tolerado por el derecho sino, por el contrario como algo valorado positivamente por el Derecho: la conducta de defensa y el resultado producido son lícitos (128).

---

lícitos o incidentes ocurridos con mucha anterioridad; en sentido similar, Magaldi, «La legítima defensa...», p. 159, que en el examen de la jurisprudencia sobre este requisito, advierte que el Tribunal Supremo es contradictorio y que no existe un criterio jurisprudencial constante.

(122) Vid. *Supra* I, 4.

(123) Vid. *Supra* II, 2.

(124) Por todos, vid. STS 3-5-1990: a) contra la legítima defensa no cabe legítima defensa; b) la participación en la defensa es impune; c) exime de responsabilidad civil, y d) no cabe la aplicación de medidas de seguridad posdelictuales.

(125) Vid. *Supra* II, 2 y 3.

(126) En este sentido se manifiesta, Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, p. 99.

(127) En este sentido, sentencia de 9 de mayo de 1990, «El Estado que permite la agresión de bienes jurídicos... muy riguroso a la hora de valorar la concurrencia de todos o algunos de los requisitos...».

(128) En este sentido, Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, pp. 111-126, donde diferencia entre las distintas causas de justificación, afirmando que en la legítima defensa tanto la conducta como el resultado son valorados positivamente por el Derecho.

En consecuencia, probados unos hechos como los relatados en la sentencia no es admisible afirmar que existen «indicios de criminalidad», art. 384 LECrim, a no ser que se otorgue al tipo una función procesal, lo cual carece de justificación legal (129), por lo que no se debería de incoar el sumario (130) o, de haberse iniciado, se debería dictar sobreseimiento libre (131), de acuerdo con el art. 637, 2.º LECrim.: «Cuando el hecho no sea constitutivo de delito». Es cierto que la denuncia de una realización típica debe dar lugar a un mínimo de actividad de instrucción, con el fin de respetar el derecho a la tutela penal, art. 24, 1.º Const., pero sólo en caso de existir dudas sobre la trascendencia penal del hecho será necesario abrir unas diligencias previas (132). La doctrina procesal parte de que indicio de criminalidad es igual a tipicidad (133), confusión en la que colaboran el desconocimiento por parte de los procesalistas del Derecho Penal material y la redacción de los preceptos de la LECrim., que utiliza distintas expresiones como «indicios de criminalidad», «infracción penal» o «hecho constitutivo de delito», en relación con los casos en que se deberá iniciar o terminar un proceso (134). Los diversos términos utilizados por la LECrim. no obligan a incoar un sumario o a no dictar sobreseimiento, en su caso, si en la instrucción se advierte, *indubitablemente*, que los hechos carecen de trascendencia penal (135), tal y como sucede en el caso objeto de comen-

---

(129) En este sentido, Cobo-Vives, *Derecho Penal...*, p. 244, entienden que no cabe atribuir al tipo función procesal alguna, ya que lo que exige la LECrim. es la «noticia de la perpetración de un delito, sin que baste la realización de un tipo de injusto».

(130) En este sentido, Cobo-Vives, *Derecho Penal...*, pp. 244-246, n.º 18.

(131) Para algunos autores, no es posible dictar sobreseimiento libre por la hipervaloración del principio acusatorio en el procedimiento ordinario por delito, vid. *Supra*, n.º 13; a favor de la posibilidad de dictar sobreseimiento libre, respecto de los sujetos amparados por una eximente, Cobo-Vives, *Derecho Penal...*, pp. 244-246, n.º 19.

(132) En este sentido, STC 1/1985, 9 de enero, «La falta de toda instrucción priva a la perjudicada de una garantía procesal constitucionalizada en el art. 24, 1.º (...). Sólo realizada la instrucción y depurada la verdad y trascendencia penal de los hechos, podrá decirse que el derecho que constitucionaliza el art. 24, 1.º (...) queda satisfecho».

(133) En este sentido, por ejemplo, Gimeno Sendra, «Los derechos de acción penal al juez legal y de defensa», *Comentarios a la legislación penal*, Cobo (dtor.), T. I, Madrid, 1982, pp. 141 y ss., p. 149, afirma que: «[...] si la conducta no reviste los mínimos caracteres típicos, habrá de disponer el archivo de las actuaciones practicadas», en base a lo previsto en los art. 269, 312-313 y 789, 1.º, LECrim, cuando en estos preceptos se utiliza el término «delito» (art. 269 o 313) o «infracción penal» (art. 789, 1.º); Ramos Méndez, *El proceso penal...*, p. 60, en el mismo sentido, habla indistintamente, de conducta típica y conducta punible.

(134) En Alemania, por el contrario, el StPO, utiliza siempre el término «hecho punible», así, por ejemplo, § 160.

(135) Vid. *Supra*, n.º 132, el Tribunal Constitucional condiciona la apertura del proceso según la trascendencia penal o no de los hechos, sin referirse en ningún caso a la existencia o no de tipicidad.

tario, ya que ni se les puede calificar de criminales, ni constituyen delito o infracción penal. A la falta de justificación legal para continuar el proceso, en casos como el analizado, se suma el hecho de que nos encontramos en un momento en el cual la política legislativa, con la finalidad de poner límite a la proliferación de procesos penales y los consiguientes retrasos en los Tribunales penales, acude al principio de oportunidad (136), contraponiéndolo al principio de legalidad (137). Consecuentemente, parece, cuando menos, contradictorio no limitar también los procesos penales en base al propio principio de legalidad: cuando los hechos carecen de relevancia penal, por estar justificados.

