

Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español

JOSE MANUEL VALLE MUÑIZ

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Cantabria.

SUMARIO: I. Introducción.—II. Fundamento, alcance y función de las eximentes incompletas de legítima defensa y estado de necesidad.—1. La eximente incompleta de legítima defensa.—1.1 El exceso. 1.2. La provocación suficiente. 2. La eximente incompleta de estado de necesidad. 2.1. Cuestionamiento de la «situación» o «estado de necesidad» como elemento esencial de la eximente. 2.2. Ponderación de males, disminución de injusto y eximente incompleta. 2.2.1. Mal causado mayor que el que se trataba de evitar. 2.2.2. Equivalencia valorativa de los intereses en conflicto. 2.3. Provocación intencional de la situación de necesidad y eximente incompleta. 2.4. La obligación de sacrificio como interés objeto de ponderación.—III. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCION

El grado de desarrollo alcanzado por la teoría jurídica del delito en su labor de análisis y configuración del sistema penal, permite someter la decisión sobre la imposición de un castigo, cuando menos, a la presencia de un número de presupuestos ineludibles. De esta forma, la reacción punitiva supone la existencia previa de una acción humana, típica, antijurídica y punible, así como la prueba de la culpabilidad o peligrosidad (basada esencialmente en la realización de un injusto) del autor. Nada más lógico, por tanto, que exigir que la determinación concreta de la pena responda a la medida del injusto del hecho y de la culpabilidad del sujeto, amén de a consideraciones político-criminales

basadas en criterios de prevención general y especial igualmente decisivos (1).

Que la menor gravedad del castigo viene determinada por una disminución del contenido de injusto o culpabilidad es opinión común cuando de la aplicación de eximentes incompletas se trata (2). Si la clasificación de las causas que eximen de responsabilidad criminal se explica en base a su naturaleza justificante o excusante, no otra cosa cabe deducir de la definición de las eximentes incompletas recogida en el art. 9-1.º de nuestro Código penal: «las expresadas en el capítulo anterior (esto es, las eximentes), cuando no concurrieren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos». En otros términos, la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley (art. 66 CP) no puede ser ajena a una disminución de la intensidad de

(1) Ello implica tomar partido por la tesis que defiende la vinculación material de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal con los elementos de la teoría del delito. En este sentido, ya Díez RIPOLLÉS, J.L., *Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del Código penal español*, en ADPCP, 1977, págs. 597 y ss., desvinculando su adscripción a lo injusto o la culpabilidad de su naturaleza objetiva o subjetiva, claramente en pág. 644; también, ALONSO ALAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito*, Valladolid, 1981, pág. 206. Existen, no obstante, importantes opiniones discrepantes, entre las que debe ser destacada la de QUINTERO OLIVARES, G.: *Determinación de la pena y política criminal*, CPC, n.º 4, 1978, págs. 65 y ss.; id. *Derecho Penal. Parte General.*, segunda edición corregida, aumentada y puesta al día, Madrid, 1989, pág. 609, para quien «...la pretensión de que todas las circunstancias agravantes o atenuantes han de tener una explicación en la antijuricidad o en la culpabilidad debe ser abandonada, pues, amen de que el contenido de esos conceptos es discutido, puede suceder que la razón de una atenuación o de una agravación no se encuentre ni en la antijuricidad ni en la culpabilidad, sino en postulados político-criminales fundados en la función o finalidad que se le quiere dar a la reacción penal.» Recientemente, asentando el fundamento dogmático de las circunstancias modificativas en la mayor o menor necesidad de tutela, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia, 1988, pág. 143 y ss. A mi juicio, es perfectamente compatible que en el ámbito de la determinación de la pena deben penetrar consideraciones político-criminales, mas ello no supone argumento alguno en contra de la vinculación de las circunstancias modificativas al injusto o la culpabilidad. Afortunadamente, la política criminal juega un papel importante, no sólo en el ámbito de la determinación de la pena, sino en la configuración e interpretación de todos y cada uno de los elementos del delito: la determinación del contenido del dolo, el fundamento y alcance de las causas de justificación, la naturaleza y efectos del error sobre el tipo permisivo, por citar sólo algunos ejemplos, son prueba irrefutable de lo dicho y, sin embargo, no parece que fuera acertado desvincular tales cuestiones de la naturaleza y contenido material de los elementos de la infracción penal.

(2) De esta opinión, también, los autores reacios a vincular el fundamento de las circunstancias modificativas a los elementos de la teoría del delito. QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 602: «La naturaleza de la eximente incompleta es por ello la misma que se le dé a la eximente principal, separándose así de la polémica (...) sobre la «ratio essendi» de las circunstancias modificativas». Procede a una desvinculación semejante, operando para estos casos con un concepto «debil» de circunstancia, GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría general...*, cit., p. 96.

la desvalorización de la conducta, o del reproche de culpabilidad por el hecho cometido.

Las páginas que siguen pretenden ser una aproximación al *fundamento, alcance y función* que las causas de justificación incompletas presentan en nuestro Código penal. Desgraciadamente, los límites del objeto de investigación no son tan claros como uno hubiera deseado. Ello se debe, esencialmente, a que la misma incidirá en una de las cuestiones (me atrevería a decir que en «la cuestión») más candentes y controvertidas de la dogmática jurídico-penal de nuestros días: la delimitación de los juicios de antijuricidad y de culpabilidad. En efecto, esta distinción está siendo cuestionada, fundamentalmente, a través de la revisión de la naturaleza y contenido de las causas que excluyen la antijuricidad y de aquellas otras que eliminan la culpabilidad o, cuando menos, disculpan al sujeto (3). De tal forma que verdaderos supuestos límite entre ambos juicios de desvalor, son resueltos por nuestra doctrina y jurisprudencia apelando a la eximente incompleta. El exceso intensivo en la legítima defensa debido a miedo, terror o pánico, los casos de error sobre determinados presupuestos objetivos de las causas de justificación, supuestos de estado de necesidad no justificante, son sólo algunos ejemplos. Que el recurso a la exención incompleta pueda ser de extraordinaria utilidad (lo que deberá ser analizado y contrastado), no libera al jurista de una adecuada fundamentación exenta de contradicciones: afirmar, desde la teoría estricta de la culpabilidad, que el error sobre un presupuesto objetivo de una causa de justificación debe ser tratado como un error de prohibición que afecta a la culpabilidad del sujeto, y sostener, a renglón seguido, que el exceso intensivo en la legítima defensa debido a un error vencible sobre la necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, fundamenta la aplicación de la eximente como incompleta debido a una disminución de injusto, resulta, cuando menos, sorprendente. No cabe duda, por tanto, que un pronunciamiento claro sobre el fundamento de la justificación incompleta resultará ineludible.