---

(136) Cfr. Ramos Méndez, *El proceso penal...*, p. 28, como criterios de oportunidad que permiten prescindir del proceso penal están: la conformidad del imputado con la pena, los delitos bagatela, la aceptación de medidas alternativas a la pena...; en Alemania, existe la misma tendencia legislativa, recogida en el §§ 153 StPO y ss., donde se regulan los casos en los que el Fiscal puede, generalmente con la aprobación del Tribunal, prescindir de la persecución de determinados delitos.

(137) En este sentido, Roxin, *Strafverfahrensrecht...*, pp. 68-69, entiende que el principio de legalidad ha perdido su carácter absoluto existiendo numerosas excepciones en base al principio constitucional de proporcionalidad, es decir, al criterio de que se puede renunciar al castigo penal en base a razones de conveniencia por la falta de necesidad de prevención general o especial, en el caso concreto.

# NOTICIARIO

En la redacción de la Revista se ha recibido el siguiente comunicado, que se transcribe para información de los lectores:

Los abajo firmantes, redactores o posteriormente adheridos al Manifiesto por una nueva política sobre la droga aprobado en Málaga el 2 de diciembre de 1989, de acuerdo con el compromiso allí establecido, y siguiendo las pautas marcadas en el citado Manifiesto y en la reunión de trabajo mantenida en Barcelona el 12 de mayo de 1990, aprueban la siguiente:

## Propuesta alternativa a la actual política criminal sobre drogas

### 1. PROPUESTA DE REFORMA DE LA LEGISLACION ADMINISTRATIVA

#### *Fundamentación*

La reciente promulgación de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento («B.O.E.» de 22 de diciembre) ha facilitado extraordinariamente la pretensión de aplicar a los estupefacientes y sustancias psicotrópicas el sistema de control administrativo de los medicamentos, en especial por tres razones:

a) La consideración inequívoca de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas como medicamentos en la propia ley, como se deduce explícitamente de los arts. 1.1, 31.2, 41 y 91.2.b), y, lo que es más importante, conceptualmente del art. 8.1, entre otros preceptos.

b) El afán del legislador por elaborar una norma exhaustiva, abarcadora de todo el proceso, desde la fabricación hasta la dispensación, e incluso su uso, respecto a estas sustancias y productos.

c) La generalizada necesidad de adaptación a esta norma de prácticamente toda la legislación específica sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas, dada su vigencia también para ellos (art. 41), lo que, unido a lo anterior, elimina considerablemente el riesgo de

crear lagunas jurídicas a través de una solicitud de derogación de la legislación específica actualmente vigente.

Todo ello permite hacer una propuesta de reforma de la legislación administrativa bastante simple, que prácticamente queda agotada en sus rasgos esenciales con 20 modificaciones textuales en una norma que posee 119 artículos, siete disposiciones adicionales y siete transitorias, todos ellos bastante prolijos.

Todas las modificaciones propuestas a la ley se explican en función de nueve ideas:

1. Supresión de toda referencia a la persistencia de una legislación específica sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas (modificaciones 1, 7, 11, 13, 15 y 20).

2. Ampliación del ámbito de actuación de los medicamentos, más allá de la indicación terapéutica o análogas, a la extraterapéutica consistente en la obtención de un determinado bienestar corporal o mental, por lo demás ya recogida esencialmente en el propio concepto de medicamento de la ley (modificaciones 3, 4, 5).

3. Eliminación de alguna referencia, demasiado estricta incluso para medicamentos en general, a los riesgos que pueden asumirse (modificación 6).

4. Desarrollo de un sistema controlado de dispensación sin receta, distinguiendo entre el cannabis y sus derivados, y los restantes estupefacientes y psicótropos (modificaciones 2, 8, 12 y 16).

5. Exclusión de la publicidad de estas sustancias y productos (modificación 9).

6. Confidencialidad de los datos personales legalmente obtenidos de los usuarios de estas sustancias y productos (modificaciones 10 y 19).

7. Especial atención al desarrollo de programas y actuaciones específicos de cara a la formación de profesionales e información, educación, prevención y deshabituación de los usuarios y público en general (modificaciones 14 y 18).

8. Establecimiento de un sistema de precios moderadamente desincentivadores y exentos en todo caso de ayuda o financiación públicas (modificaciones 17 y 18).

9. Garantizar a los drogodependientes el consumo de la sustancia bajo especial atención médica y propiciar su deshabituación a medio plazo (modificación 8).

Por otra parte se estima conveniente promover una equiparación entre el régimen vigente para algunas drogas ampliamente utilizadas y oficialmente aceptadas y el de estupefacientes y psicótropos por lo que se refiere al consumo. La equiparación se extiende, en un primer momento, a la dispensación del cannabis para más adelante ampliarse a todo el proceso de cultivo, elaboración y tráfico de esta sustancia y sus derivados.

Todo ello se acompaña de la eliminación del régimen específico actualmente vigente para estupefacientes y psicótopos.

## TEXTO

1. Derogación del actual régimen específico para estupefacientes y sustancias psicotrópicas establecido, entre otras disposiciones de menor entidad, en la Ley 17/67 de 8 de abril para estupefacientes, y R.D. 2829/1977 de 6 de octubre y O.M. de 14 de enero de 1981 para las sustancias psicotrópicas.

2. Aplicación a los estupefacientes y psicótopos del régimen general establecido para los medicamentos legalmente reconocidos en la Ley 25/1990 de 20 de diciembre, y en la legislación anterior no derogada por ésta.

3. Adición, supresión o reforma de determinados preceptos de la ley acabada de aludir en los siguientes términos:

— El art. 1.1 *in fine* queda redactado como sigue: «[...] así como la ordenación de su uso racional. La regulación también se extiende a las sustancias, excipientes y materiales utilizados para su fabricación, preparación o envasado».

— El art. 3.5. se iniciará del modo siguiente: «La custodia, conservación y dispensación de medicamentos de uso humano corresponderá, a salvo de lo previsto en el art. 42.1 párrafo segundo de esta ley: ...»

— Se añade un nuevo art. 8 bis en los siguientes términos: «Art. 8 bis. Equiparación. En esta ley toda referencia a efectos terapéuticos se entenderá que abarca también los extraterapéuticos ligados a la obtención de un determinado bienestar corporal o mental.»

— Redacción del último inciso de los pp. 1 y 2 del art. 12, sobre garantías de seguridad, no toxicidad y tolerancia, del modo siguiente: «[...] que permitan garantizar su seguridad en condiciones normales de uso y que estarán en relación, en su caso, con la duración prevista del tratamiento» y «en condiciones normales de uso y en función, en su caso, de la duración del tratamiento», respectivamente.

— Redacción de la última parte del art. 19.4 del modo siguiente: «[...] con el fin de promover su más correcto uso y, en su caso, la observancia del tratamiento prescrito, así como las medidas a adoptar en caso de intoxicación.»

— Redacción del art. 26 apartado *i*) del modo siguiente: «*i*) cuando por cualquier otra causa suponga un riesgo inaceptable para la salud o seguridad de las personas o animales.»

— El art. 31.2 queda redactado así: «El Ministerio de Sanidad y Consumo establecerá requisitos especiales para la prescripción y dis-

pensación de los medicamentos que por su naturaleza lo requieran o para tratamientos peculiares.»

— Se añade un art. 31.4 bis en los siguientes términos: «En todo caso, los medicamentos estupefacientes o psicótrpos utilizados socialmente con fines de bienestar extraterapéutico podrán ser dispensados sin receta en dosis única, previa identificación personal y siempre que los adquirentes sean mayores de edad y no padezcan una disminución psíquica aparente o conocida.

Asimismo, a través de la pertinente reglamentación sanitaria, se asegurará a toda persona previamente diagnosticada como dependiente de las sustancias anteriores, y que así lo desee, la posibilidad de realizar el consumo de la sustancia bajo suministro y atención médicas, sin que ello deba condicionarse a la aceptación de un tratamiento de deshabituación.»

— Se añade el art. 31.5 un nuevo apartado en los términos siguientes: «g) no se traten de medicamentos estupefacientes o psicótrpos. Las unidades de venta al público de estos medicamentos en su utilización con fines de bienestar extraterapéutico deberán llevar en lugar visible y destacado información fácilmente comprensible y reglamentariamente regulada sobre los riesgos que implica el abuso del citado estupefaciente o psicótrpo».

— Se añade al art. 32 un segundo párrafo en los siguientes términos: «Asimismo la información personal obtenida al amparo del art. 31.4 bis será confidencial, pudiendo el Ministerio de Sanidad y Consumo recabar tales datos exclusivamente con fines estadísticos.»

— Supresión de la Sección tercera del Capítulo cuarto (art. 41), en cuanto califica a los estupefacientes y sustancias psicótrpicas como «medicamentos especiales» y los sujeta a una legislación especial.

— Al art. 42.1 se le añade un segundo párrafo en los siguientes términos: «No obstante, la planta de cannabis y sus mezclas y preparados, en su utilización social con fines de bienestar extraterapéutico, podrán ser dispensados fuera de las oficinas y servicios de farmacia en lugares de venta especialmente autorizados para ello, siempre que los adquirentes sean mayores de edad y no padezcan una disminución psíquica aparente o conocida.»

— El art. 80.e) queda suprimido.

— Se añade un apartado 5 bis al art. 84 en los siguientes términos: «Se prestará especial atención al desarrollo de actuaciones y programas específicos referidos a los medicamentos estupefacientes y psicótrpos utilizados socialmente con fines de bienestar extraterapéutico.»

— El art. 91.2.b) queda redactado *in fine* del modo siguiente: «[...] y velar por el cumplimiento de la legislación sobre cualquier medicamento que requiera un control especial».

— Se añade un último inciso al art. 93.2 en los siguientes términos: «de la Ley general de Sanidad, a salvo de lo expresado en el segundo párrafo del art. 42.1 de esta ley».

— El inicio del último inciso del art. 94.2 queda redactado del modo siguiente: «Se considerarán, en todo caso, excluidos por este concepto los medicamentos estupefacientes o psicótrpos en su utilización social con fines de bienestar extraterapéutico a salvo lo expresado en el art. 31.4 bis, p. 2, los productos de utilización cosmética...».