(3) Prueba de que el debate se incardina a través de las categorías de la justificación y de la exculpación (utilizando, ahora, terminología ampliamente aceptada en nuestra doctrina) es el reciente trabajo publicado por el Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht: ESER, A.- FLETCHER, G.p. , *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*, I y II., Freiburg i Br., 1987; y ESER, A., / PERRON, W., *Rechtfertigung und Entschuldigung*, III, (Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtsskolloquium, 1990), Freiburg i Br., 1991. Un interesante estudio comparativo entre el sistema de imputación jurídico-penal alemán y español en: PERRON, W., *Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht. Ein Strukturvergleich strafrechtlicher Zurechnungssysteme*, Baden-Baden, 1988. De especial interés, subrayando lo afirmado en el texto, la recensión de DIEZ RIPOLLÉS a la obra citada , en ADPCP, 1988, pp. 1083 y ss.

Una vez asentado el fundamento, estaremos en disposición de delimitar los casos en que la exención justificante incompleta debe ser invocada. La tarea no estará exenta de dificultades. La inconcreción de los términos legales (4), ha hecho que nuestra jurisprudencia omita en sus pronunciamientos cualquier referencia al fundamento de tan notable disminución del castigo.

La delimitación del *alcance* de la institución es absolutamente imprescindible (5). No basta para ello, desde luego, con la tan extendida afirmación de que la exención incompleta aparece allí donde, presentes los requisitos esenciales de la eximente, está ausente alguno de los accidentales. En primer lugar, porque la asignación de una naturaleza esencial o inesencial a los distintos elementos adolece de la profundidad necesaria. En segundo lugar, porque tal aseveración dista mucho de ser cierta. Así, tanto doctrina como jurisprudencia no tienen reparos para acudir a la eximente incompleta ante hipótesis que carecen de los presupuestos materiales configuradores de algún requisito esencial. En este sentido, la falta de inminencia del peligro o la no concurrencia de la necesidad de la acción realizada por existir medios menos gravosos, cuestionaría la presencia del requisito esencial de la *situación de necesidad* de la eximente recogida en el art. 8-7.º del Cp. Pese a ello, la afirmación de la justificación incompleta es postura mayoritaria.

Por otra parte, la sólo ausencia de un requisito accidental de una causa de justificación no tiene por qué abocarnos obligatoriamente a la atenuación —por muy importante que ésta sea— de la responsabilidad criminal. Es absolutamente inaceptable descartar su hipotética exclusión en base, por ejemplo, a fundamentos exculpatorios. Como tendremos ocasión de observar, la desmesurada apelación jurisprudencial al art. 9-1.º del CP esconde, en muchas ocasiones, una actitud cicatera a la hora de declarar la exención de responsabilidad penal, esencialmente, por eludirse el análisis sobre la presencia o no de la culpabilidad del sujeto.

Por último, este trabajo intentará desentrañar *la función* que ejerce o pudiera ejercer esta peculiar institución de nuestro ordenamiento jurídico-penal. Se confrontará, por ello, con determinadas propuestas de la dogmática alemana (piénsese en categorías como las de el ámbito libre

(4) Nótese que el art. 66 del CP hace referencia, sin distinción alguna, a todas las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal (con la excepción, claro está, de la minoría de edad, la cual no es susceptible de ser apreciada de manera incompleta; si bien la imputabilidad disminuida de los jóvenes entre 16 y 18 años encuentra un tratamiento diferenciado en el art. 65 del mismo cuerpo legal), sin pronunciarse sobre si nos encontramos ante la presencia de una causa —incompleta— de atipicidad, justificación o exculpación.

(5) Ello permitirá, también, proceder a una nítida demarcación de las circunstancias primera y décima (análoga significación) del art. 9 del Cp. Cuestión que no carece de importancia práctica, dado el diverso trato punitivo que reflejan los arts. 66 y 61 del CP, respectivamente.

de regulación jurídica (6), la responsabilidad por el hecho (7), la configuración de causas propias de exclusión del injusto penal o la inclusión de la responsabilidad (9) como elemento del delito que englobaría la culpabilidad del autor y las necesidades preventivas de imposición del castigo), tendentes a fundamentar la renuncia a la pena en supuestos que no responderían de manera totalmente satisfactoria a estímulos justificantes o exculpantes. La incidencia de la graduación tanto del injusto como de la culpabilidad en la determinación de la pena, que posibilita el reconocimiento positivo de las eximentes incompletas por nuestro Código penal, pudiera ofrecernos alguna respuesta adecuada a casos límite entre la justificación y la exculpación. Evitando, de este modo, enturbiar la capacidad explicativa de las categorías básicas de la teoría del delito que, de otro modo, tanto con el recurso a la introducción indiscriminada de criterios de merecimiento de pena en el juicio de antijuricidad, cuanto con la configuración de nuevas categorías dogmáticas, parece poco menos que irremediable.

Una última consideración. Con el ánimo de enmarcar convenientemente los límites de la investigación, *este trabajo se centra, únicamente, en las causas de justificación de legítima defensa (art. 8-4.º CP) y de estado de necesidad (art. 8-7.º CP)*. Es óbvio que la elección de los márgenes del trabajo podría haber sido más amplia. Sin embargo, los principales problemas en torno a la justificación incompleta se presentan en toda su complejidad, principalmente, en estas dos eximentes. Por otra parte, su naturaleza justificante no es discutida, cuestión que no suscita consenso en otros supuestos, como la obediencia debida o el miedo insuperable. Tan sólo el necesario pronunciamiento previo sobre la naturaleza de estos últimos, hubiera distorsionado en exceso el objeto de la investigación. Por último, la opción metodológica elegida no tiene porqué impedir, antes bien se intentará todo lo contrario, la validez expansiva de muchos de los argumentos que aquí se desarrollen a la concretización del alcance y límites de la exención incompleta en otros supuestos.

(6) KAUFMANN, Arthur, *Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung*, Festschrift für Maurach, 1972, pp. 327 y ss.

(7) MAURACH, R., *Schuld und Verantwortung*, 1948. La categoría de la responsabilidad por el hecho parece cobrar nuevo impulso en nuestro país merced a una original formulación de BACIGALUPO, E., «Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad», en *La Ley*, 23 de diciembre de 1986, pp. 1 y ss.; id., *Unrechtsminderung und Tatverantwortung*, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1989, pp. 459 y ss.

(8) GÜNTHER, H.L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1983.

(9) Formulada ya en ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. de Muñoz Conde, Barcelona, 1972; de especial interés la recopilación de trabajos de este autor bajo el título *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, trad. de Muñoz Conde, Madrid, 1981.

II. FUNDAMENTO, ALCANCE Y FUNCION DE LAS EXIMENTES INCOMPLETAS DE LEGÍTIMA DEFENSA Y ESTADO DE NECESIDAD

La diversidad de situaciones que impiden la apreciación plena de las diversas causas de justificación, aconseja el análisis desglosado de cada una de ellas. Además, como acertadamente observó CORDOBA, la mayoría «...están integradas por una serie heterogénea de figuras, dibujada con trazos discontinuos». Así, «...la legítima defensa abarca en su manifestación de atenuante supuestos diversos, tales como la reacción excesiva y la provocada» (10).

1. La eximente incompleta de legítima defensa

1.1. *El exceso*

Nuestro Código penal justifica la conducta del que obre en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos de agresión ilegítima, necesidad abstracta de defensa, necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla y falta de provocación suficiente por parte del defensor (art. 8-4.º) (11). La falta

(10) CORDOBA RODA, J., *Las eximentes incompletas en el Código penal*, Oviedo, 1966, p. 14. Sin embargo, contra lo que parece opinar este autor (vid. p. 13), ello no es óbice para someter a análisis las diversas categorías dogmáticas afectadas. No sólo, porque lo contrario nos abocaría a sostener un fundamento formalista de la modalidad incompleta de las causas de justificación incompatible con el estado de desarrollo de la dogmática de nuestros días, sino, y sobre todo, porque difícilmente encontrarían solución correcta cuestiones como las de su alcance y límites, la compatibilidad con otras eximentes incompletas o atenuantes genéricas, la aplicación de la regulación de las eximentes incompletas (arts. 9-1.º y 66 CP) a causas de justificación no específicamente recogidas en el art. 8 del Código penal, etc.

(11) A mi juicio, la eximente de legítima defensa exige también que el agredido actúe con conocimiento de la situación defensiva. Esta es, por otra parte, la opinión mayoritaria en nuestra doctrina. Debe advertirse, no obstante, que a tal conclusión se llega por diferentes caminos: interpretación de los términos legales, consecuencia de asumir una concepción personal del injusto, en base al propio fundamento de la eximente, etc. Además, tampoco reina acuerdo sobre el contenido del elemento subjetivo de justificación, pues un sector doctrinal va más allá del conocimiento de la situación justificante exigiendo un verdadero ánimo o finalidad. Sea como fuere, el análisis de los elementos subjetivos de justificación excedería los límites que se han impuesto a esta investigación. Precisamente, tal problemática ha sido objeto autónomo y único de un trabajo que he podido realizar, sustancialmente, en el Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften de la Universidad de Munich, cuya dirección ostenta el Prof. Dr. Claus Roxin, a lo largo del año 1991 y merced a una generosa beca que me fue concedida por la Fundación Alexander von Humboldt. Huelga decir que, como en todo tema que afecta a las categorías básicas de la teoría jurídica del delito, la bibliografía en torno a la componente subjetiva de la justifi-

de cualquiera de ellos, por tanto, impedirá la justificación del hecho típico. Ahora bien, mientras que la ausencia de agresión ilegítima o de necesidad de la defensa imposibilita, también, la apreciación de la eximente como incompleta, el exceso en la intensidad de la reacción defensiva y la presencia de una provocación suficiente por parte del defensor configuran, precisamente, las constelaciones más frecuentes de legítima defensa incompleta (12).

Tradicionalmente, tanto doctrina como jurisprudencia han venido reservando los especiales efectos atenuatorios del art. 66 CP al denominado *exceso intensivo o propio*. De este modo, la innecesariedad del medio empleado se diferencia claramente de la innecesariedad de la defensa, bien por no existir todavía agresión, bien porque ésta hubiera ya cesado (exceso extensivo o cronológico).

No obstante, aún reduciendo el objeto de análisis al exceso intensivo, debe advertirse, por una parte, que su presencia no supone la afirmación automática de la eximente incompleta y, por otra, que aún cuando se afirmara no obedecería a un único e idéntico fundamento. Ello no debe

cación es prácticamente inabarcable. Para una primera aproximación al tema, además de las referencias que con carácter general se encontrarán en los Comentarios y Tratados más conocidos, podrían consultarse, entre los más recientes, los siguientes trabajos: LOOS, F., *Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente*, Oehler-FS, 1985, pp. 227 y ss.; SPENDEL, G., *Notwehr und Verteidigungswille, objektiver Zweck und subjektive Absicht*, Oehler-FS, cit., pp. 197 y ss.; TRIFFTERER, O., *Zur subjektiven Seite der Tatbestandsausschließungs- und Rechtfertigungsgründe*, Oehler-FS, cit., pp. 209 y ss.; HERZBERG, R., *Handeln in Unkenntnis einer Rechtfertigungslage*, J A, 1986, pp. 190 y ss.; id., *Subjektive Rechtfertigungselemente ?*, J A, 1986, pp. 541 y ss.; ROHRER, G., *Über die Nichtexistenz subjektiver Rechtfertigungselemente*, J A, 1986, pp. 363 y ss.; FRISCH, W., *Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements*, Lackner-FS, 1987, pp. 113 y ss.; JUNGCLAUSSEN, E.V., *Die subjektiven Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt. Zugleich ein Beitrag zur Dogmengeschichte der personalen Unrechtslehre*, Göttingen, 1987; STEINBACH, R., *Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten*, Frankfurt am Main, 1987; por lo que respecta a los más modernos trabajos en lengua española, véanse: GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *El ejercicio legítimo del cargo*, Madrid, 1980, pp. 127 y ss.; CARBONELL MATEU, J.C., *La justificación penal*, Madrid, 1982.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad*, en Libro Homenaje a Antón Oneca, 1982, pp. 509 y ss.; HUERTA TOCILDO, S., *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid, 1984, pp. 75 y ss.; MAQUEDA ABREU, M.L., *Los elementos subjetivos de justificación*, La Ley, 1984, II, pp. 1091 y ss.; SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, J.L., «Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal)», Madrid, 1991, pp. 289 y ss.

(12) La doctrina absolutamente mayoritaria entiende que la ausencia del elemento subjetivo de justificación tiene como consecuencia el castigo, bien por delito doloso consumado, bien por una de las formas de la tentativa punible (directamente o por analogía). Tan sólo MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 3.º ed., corregida y puesta al día, Barcelona, 1990, p. 451, propone la aplicación para estos casos de la eximente incompleta. Tal solución es tremendamente sugestiva y, a mi juicio, merece mucha mayor atención de la hasta ahora prestada. No obstante, y como se habrá deducido de la nota anterior, la misma será objeto de detenido análisis en otro lugar.

sorprender, pues el exceso en la reacción defensiva puede ser consciente y voluntario, deberse a miedo, terror u otra alteración emocional análoga, obedecer a una apreciación errónea de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión y, por último, encontrar su origen en un error sobre los límites normativos de la eximente. Sin embargo, como más adelante intentaré demostrar, la apreciación como incompleta de la eximente de legítima defensa debe ir unida ineludiblemente a la presencia de una *disminución de lo injusto del hecho*. Sea como fuere, corresponde ahora analizar las diversas opiniones que nuestra doctrina y jurisprudencia han vertido al respecto.