— Se añade al art. 100.3 un segundo párrafo en los términos siguientes: «En los medicamentos estupefacientes y psicótrpos utilizados socialmente para obtener un bienestar extraterapéutico podrá establecerse un precio de venta al público superior, hasta un 50 por 100, al resultante de los agregados anteriores. El citado incremento será destinado íntegramente a atender las actuaciones y programas específicos de educación sanitaria, prevención y deshabitación relativos a esos medicamentos y avalados por las Administraciones públicas.»

— Al art. 108.2.b).18.º se le añade un último inciso en los siguientes términos: «[...] de las recetas y órdenes médicas, o de los usuarios en los casos así establecidos».

— Se suprime la Disposición Adicional Primera 1. en su apartado a).

4. El régimen de dispensación de cannabis y sus derivados aludido en el art. reformado 42.1 párrafo segundo de la ley 25/1990, así como el de consumo de todo tipo de estupefacientes y sustancias psicotrópicas con finalidad extraterapéutica se establecerá de modo análogo al actualmente vigente para el tabaco y/o alcohol.

Se tenderá a equiparar progresivamente al régimen propio de estas últimas sustancias todo el proceso de cultivo, elaboración y tráfico del cannabis y sus derivados.

## 2. PROPUESTA DE REFORMA DEL CODIGO PENAL

### Art. 344

Queda redactado como sigue:

«El que ejecute actos de tráfico de estupefacientes o sustancias psicotrópicas susceptibles de causar graves daños a la salud sin estar debidamente autorizado o infringiendo de modo grave las formalidades legales, será castigado con las penas de arresto mayor y multa del duplo al quíntuplo de la ganancia obtenida por el reo o que hubiera podido obtener, sin que pueda bajar de 500.000 pesetas.

El que, sin realizar las conductas anteriores, ejecute cualesquiera actos de promoción del consumo de tales productos o sustancias con fines mercantiles de creación o ampliación de mercado será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 200.000 a 500.000 pesetas.

Sin perjuicio en su caso de lo previsto en los arts. 8 y 9 de este Código, el que realizare cualesquiera de las actividades descritas en los párrafos anteriores con la finalidad exclusiva o primordial de subvenir a las necesidades derivadas de su drogodependencia será castigado con la pena de arresto mayor.»

### *Fundamentación*

Este precepto constituye, junto con el próximo, el núcleo de la propuesta, y supone acomodar el injusto penal a un sistema de legalización controlada como el expuesto en las páginas anteriores.

En su conjunto supone otorgar un trato más duro a las infracciones de tal sistema cuando se trate de medicamentos estupefacientes y psicótrpos que del resto de medicamentos. Aunque la propuesta podría entrar en vigor sin modificarse los artículos actualmente vigentes referentes a estos últimos, sería de desear que al menos los arts. 343, 343 bis y 344 ter también se adaptaran a la reciente Ley del Medicamento.

El objeto material se limita a las drogas denominadas duras, aceptando la división que viene haciendo la jurisprudencia. Se elimina la referencia a «drogas tóxicas» por innecesaria. Se relativiza la referencia a la nocividad de estas sustancias.

Las conductas típicas abarcadas en el primer párrafo son exclusivamente las de tráfico. Se ha eliminado, por considerarse innecesaria, la referencia a comportamientos de cultivo, elaboración o posesión: Todos ellos, en la medida en que estén integrados en las diferentes fases de la actividad mercantil, resultan incluidos en el concepto de tráfico.

La referencia a la autorización y a las formalidades legales es expresión directa de la aceptación del sistema de legalización controlada. La restricción a infracciones graves, así como la no alusión a la infracción de formalidades reglamentarias, responde al principio de intervención mínima.

Se rebaja la pena de prisión en consonancia con el nuevo carácter de estos delitos.

La referencia al quíntuplo, así como al límite mínimo en la pena de multa resulta coherente con el proceder sancionador administrativo de la ley 25/90. La referencia a las ganancias se hace compatible con el principio de seguridad jurídica y proporcionalidad, a diferencia de lo que ocurre en el actual 344 bis d).

El segundo párrafo atiende a supuestos de donación, invitación al consumo..., siempre con fines mercantiles, y en el caso de que no resulten incluidos en el párrafo anterior.

El tercer párrafo se hace eco de las demandas de la doctrina sobre un trato privilegiado al que trafica con fines de asegurarse su autoconsumo. Se elude además la imposición del arresto sustitutorio al no preverse pena de multa.

### **Art. 344 bis a)**

Queda redactado como sigue:

«Sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera derivar por las conductas expresadas en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión menor el que facilite estupefacientes o sustancias psicotrópicas a menores de dieciocho años, o a disminuidos psíquicos permanentes o transitorios abusando de la situación de éstos.»

### *Fundamentación*

Atiende al segundo núcleo de las conductas a considerar. Se parte de una situación de posible concurso de delitos con el precepto anterior.

Se opta por una mayoría de edad elevada (la civil y no la penal). En los casos de disminuidos se exige un abuso efectivo.

Se renuncia a la pena de multa dada la posibilidad de aplicar, si concurren sus elementos, el tipo anterior donde ya se prevé, además de no exigirse en este tipo una finalidad mercantil que pudiera reforzar tal opción.