Una primera posición extrema vendría representada por aquellos autores que resuelven el supuesto de «exceso intensivo» por caminos diversos a la legítima defensa incompleta (art. 9-1 CP). En esta línea, es ejemplificativa la argumentación de Octavio de Toledo y Huerta. Para estos autores, el «exceso intensivo» puede ser debido a dos causas: «...bien al miedo del agredido de que el agresor pueda continuar con su conducta de ataque, o bien a error del agredido respecto a la necesidad racional del medio empleado» (13). La reducción practicada tiene como primera consecuencia la expulsión del ámbito de la justificación incompleta tanto de los excesos intensivos conscientes (14), cuanto de aquellos que pudieran fundarse en un error del agredido sobre los límites normativos de la eximente (15).

Para estos autores, la ausencia del segundo requisito de la eximente de legítima defensa no conlleva la apreciación de ésta como incompleta, salvo que se deba —el exceso— a un estado de miedo que por sus características no permita la aplicación de la eximente 10 del art. 8 Cp. Es decir, y siempre según Octavio de Toledo y Huerta, si el exceso intensivo se debe a miedo insuperable deberá apreciarse esta causa de exculpación, mientras que si obedece a error sobre la racionalidad del medio empleado para rechazar la agresión, lo correcto sería aplicar, en consonancia con la naturaleza que para ellos presenta esta clase de error, el art. 6 bis a) párrafo tercero del CP (16).

En definitiva, el «exceso intensivo» en la legítima defensa sería un problema de culpabilidad. Bien porque existe un desconocimiento (invencible o vencible) de la antijuricidad, bien porque no es posible exi-

(13) OCTAVIO DE TOLEDO / HUERTA, *Derecho Penal. Parte General (teoría jurídica del delito)*, 2 ed., Madrid, 1986, p. 226.

(14) Ob. cit., p. 226: «Fuera quedan situaciones de exceso consciente en la defensa, que deben incluirse en los «excesos extensivos» que no dan lugar siquiera a la apreciación de la eximente incompleta.

(15) Casos para los que, de manera coherente con la sistemática elegida, se propugna la aplicación de las reglas del error de prohibición contenidas, según opinión mayoritaria en doctrina y jurisprudencia, en el párrafo tercero del art. 6 bis a) Cp. OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, ob. cit. pp. 312 y ss.

(16) OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, Ob. cit., p. 226.

gir una conducta adecuada a la norma. Incluso, en el único supuesto en que se aprecia la eximente incompleta de legítima defensa, *se fundamenta en una menor culpabilidad* del sujeto debida a una situación de miedo «superable». Es evidente, que tal solución cuenta con un armazón dogmático consistente, y sin embargo me parece claramente insatisfactoria.

En efecto, fundamentar la justificación incompleta en una disminución de la culpabilidad supone una visión sólo parcial del problema. No se tiene en cuenta que la notable disminución de pena que se prevé para las eximentes incompletas no puede ser ajena a la presencia, en el supuesto objeto de valoración, de los elementos esenciales de una eximente. Es decir, la disminución de pena hasta dos grados no se debe tanto a la ausencia del requisito accidental, cuanto a la presencia del esencial; más a la existencia de una agresión ilegítima, que a la ausencia de la racionalidad del medio empleado. La agresión ilegítima es el presupuesto básico de la legítima defensa, sin el cual desaparece toda posibilidad de fundamentar la justificación de la defensa (17). Si ello es así, es evidente que una de las consecuencias debería ser un tratamiento diferenciado para los supuestos en que pueda afirmarse la agresión ilegítima y aquellos otros en que no proceda. A mi juicio, aquí reside la principal deficiencia de la argumentación de Octavio de Toledo y Huerta. Para ellos, la ausencia de la agresión ilegítima por error vencible y la sólo falta del elemento inesencial de racionalidad de la respuesta defensiva, también por error vencible, merecen idéntico trato punitivo: disminución de pena en uno o dos grados (párrafo tercero del art. 6 bis a) CP). Asimismo, cuando el exceso en la defensa es consciente no por ello deja de estar presente una previa agresión ilegítima. Negar en este supuesto la aplicación de la eximente incompleta requiere, dada la aparente contradicción con el contenido del art. 9-1 CP, una explicación más ambiciosa que la ofrecida. Por último, cuando el exceso intensivo se debe a un estado de miedo y, sin embargo, no procede la aplicación de la eximente n.º10 del art. 8 CP en su forma completa, debería tenerse en cuenta que además de una alteración psíquica que repercute en la medida de la culpabilidad, se aprecia también la existencia de un presupuesto básico de una causa de

(17) OCTAVIO DE TOLEDO / HUERTA, Ob. cit., p. 205 : «...respecto al elemento objetivo o presupuesto de hecho de la causa de justificación, habrá que distinguir entre aquellos sin los que la autorización para actuar típicamente carecería de todo sentido desde el punto de vista político-criminal (por ejemplo, la agresión ilegítima en la legítima defensa, sin la cual no parece concebible un derecho de defensa) y aquellos otros que, hipotéticamente, pueden eliminarse sin que por ello desaparezcan los motivos que han dado lugar a que se cree la causa de justificación (por ejemplo, necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima, también en la legítima defensa).» Estos autores, vinculan, correctamente, la naturaleza esencial de los elementos de una causa de justificación a su fundamento. Sin embargo, como se verá en el texto, no se extraen las consecuencias pertinentes.

justificación (la agresión ilegítima), lo que debería redundar en una disminución de lo injusto del hecho (18).

Siguiendo con el análisis de la opinión doctrinal sobre el fundamento de la legítima defensa incompleta por exceso intensivo, cabría reflejar ahora aquellas posiciones que desvinculan tal problemática de la aplicación de las reglas del error sobre los presupuestos objetivos o límites de las causas de justificación. En efecto, para Cerezo Mir «...si el autor cree erróneamente que se dan todas las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación, cuando en realidad falta alguna de ellas no esencial, no queda excluida la responsabilidad dolosa, (...), sino que se aplica simplemente una circunstancia atenuante» (19). Precisamente, pues, para estos supuestos de error sobre elemento no esencial de una causa de justificación está previsto el art. 9-1.º Cp. Es indiferente, entonces, que el error sea vencible o invencible, e incluso que la falta de racionalidad en la defensa sea consciente, siempre y en todo caso se aplicará el precepto citado. Ello, no parece problemático para Cerezo Mir, «...pues en el art. 66 se preve la posibilidad de reducir el marco penal en uno o dos grados (en el homicidio doloso puede pasar del de doce años y un día a veinte años, al de seis años y un día a doce años o al de seis meses y un día a seis años). Dentro de esta amplia escala de penas

(18) Parece negar la graduación de la antijuricidad sobre la base de una causa de justificación incompleta, MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 2 ed. Valencia, 1989, p. 94. En realidad, para este autor la justificación incompleta refleja, siempre y en todo caso, una disminución de la culpabilidad, bien por la vía del error de prohibición, bien por la de no exigibilidad de otra conducta. Así, si el exceso intensivo se debe a miedo o reacción de pánico, cabría hipotéticamente la aplicación de la eximente de trastorno mental transitorio o de miedo insuperable; en otro caso, la justificación incompleta. Si el exceso se debiera a error sobre el presupuesto objetivo («necesidad racional») o sobre los límites de la eximente, lo correcto sería la aplicación de las reglas del error de prohibición (párrafo 3.º del art. 6 bis a) CP). Especialmente significativas son las siguientes palabras de MUÑOZ CONDE, *Bases para una teoría del error orientada a las consecuencias*, La Ley, 6 de Febrero de 1991, p. 10 : «Ninguno de los problemas relacionados con las falsas creencias acerca de los presupuestos objetivos, límites o existencia de una causa de justificación, tiene, pues, nada que ver con la imputación dolosa o culposa del tipo del delito en cuestión. Se trata, por tanto, sólo de solucionar unitariamente en un ámbito distinto al de la constatación de la tipicidad, dolosa o culposa, de un delito, los casos en que el autor considera erróneamente que el hecho típico por él cometido está justificado. En una «teoría del error orientada a las consecuencias» esta categoría no puede ser otra que la culpabilidad, que es el último bastión donde se puede discutir la atribución del hecho a su autor a fin de hacerle responsable del mismo.» A mi juicio, sin embargo, debe insistirse en que el derecho no puede ser indiferente a la presencia en el supuesto de hecho de un presupuesto básico de una causa de justificación. En cualquier caso, no me parece fácilmente explicable la absoluta desvinculación, en cuanto a su fundamento y naturaleza, de los supuestos encuadrables en el art. 9-1 respecto de los del art. 8 del Cp. En realidad, esto sólo ocurriría, según este sector doctrinal, en el ámbito de las causas de justificación, pues nadie niega que las causas de exculpación incompletas son casos de atenuación del reproche de culpabilidad.

(19) CEREZO MIR, en WELZEL, H., *El nuevo sistema del derecho penal (Una introducción a la doctrina de la acción finalista)*, Barcelona 1964, nota 12, p. 59.

puede reflejarse debidamente la diferente gravedad de los supuestos en que el sujeto era consciente de que faltaban alguno de los presupuestos de una causa de justificación y de los casos de error» (20).

Ciertamente, de la argumentación de este autor parece desprenderse que el art. 9-1.º CP sería la positivización de la teoría estricta de la culpabilidad referida al error sobre presupuesto inesencial de una causa de justificación. Ello, tanto por la afirmación de que en tales supuestos subsiste la responsabilidad dolosa, cuanto por deducir, precisamente, de la regulación legal de las eximentes incompletas el tratamiento que, a su juicio, debiera merecer el error sobre elemento esencial de una causa de justificación : «...en estos casos hay que aplicar el párrafo 3.º del artículo 6 bis a), que regula, con carácter general, el error de prohibición» (21). Dejando aparte, por ahora, lo discutible de tal aseveración, interesa en este lugar destacar la relación que se establece entre la atenuación punitiva de la eximente incompleta y la alteración del juicio de culpabilidad.

Afirmar que el fundamento de la justificación incompleta (por lo menos, en los supuestos de error sobre el elemento inesencial) reside en un conocimiento defectuoso de la antijuricidad, como parece desprenderse de lo hasta aquí expuesto, no plantea mayores problemas. Estos surgen, sin embargo, cuando este mismo autor afirma que «disminuyen la gravedad de *lo injusto* las causas de justificación incompletas, que se aprecian como atenuantes en virtud de lo dispuesto en el número 1.º del artículo 9.º, así como las atenuantes por analogía a las causas de justificación incompletas» (22). Y, a continuación, reconocer explícitamente que «el supuesto más frecuente de aplicación de la causa de justificación incompleta de la legítima defensa es el de exceso en la intensidad de la reacción defensiva» (23).

Pues bien, si la eximente incompleta de legítima defensa por exceso intensivo merece una atenuación en la pena sobre la base de una *disminución de lo injusto del hecho* —lo que estimo correcto—, no puede seguir afirmándose que el art. 9-1.º CP supone un argumento sólido a favor de la teoría estricta de la culpabilidad, y mucho menos deducir del mismo el trato otorgado, en general, a los supuestos de error sobre presupuesto objetivo de una causa de justificación. Además, si reconocemos la graduación de lo injusto y, por tanto, su disminución cuando esté presente el presupuesto fáctico esencial de la

(20) CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, PG, I, 3 ed., Madrid, 1985, pp. 315-316. En idéntico sentido, aportando argumentos en contra de la adopción de la teoría restringida de la culpabilidad, ROMEO CASABONA, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980*, ADPCP, 1981, 739 y ss., especialmente, pp. 762 y ss.

(21) CEREZO MIR, *Curso...*, cit., p. 316.

(22) CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, PG, II, Madrid, 1990, p. 103.

(23) CEREZO MIR, *Ob.cit.*, p. 110.

causa de justificación (la agresión ilegítima), ello deberá reflejarse en una diversidad de trato punitivo, cuando menos, en dos supuestos : a) exceso intensivo consciente y voluntario (disminución de lo injusto, en principio), y exceso intensivo debido a error (disminución de lo injusto y, desde la perspectiva finalista, disminución de la culpabilidad, tanto si el error es sobre el presupuesto objetivo, cuanto si lo fuere sobre los límites de la eximente); b) error vencible sobre presupuesto esencial (disminución de la culpabilidad, siempre desde el finalismo), y error vencible sobre presupuesto inesencial (disminución de lo injusto y disminución de la culpabilidad). La potestad facultativa del juez de disminuir el castigo hasta dos grados menos de pena, me parece una pobre respuesta y, desde luego, absolutamente insuficiente para captar los diferentes grados de desvalor que presentan los supuestos a enjuiciar (24).