### **Art. 344 bis b)**

Queda redactado como sigue:

«Se impondrá en su grado máximo la pena de cualquiera de los delitos anteriores o, en su caso, la de aquél más gravemente penado:

1. Si el culpable pertenece a una organización, incluso de carácter transitorio, que tenga como finalidad exclusiva o parcial la realización de cualesquiera de las actividades delictivas expresadas en los preceptos anteriores.

2. Si se omiten o alteran las exigencias prescritas reglamentariamente de composición, calidad o información de los citados productos o sustancias, o se realizan cualesquiera otras conductas de las des-

critas en los artículos anteriores con conocimiento de las citadas omisiones o alteraciones, incrementándose el posible daño a la salud de los consumidores.

La concurrencia de ambas circunstancias de agravación, o el desempeño de funciones de responsabilidad al menos de nivel intermedio dentro de una organización de las aludidas en el número 1 de este artículo, determinará la imposición de la pena superior en grado.

En relación con cualquiera de las conductas incluidas en los tres artículos anteriores la autoridad judicial podrá decretar además, en su caso, alguna de las medidas siguientes:

a) Disolución de la organización y/o clausura definitiva del establecimiento, instalación o servicio empleado para la comisión del delito.

b) Suspensión de las actividades de la organización y/o clausura del establecimiento, instalación o servicio por tiempo de seis meses a cinco años.

### *Fundamentación*

Dada la posible relación concursal entre el 344 y el 344 bis a) se quiere limitar la agravación a sólo uno de ellos si se dan ambos.

La agravación primera reproduce el actual 344 bis a) 6.º con algunas mejoras técnicas. La consideración de las conductas de las organizaciones de narcotraficantes como criminalidad a tratar inespecíficamente entre los delitos socioeconómicos no debe impedir introducir una agravación aquí, dada la mayor facilidad de ejecución que implica.

La segunda agravante se basa en el actual 344 bis a) 5.º pero, creemos, considerablemente mejorado: Se habla de «omitir o alterar», a semejanza del 346, eludiendo las confusas, incompletas e incongruentes expresiones de «adulterar, manipular y mezclar»; se alude no sólo a «composición» y «calidad», sino también a defectos de «información», todo ello en relación a las exigencias del sistema de legalización controlada; para evitar problemas de imputación subjetiva de responsabilidad se alude, por un lado, a los que omiten o alteran, y por otro, a los que utilizan tales productos o sustancias conociendo tal omisión o alteración. Se mantiene la exigencia de creación de un peligro mayor para la salud, en el sentido de peligro abstracto-concreto o de aptitud para la producción de un daño.

Se admite una agravación de segundo grado aunque con considerables exigencias. En ella se abstrae más que en la actualidad, y se matiza, la referencia a las personas responsables de las organizaciones.

Se amplía la posibilidad de imponer medidas de seguridad, en coherencia con la legislación administrativa y con la nueva naturaleza de estos delitos.

Se eliminan las restantes agravaciones actualmente vigentes.

#### **Arts. 344 bis c) a 344 bis f)**

Quedan derogados.

#### *Fundamentación*

En coherencia con todo lo anterior.

#### **Art. 48**

Se intercala inmediatamente antes del primer punto y seguido:

«Así como de las ganancias con ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Todos ellos serán decomisados...»

Se inicia el segundo párrafo así:

«Cuando los referidos efectos, instrumentos o ganancias no sean...»

#### *Fundamentación*

Se aspira simultáneamente a eliminar el régimen excepcional del art. 344 bis e), con sus considerables defectos atentatorios a los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica, y a mejorar la regulación genérica del comiso por la vía de integrar la aportación positiva del 344 bis e) relativa a la inclusión de las ganancias, en el art. 48.

#### **Art. 546 bis f)**

Queda redactado como sigue:

«El que con conocimiento de la comisión de alguno de los delitos regulados en los arts. 344 a 344 bis c) de este Código se aprovechare para sí o para un tercero de los efectos o ganancias del mismo, será castigado con prisión menor y multa de 500.000 a 50 millones de pesetas.»

Se impondrá la pena en su grado máximo a los habituales de este delito y a las personas que pertenecieren a una organización dedicada a los fines señalados en este artículo.

En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto.

En los casos previstos en el párrafo anterior, así como cuando, a juicio del Tribunal, los hechos contemplados en este artículo fueren de especial gravedad, se impondrá, además de la pena correspondiente, la inhabilitación del reo para el ejercicio de su profesión o industria y el cierre del establecimiento por tiempo de seis meses a seis años o con carácter definitivo.»

### *Fundamentación*

Se establece alguna mejora técnica como la eliminación de los superfluos términos de «recibiere, adquiriere o de cualquier otro modo».

Se pretende asegurar el principio de proporcionalidad de las penas, tanto introduciendo el tercer párrafo con validez para los dos párrafos anteriores, como rebajando la pena de multa del tipo básico y la entidad del aumento de la pena en el tipo agravado.

Lo anterior permite igualmente eludir las incongruencias de pena que se producen actualmente entre el 546 bis *f*) y los arts. 344 y ss. Ello no obstante restan algunos problemas menores de adecuación con las penas del delito genérico de receptación, solubles únicamente a través de una reforma global del Capítulo VII del Título XIII del Código.

En coherencia con lo propuesto respecto a los arts. 344 y ss. se elimina la remisión al art. 344 bis *e*).