La inaplicación de las reglas del error a los supuestos de exceso intensivo en la legítima defensa es defendida también por Gómez Benítez (25). Especialmente interesante es, sin embargo, la argumentación

(24) La posición del autor citado se torna más problemática cuando afirma, en Ob. cit., pp. 114-115, que: «Las causas de justificación incompletas se aprecian tanto si el sujeto conoce la falta de los requisitos inesenciales, como si cree, erróneamente, que concurren. En este último caso se encuentra en un error de prohibición regulado, con carácter general, en el párrafo 3.º del artículo 6.º bis a) y que determina una atenuación o exclusión de la culpabilidad, según que el error sea o no vencible». Con lo que no sabemos si los supuestos de exceso debido a error suponen una excepción a la eximente incompleta que deben reconducirse a las reglas del error, o bien deben ser tratados como eximente incompleta.

(25) En efecto, sostiene GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1984, p. 359, que : «...si se afirma que ha habido un «exceso intensivo» y un «error», éste no puede producir efectos exonerativos: precisamente para sustanciar adecuadamente estos casos el artículo 66 prevé la atenuación forzosa de la pena hasta la inferior en grado y faculta para la disminución hasta la inferior en dos grados.» (...). «Como puede observarse los efectos en la aplicación de la pena son idénticos a los que se producirían aplicando la normativa del error vencible de prohibición (...) que es la que corresponde a las situaciones putativas de justificación». (...). «El error que condujo al exceso intensivo no debe producir la exención de responsabilidad criminal —salvo casos de miedo insuperable—, porque ello equivaldría a reducir —sin base jurídica alguna— el ámbito de la legítima defensa incompleta.» La argumentación de este autor conduce, pues, a un tratamiento más severo de los supuestos de error sobre elemento inesencial que sobre elemento esencial. Ya que en este último caso, sobre la base de la invencibilidad del error, se podría llegar a la exoneración de la responsabilidad criminal, mientras que en el exceso intensivo por error invencible se alcanzaría, en el mejor de los casos, una disminución de pena en dos grados. No sólo no es cierta, por tanto, una equiparación en el trato punitivo con las situaciones putativas de justificación, sino que la pretensión de conducir todo exceso intensivo por error al ámbito de la eximente incompleta podría ser, a mi juicio, inconsecuente. Por un lado, no logro entender el por qué la conducta del sujeto realizada en error invencible sobre su antijuricidad (desde la perspectiva finalista de la teoría estricta de la culpabilidad) mantiene o suprime el merecimiento de pena en función de que su objeto sea, respectivamente, un elemento inesencial o uno esencial de una causa de justificación. Si la culpabilidad es presupuesto

que desarrolla este autor cuando el exceso intensivo en la legítima defensa se debe a un estado emocional de miedo o pánico. Si éste «...llega a ser de tal entidad que se declara «insuperable», procederá declarar la ausencia de responsabilidad criminal, a través del artículo 8.º, 10 CP, y no a través del artículo 8.º,4 —legítima defensa—, por mucho que haya coincidido con una situación de legítima defensa y en ella haya provocado un exceso intensivo» (26). En otro caso, si el miedo no fuere insuperable cabrían, a juicio de este autor, dos posibilidades: «1) bien negar el propio exceso intensivo, atendiendo a que la proporcionalidad del medio debe decidirse atendiendo también al estado de alteración emocional en que se encuentra el defensor en el momento de hacer frente a la agresión; 2) o bien, si ello no fuera posible, por poderse afirmar la presencia, no obstante, de un exceso intensivo, aplicar una u otra eximente incompleta (artículo 9.º,1, en relación al artículo 8.º,4 o 8.º,10); la acumulación de ambas eximentes incompletas sería —a nuestro entender— improcedente, porque ello equivaldría a conceder a un mismo hecho (la agresión) un doble efecto atenuatorio (legítima defensa incompleta y miedo incompleto)...» (27).

Todo ello plantea, a mi juicio, dos cuestiones que entiendo nucleares para ahondar en el fundamento de las causas de justificación incompletas. Por una parte, la incidencia que debe otorgarse a las alteraciones emocionales del sujeto en la configuración del exceso intensivo. Si como se desprende del texto transcrito, es posible negar el exceso intensivo, es decir, es posible negar la antijuricidad de la conducta, una de dos: o bien aceptamos una cierta subjetivización del juicio de antijuricidad, o bien aceptamos que las alteraciones en la culpabilidad del autor despliegan efectos, también, sobre la antijurici-

del castigo, y en ambos casos debe negarse por un desconocimiento inevitable de la antijuricidad de la conducta, la solución dogmática correcta debería ser la impunidad, y no una interpretación «contra reo» del ámbito de aplicación de la eximente incompleta. Del mismo modo que la impunidad es la solución correcta cuando el exceso intensivo se debe a miedo «insuperable», y no la reducción de pena en uno o dos grados, por mucho que el miedo afecte a un elemento inesencial de una causa de justificación. Por otro lado, al ignorar la postura objeto de análisis la presencia de una disminución de injusto en las hipótesis de justificación incompleta, se hace acreedora, en términos generales, de las consideraciones críticas vertidas en el texto.

(26) Ob.cit., p. 356. Tal posición debe estimarse correcta si, como según creo, no es posible renunciar a la delimitación de los juicios de antijuricidad y de culpabilidad. La solución al supuesto debe ser la misma, aún cuando se sostenga (como hace GÓMEZ BENÍTEZ) la naturaleza justificante del miedo insuperable. Pues, con todo y con ello los efectos prácticos son diversos, como se destaca en Ob.cit., p. 357: «...la legítima defensa exime de responsabilidad criminal y civil, en tanto que el miedo insuperable deja subsistente la responsabilidad civil, a la que debe hacer frente como principal el propio causante del miedo, pero, como subsidiario, el ejecutor del hecho, por mucho que en él haya incidido el miedo.»

(27) GÓMEZ BENÍTEZ, Ob.cit., p. 357.

dad del hecho. Directamente ligada con lo anterior, aparece la segunda cuestión anunciada: el concurso entre causas de justificación incompletas. En efecto, si la alteración emocional queda absorbida por el fundamento de la legítima defensa incompleta, no cabrá, lógicamente, el concurso entre ésta y el miedo incompleto. Incluso deberá negarse también, lo que es más discutible, la posibilidad de apreciación conjunta de legítima defensa incompleta y la atenuante genérica de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad (artículo 9.º-8 CP), o la atenuante de análoga significación (artículo 9.º-10 CP).