### **Art. 93 bis**

Se le da una nueva redacción en los siguientes términos:

«Aun cuando no concurrieren las condiciones del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá aplicar el beneficio de la remisión condicional a los condenados a penas de privación de libertad cuya duración no exceda de cinco años siempre que se den las circunstancias siguientes:

1.º Que el condenado hubiera delinquirido por razón de su dependencia alcohólica, de estupefacientes o de sustancias psicotrópicas, o en otra circunstancia psicosocial de análoga significación.

2.º Que en el momento de la condena el reo se halle rehabilitado o en proceso de rehabilitación.

3.º Que se considere que el cumplimiento de la condena podría perjudicar gravemente dicho proceso.»

### *Fundamentación*

Se equipara, a los efectos de la concesión del beneficio, la dependencia alcohólica a la de estupefacientes y psicótrpos, lo que parece lógico dada la científica división entre drogas legales e ilegales. Además, se extiende a otros casos en los que, sin existir una situación de drogodependencia, la actividad delictiva se produce en condiciones vitales de similar entidad.

Se amplía la posibilidad de aplicar la remisión condicional a condenas de hasta cinco años.

Se elimina la actual exclusión de los reincidentes, que constituyen actualmente el porcentaje más alto de los drogodependientes ingresados en prisión, configurándose así este instituto jurídico como una verdadera alternativa a la privación de libertad.

El mantenimiento del beneficio se condiciona a los requisitos generales propios de la institución.

### **Art. 33**

Se le añade un segundo párrafo en los siguientes términos:

«Cuando la prisión preventiva se haya sustituido por el sometimiento a un tratamiento de deshabitación que conlleve internamiento, el tiempo de duración de éste también se abonará para el cumplimiento de la pena finalmente impuesta.»

El actual párrafo segundo se convierte en el párrafo tercero.

### *Fundamentación*

Se atiende a una insistente demanda de doctrina y jurisprudencia.

El abono del período de internamiento para deshabitación como tiempo de cumplimiento de la pena es coherente con lo establecido en el actual art. 9.1, cuando el internamiento se impone como medida en la sentencia que aprecia una eximente incompleta. Se dejan fuera de abono los casos de tratamiento ambulatorio por entender que no conllevan privación de libertad, siendo una medida más similar a la establecida por el art. 530 de la LECrim para la libertad provisional al imponer la comparecencia periódica en el Juzgado, que no conlleva abono alguno posterior.

**Art. 8.1**

Se añade un segundo párrafo en los siguientes términos:

«Asimismo el que como consecuencia de su dependencia del consumo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas se halle en un estado carencial profundo que anule por completo su capacidad volitiva, siempre que dicha situación no haya sido buscada de propósito para delinquir.»

Los párrafos segundo y tercero pasan a ser los párrafos tercero y cuarto.

*Fundamentación*

Recoge la más reciente doctrina jurisprudencial.

Aun cuando se aplique muy rara vez como eximente completa, sirve de fundamento a los supuestos más frecuentes de eximente incompleta.

**3. PROPUESTA DE REFORMA  
DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL****Art. 505**

Se añade un párrafo tercero en los siguientes términos:

«También podrá acordar la sustitución de la prisión preventiva por el sometimiento a un tratamiento de deshabituación, cuando se trate de delitos motivados por la dependencia de estupefacientes o sustancias psicotrópicas.»

Los actuales párrafos tercero y cuarto pasan a ser los párrafos cuarto y quinto.

*Fundamentación*

Razones sistemáticas obligan a extender la modificación realizada en el art. 33 del Código Penal a la LECrim, por ser el texto en el que se regula la adopción de medidas cautelares durante el proceso, ubicando la nueva norma procesal inmediatamente después de la que faculta al Juez para acordar la prisión atenuada por razón de enfermedad.

**4. OTRAS PROPUESTAS DE REFORMA**

1. Denuncia de la Convención única de estupefacientes de 1961, del Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971 y de la Conven-

ción de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, así como de sus modificaciones y restantes acuerdos internacionales ratificados por España, en lo que sea preciso para llevar a cabo los cambios de legislación interna aquí propuestos.

2. Derogación del art. 1.3.1.º de la LO 7/82 de 13 de julio de Contrabando.

### *Fundamentación*

En coherencia con todo lo recogido en el conjunto de la alternativa propuesta.

No se propone la derogación de los artículos pertinentes de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social, por estimar que la citada ley debe ser derogada en su totalidad, lo que puede decirse que ya ha sucedido en la práctica dada su frecuente inaplicación por jueces y tribunales.