Probablemente, como más adelante intentaré demostrar, la solución correcta no puede obviar la presencia de una notable disminución de lo injusto en el fundamento de la justificación incompleta. Si ello se aceptara, si convinieramos en que la disminución de pena hasta dos grados para el exceso intensivo encuentra su explicación en la reducción del desvalor objetivo de la conducta del agredido, es decir, en la protección de un bien jurídico y en la afirmación del Derecho frente al injusto, aunque sea parcialmente, entonces las alteraciones en la culpabilidad del sujeto deberían encontrar un cauce autónomo en la repercusión final sobre la medida del castigo a imponer. Claro está, que todo lo anterior podría cuestionarse afirmando, sencillamente, que el fundamento de la justificación incompleta residiría en una doble disminución de injusto y culpabilidad. Tal tesis, que a priori no es desde luego descartable, encontraría dificultades, no obstante, para explicar convincentemente el mismo trato punitivo dispensado a supuestos donde sólo es posible detectar una disminución de injusto (v. gr. exceso intensivo consciente y voluntario), y supuestos donde tal disminución viene acompañada de una reducción en el juicio de culpabilidad (v. gr. exceso intensivo debido a error o miedo superable). Sea como fuere, no conviene ahora adelantar conclusiones y sí proseguir con el análisis de otras posiciones doctrinales sustancialmente distintas a las hasta ahora estudiadas, esencialmente, por vincular la justificación incompleta a la graduación del injusto y, además, no resultar desplazadas las reglas del error sobre presupuestos objetivos de las causas de justificación.

En efecto, en el seno de la más moderna dogmática jurídico-penal española parece abrirse paso una dirección doctrinal que, cuestionando la naturaleza mayoritariamente otorgada al error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, ofrece nuevas perspectivas al tratamiento penal de las causas de justificación incompletas y, por tanto, del exceso intensivo en la legítima defensa. Así, partiendo en términos generales de la teoría de los elementos negativos del tipo y sus consecuencias en el ámbito del error sobre el tipo permisivo (atipicidad, si es invencible y castigo por impruden-

cia si fuere vencible) (28), Gimbernat entiende que la eximente incompleta sólo rige para el exceso intensivo doloso, pues cuando tal exceso se deba a error vencible, dado que nos encontraríamos ante un injusto imprudente, la norma aplicable sería la del artículo 565 CP (29).

Aún cuando desde la misma dirección doctrinal, Luzón Peña, entiende que la anterior solución es errónea, «...pues olvida que, además de un menor desvalor de la acción, en el injusto imprudente también hay un menor injusto objetivo (un menor desvalor del resultado) (30). Para este autor el fundamento de la eximente incompleta en el caso de exceso se debe a una disminución del injusto: «El desvalor del hecho, en efecto, es menor cuando al fin y al cabo el sujeto está impidiendo una agresión antijurídica y defendiendo el bien y el orden jurídico, aunque sea excesivamente» (31). Si ello es así, el menor desvalor de la acción del injusto imprudente y el menor desvalor del resultado presente en el hecho que origina el exceso intensivo, deberían tener adecuada repercusión en la atenuación del castigo. «esa atenuación de pena —afirma Luzón Peña—, debida a una disminución objetiva del injusto, se da tanto si el exceso intensivo es doloso como si es meramente culposo. Pero hay que distinguir: pues en el primer caso se debe partir de la pena típica del delito doloso y desde ahí rebajar la pena en uno o dos grados; en el segundo caso esa rebaja de pena en uno o dos grados debe operar sobre la pena típica —ya menor— del delito imprudente» (32).

Desde esta perspectiva, entonces, la regulación del error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación no se ve desplazada por el hecho de que aquél tenga por objeto un elemento accidental de

(28) Evidentemente, al castigo por imprudencia en el caso de error vencible sobre el presupuesto objetivo de una causa de justificación puede llegarse sin necesidad de asumir la teoría de los elementos negativos del tipo (o del supuesto de hecho), y ello no sólo desde la teoría del dolo, sino también desde la propia esfera del finalismo. Vid., por todos, JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, vol.I, trad. y adiciones de Derecho español por Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, 1981, pp. 632 y ss. Mas, casualmente o no, los autores que serán objeto de análisis por proponer un tratamiento diferenciado de la justificación incompleta comparten la asunción de la teoría de los elementos negativos del tipo.

(29) GIMBERNAT ORDEIG, en *Recensión a las Notas a el Nuevo sistema del Derecho penal*, en R.E.P., 1966, pp. 473 y ss., especialmente, p. 479.

(30) LUZÓN PEÑA, D.M., *Legítima defensa y estado de necesidad defensivo*, en *Estudios Penales*, Barcelona, 1991, p. 149.

(31) *Ibidem*

(32) *Ibidem*. De la misma opinión, MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, P. G., cit., p. 684; también, siguiendo a MIR, JOSHI JUBERT, U., *El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en ADPCP, 1987, pp. 697 y ss., especialmente, p. 720.

una circunstancia justificante (33). Ello supone, lógicamente, que la justificación incompleta no podrá apreciarse cuando el error devenga invencible. Pues, «...si la creencia errónea de que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación es objetivamente invencible, esto es, una creencia objetivamente fundada, en la que puede incurrir incluso el ciudadano más diligente y cuidadoso, (...), no habrá dolo ni imprudencia, puesto que no se habrá infringido deber objetivo de cuidado alguno, sino caso fortuito...» (34). Si bien, algún autor entiende, incluso, que en el exceso intensivo por existir una creencia objetivamente fundada en la necesidad del medio empleado, no haría falta acudir a las reglas generales del error, pues podría afirmarse directamente la licitud de la conducta sobre la base de la real presencia del requisito 2.º de la legítima defensa («necesidad racional...»). Ello, interpretando que «...la medida de la necesidad del medio defensivo debe realizarse *ex ante* y conforme a un criterio *objetivo* : lo racionalmente fundado para el hombre medio diligente colocado en la situación del autor» (35).

En resumen, pues, la corriente doctrinal analizada entiende que el fundamento de la eximente incompleta de legítima defensa reside en una disminución de lo injusto del hecho. El punto de partida es, sin duda, correcto. Mas no estoy seguro, sin embargo, de que se hayan extraído todas las consecuencias. Ciertamente, se atiende a la necesidad dogmática de prever un distinto tratamiento para el exceso doloso y para el culposo. El camino elegido, no obstante, plantea diversas cuestiones de no fácil solución: a) lagunas de punibilidad allí donde la interpretación teleológica del tipo en examen impida la comisión culposa; b) la acumulación propuesta para el error vencible (atenuación de pena hasta dos grados a partir del tipo imprudente), pudiera exceder en mucho la conveniencia político-criminal de atenuación y no soportar un juicio de justicia material (piénsese en la pena insignificante que resultaría aplicable a un homicidio imprudente debido a exceso intensivo en la defensa por error vencible); c) si el exceso se debe a un error sobre los límites

(33) En este sentido, JOSHI JUBERT, *El error sobre los presupuestos...*, cit., afirma que: «El art. 9.1.º no exige que la falta de un elemento no esencial sea debida a error. No existe, en consecuencia, ninguna razón para interpretar este precepto en contra del reo, requiriendo para que pueda ser aplicado que la ausencia se deba a un error.» (p. 720). Entiende, sin embargo, que no es posible la aplicación conjunta de ambos preceptos (arts. 66 y 565 CP), por encontrarnos — en el caso de error vencible sobre presupuesto no esencial de una causa de justificación— ante un supuesto de concurso aparente de leyes penales, BUSTOS RAMIREZ, J., *Manual de Derecho penal*, PG, 3. ed., Barcelona, 1989, pp. 261 y sg.