**Sevilla, 9 de febrero de 1991**

### LISTA DE ADHERIDOS A LA PROPUESTA ALTERNATIVA Y A LA DECLARACION PROGRAMATICA

AGUSTI JULIA, Jordi, *Magistrado. Juzgado de lo Social n.º 21 de Barcelona.*

ALONSO SUAREZ, José Antonio, *Magistrado. Juzgado de lo Penal n.º 14 de Madrid.*

ALVAREZ ALVAREZ, Gregorio, *Magistrado. Juzgado de lo Social n.º 1 de San Sebastián.*

ANDRES IBAÑEZ, Perfecto, *Magistrado. Sección 15 de la Audiencia Provincial de Madrid.*

ASENCIO CASTILLAN, Heriberto, *Magistrado. Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Sevilla.*

ASENJO PINILLA, José Luis, *Magistrado. Juzgado de lo Social n.º 1 de Pamplona.*

ASUA BATARRITA, Adela, *Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco.*

AUGER LIÑAN, Clemente, *Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.*

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Vicerrector y Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca.*

- BERLANGA RIBELLES, Emilio, *Magistrado. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.*
- BODAS MARTIN, Ricardo, *Magistrado. Juzgado de lo Social n.º 28 de Barcelona.*
- BOIX REIG, Javier, *Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia.*
- BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.*
- CALERO, José María, *Fiscal de la Audiencia provincial de Huelva.*
- CANDIL JIMENEZ, Francisco, *Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.*
- CANTARERO, Rocío, *Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca.*
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de las Islas Baleares.*
- CARMENA CASTRILLO, Manuela, *Magistrada. Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid.*
- CARMONA RUANO, Miguel, *Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.*
- CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido, *Presidente de la Audiencia Provincial de Segovia.*
- CUERDA RIEZU, Antonio, *Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de León.*
- CUESTA ARZAMENDI, José Luis, *Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco.*
- DIAZ DE RABAGO VILLAR, Manuel, *Magistrado. Juzgado de lo Social n.º 2 de San Sebastián.*
- DIEZ RIPOLLES, José Luis, *Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Málaga.*
- DELGADO, Fernando, *Fiscal de la Audiencia Provincial de Sevilla.*
- DUCE SANCHEZ DE MOYA, Ignacio, *Magistrado. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Coslada.*
- ELOSEGUI SOTOS, Aurora, *Magistrada. Juzgado de Primera Instancia n.º 51 de Madrid.*
- ESCRIBANO MORA, Fernando, *Magistrado. Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Madrid.*
- FABIA MIR, Pascual, *Magistrado. Juzgado de Menores n.º 1 de Barcelona.*

- FERNANDEZ ENTRALGO, Jesús, *Presidente de la Sección 17 de la Audiencia Provincial de Madrid.*
- FERNANDEZ RODRIGUEZ, María Dolores, *Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Murcia.*
- FERNANDINO NOSTI, Raquel, *Magistrada. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Sta. Cruz de Tenerife.*
- FERRE OLIVE, Juan Carlos, *Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca.*
- FERRER GARCIA, Ana, *Magistrada. Juzgado de Instrucción n.º 16 de Madrid.*
- FLUITER CASADO, Rafael, *Magistrado. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Alcalá de Henares.*
- FOLGUERA CRESPO, José, *Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.*
- GARCIA ALARCON, Virginia, *Magistrada. Juzgado de los Social n.º 22 de Madrid.*
- GARCIA ARAN, Mercedes, *Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.*
- GARCIA VALTUEÑA, Eduardo, *Magistrado. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Villablino (León).*
- GIL MERINO, Antonio, *Magistrado de la Sección 1 de la Audiencia Provincial de Sevilla.*
- GIL OLMO, José Luis, *Magistrado. Juzgado de lo Social n.º 26 de Madrid.*
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid.*
- GOMEZ-MORENO MORA, José Luis, *Magistrado. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Albacete.*
- GONZALEZ CUSSAC, José Luis, *Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Valencia.*
- GONZALEZ FERNANDEZ, Javier, *Magistrado. Juzgado de lo Penal n.º 3 de Sevilla.*
- GONZALEZ GUITIAN, Luis, *Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Santiago de Compostela.*
- GONZALEZ ZORRILLA, Carlos, *Profesor Asociado de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.*
- GRACIA MARTIN, Luis, *Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza.*

GUINARTE CABADA, Gumersindo, *Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Santiago de Compostela.*

HORMAZABAL MALAREE, Hernán, *Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Gerona.*

JIMENEZ PERICAS, Antonio, *Magistrado de la Audiencia Provincia de San Sebastián.*

LAMARCA PEREZ, Carmen, *Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid.*

LANDROVE DIAZ, Gerardo, *Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Murcia.*

LORENZO SALGADO, José Manuel, *Decano y Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Santiago de Compostela.*

MADRID LOPEZ, Juan José, *Magistrado. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de Torrente.*

MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.*

MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Granada.*

MARCO SAAVEDRA, Antonio, *Magistrado. Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Sevilla.*

MARTIN PALLIN, José Antonio, *Magistrado del Tribunal Supremo.*

MARTINEZ LAZARO, Javier, *Magistrado. Juzgado de lo Social n.º 19 de Madrid.*

MARTINEZ PEREZ, Carlos, *Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de La Coruña.*

MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio, *Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.*

MOLINO ROMERO, Mercedes, *Magistrada. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Leganés.*

MORAGUES VIDAL, Catalina, *Magistrada. Juzgado de Instrucción n.º 4 de Las Palmas.*

MORALES PRATS, Fermín, *Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Cantabria.*

MORAN GONZALEZ, Manuel, *Magistrado de la Audiencia Provincial de Salamanca.*

MORENO RETAMINO, Julián M., *Magistrado. Juzgado de lo Penal n.º 4 de Sevilla.*

- MOVILLA ALVAREZ, Claudio, *Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.*
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.*
- ORTS BERENGUER, Enrique, *Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia.*
- PALACIOS MARTINEZ, Andrés, *Magistrado. Juzgado de Instrucción n.º 10 de Sevilla.*
- PANTOJA GARCIA, Félix, *Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.*
- PAUL VELASCO, José Manuel, *Magistrado de la Sección 3 de la Audiencia Provincial de Sevilla.*
- PEREZ-BENEYTO ABAD, José Joaquín, *Magistrado. Juzgado de Instrucción n.º 23 de Barcelona.*
- PEREZ MARIÑO, Ventura, *Magistrado. Juzgado de lo Penal de Burgos.*
- PESTANA PEREZ, Mario, *Magistrado de la Audiencia Provincial de Bilbao.*
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.*
- RENTERO JOVER, Jesús, *Magistrado. Juzgado de lo Social n.º 10 de Valencia.*
- RODRIGUEZ RAMOS, Luis, *Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid.*
- ROLDAN BARBERO, Horacio, *Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Córdoba.*
- ROMEOLAGUNA, Juan, *Magistrado. Juzgado de lo Penal n.º 1 de Sevilla.*
- ROSAL BLASCO, Bernardo, *Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alicante.*
- ROVIRA DEL CANTO, María Pilar, *Magistrada. Juzgado de lo Penal n.º 1 de Gerona.*
- SAEZ VALCARCEL, Ramón, *Magistrado. Juzgado de Instrucción n.º 38 de Madrid.*
- SANCHEZ LOZANO, María de los Angeles, *Magistrada. Juzgado de lo Social n.º 29 de Madrid.*
- SANCHEZ SANCHEZ, Alicia, *Magistrada. Registro Civil de Bilbao.*
- SANCHEZ YLLERA, Ignacio, *Magistrado. Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid.*

- SANCHIS FERNANDEZ-MENSAQUE, Guillermo, *Magistrado. Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Sevilla.*
- SAN JOSE ARANGO, Frieda, *Magistrada. Juzgado de Instrucción n.º 43 de Madrid.*
- SARAZA JIMENA, Rafael, *Magistrado. Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Sevilla.*
- SERRANO-PIEDecasas, José Ramón, *Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca.*
- SOLE PUIG, Ascensión, *Magistrada. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 9 de Badalona.*
- TAMARIT SUMALLA, José María, *Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Lérida.*
- TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz.*
- VALLE MUÑIZ, José Manuel, *Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Central de Barcelona.*
- VENTURA FACI, Ramiro, *Magistrado. Juzgado de Menores n.º 1 de Barcelona.*
- VILADAS JENE, Carlos, *Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Central de Barcelona.*
- VILAR BADIA, Ramón, *Magistrado. Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Zaragoza.*
- ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel, *Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Granada.*

## **NUEVOS CATEDRATICOS DE DERECHO PENAL**

Tras haber superado las pruebas de acceso al Cuerpo de Catedráticos de Universidad, han obtenido la Cátedra de Derecho Penal D. Joan Josep Queralt i Giménez, D. Juan José González Rus y D. Juan Felipe Higuera Guimerá, respectivamente en las Universidades de Las Palmas de Gran Canaria, Córdoba y Zaragoza.

## FASCICULO III

### SECCION DOCTRINAL

<i>La Política Criminal y el sistema de Derecho Penal</i> , por el Prof. Dr. Bernd Schünemann .....	693
<i>La categoría de la antijuricidad en Derecho Penal</i> , por José Luis Díez Ripollés .....	715
<i>Falsas antinomias en la teoría del delito</i> , por Joaquín Cuello Contreras .....	791
<i>El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto de Código Penal de 1990</i> , por Antonio Cuerda Riezu .....	821
<i>Delito fiscal y principio de legalidad</i> , por Rosario de Vicente Martínez .....	867
<i>El elemento subjetivo del delito en la perspectiva criminológica</i> , por Elio Morselli .....	883

### SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , sección dirigida por Santiago Mir Puig: « <i>Restricciones</i> » jurisprudenciales al derecho de defensa: <i>legítima defensa y principios de legalidad</i> , por Mirentxu Corcoy Bidasolo .....	903
--	-----

### NOTICIARIO

<i>Propuesta alternativa a la actual política criminal sobre drogas</i> .....	933
<i>Nuevos Catedráticos de Derecho Penal</i> .....	951

# INDICE

Págs.

## SECCION DOCTRINAL

<i>La Política Criminal y el sistema de Derecho Penal</i> , por el Prof. Dr. Bernd Schönemann .....	693
<i>La categoría de la antijuricidad en Derecho Penal</i> , por José Luis Díez Ripollés .....	715
<i>Falsas antinomias en la teoría del delito</i> , por Joaquín Cuello Contreras .....	791
<i>El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto de Código Penal de 1990</i> , por Antonio Cuerda Riezu .....	821
<i>Delito fiscal y principio de legalidad</i> , por Rosario de Vicente Martínez .....	867
<i>El elemento subjetivo del delito en la perspectiva criminológica</i> , por Elio Morselli .....	883

## SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , sección dirigida por Santiago Mir Puig: «Restricciones» jurisprudenciales al derecho de defensa: <i>legítima defensa y principios de legalidad</i> , por Mirentxu Corcoy Bidasolo .....	903
---	-----

## NOTICIARIO

<i>Propuesta alternativa a la actual política criminal sobre drogas</i> .....	933
<i>Nuevos Catedráticos de Derecho Penal</i> .....	951