(34) LUZÓN PEÑA, *El error sobre causas de justificación: algunas precisiones*, en Estudios Penales, cit., p. 73.

(35) LUZÓN PEÑA, *Legítima defensa y ...*, cit., p. 148. Debe ser subrayado que para este autor, en cambio, «es rechazable la posición que sostiene que debe juzgarse desde el punto de vista subjetivo del agente, del que en la situación concreta no es de esperar una fría reflexión: pues ese juicio no sería precisamente racional, sino irracional.» (también, p. 148).

normativos de la eximente, esto es, a un error de prohibición, parece que debiera aplicarse, de manera consecutiva, dos veces el mismo art. 66 CP, una por remisión del art. 6 bis. a), párrafo 3.º CP, y otra por remisión del art. 9-1.º CP; d) cuando el fundamento del exceso se encuentra en un estado asténico de miedo, terror o pánico, no parece que podamos conformarnos, amparados en la ausencia de regulación específica de este supuesto (a diferencia de otras legislaciones: vid. párrafo 33 StGB), con la apreciación de la eximente incompleta, pues a la disminución de lo injusto acompaña una disminución de la culpabilidad. Cabría preguntarse si la alteración emocional incide sobre la naturaleza dolosa o culposa del exceso, o, quizás, sobre la vencibilidad o invencibilidad del error, o, más bien, posibilita la aplicación de la atenuante de arrebató u obcecación, cuando no la apreciación conjunta o concurso de dos eximentes incompletas. Baste por ahora, sin embargo, con plantear cuestiones e interrogantes, pues la respuesta a unas y otros requiere todavía una mayor profundización.

Una vez analizadas las diferentes posiciones doctrinales en torno al fundamento de la eximente incompleta de legítima defensa por exceso intensivo o propio, corresponde ahora examinar la jurisprudencia vertida por nuestro Tribunal Supremo al respecto. Con todo y con ello, nos ceñiremos a la más reciente (36). Tanto por el innegable interés que siempre la más moderna presenta, cuanto por la conveniencia de observar las repercusiones que haya tenido la positivización del tratamiento jurídico-penal del error, a partir de la Reforma parcial y Urgente del Código penal, de 25 de junio de 1983 (37).

Desde luego, en términos generales (y en teoría, pues otra cosa es la opinión que nos merezca la concreta valoración de los hechos sujetos a examen), la jurisprudencia distingue correctamente el elemento esencial de necesidad de defensa, del accidental de necesidad racional del medio empleado. Por ello, acierta sin duda en la configuración del exceso extensivo y del exceso intensivo, reservando sólo a este último la virtualidad de poder apreciar la eximente incompleta.

STS de 20 de octubre 1987 (Ar. 7556): «Así como la necesidad constituye premisa básica para cualquier consideración sobre la legítima defensa, tanto como eximente completa o incompleta, la proporcionalidad viene referida a la relación entre la entidad del

(36) Para un estudio de mayor alcance, pueden verse las siguientes obras: CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas...*, cit., pp. 126 y ss.; Idem., *Comentarios al Código penal*, T.I., Barcelona, 1972, pp. 260 y ss.; MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., *La legítima defensa en la jurisprudencia española*, Barcelona, 1976, passim.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Madrid, 1976.

(37) El primer estudio sobre el alcance de la reforma es ofrecido por QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES / MUÑOZ CONDE, *La Reforma penal de 1983*, Barcelona 1983, pp. 38 y ss.

ataque y la defensa, con especial atención a los medios empleados para impedir o repeler la agresión, que si, cualitativa o cuantitativamente, se ofreciesen desfasados, faltos de una racional correlación, al suponer un exceso intensivo en la reacción contrarrestadora, impidiendo el juego de la eximente plena, sólo permitirían, en su caso, la estimación de la incompleta. La necesidad defensiva ha sido entendida de modo enterizo y general, en el sentido de justificar la actitud de un contraataque frente a una agresión o acometimiento amenazantes que pone en situación de riesgo el bien jurídico cuya salvaguarda deviene acuciante; la necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla es de carácter instrumental, transida de especificidad y de un ámbito y consecuencias más restringidos. Si falta la necesidad de defensa será acusable el exceso extensivo o impropio, exceso en la causa, en tanto que si se halla ausente la proporcionalidad de los medios de repulsa, aparece el exceso intensivo o propio, exceso en los medios.»[la argumentación desarrollada es prácticamente unánime en la jurisprudencia; entre los innumerables pronunciamientos, pueden verse los más recientes de **2 y 7 de noviembre 1988 (Ar. 8816 y 8982); 6 de abril 1989 (Ar. 3028); 18 de enero 1990 (Ar. 1920)]**.

Entre las causas que pueden provocar el exceso intensivo y, por tanto, la apreciación de la eximente como incompleta, se recoge, ciertamente, el error sobre la necesidad racional del medio. El Tribunal Supremo maneja las teorías del error sobre presupuestos objetivos de causas de justificación, mas la solución suele ser idéntica, independientemente de que se argumente desde el prisma de la teoría del dolo, de la teoría de los elementos negativos del tipo o de la teoría estricta de la culpabilidad: aplicación del art. 66 CP, esto es, disminución de pena en uno o dos grados a partir de la prevista para el tipo doloso. A mi juicio, a pesar de que del análisis de los fundamentos de derecho pudiera desprenderse la aplicación prioritaria de la regulación del error, quedando desplazado, por tanto, el art. 9-1.º, tal impresión debe ser descartada, pues el recurso al tratamiento legal del error se ve siempre tamizado por la necesidad de que la solución final coincida con la prevista para las eximentes incompletas por el art. 66 en relación con el 9-1.º Cp.

Así, desde la teoría del dolo, **STS. 9 de febrero 1990 (Ar. 1370)**: «La estimación errónea de la racionalidad del medio empleado para repeler la agresión, si el error fue invencible exime de responsabilidad al agredido, convirtiendo la legítima defensa en causa de inculpabilidad, perdiendo pues su prístino carácter de causa de justificación. Si el error fue vencible el comportamiento ha de reputarse como culposo, siendo de acudir de acuerdo con la normativa vigente, a lo dispuesto en el art. 66 del Código penal, es decir, al mismo precepto que prevé la pena a imponer en los supuestos de concurrencia de una eximente incompleta.»

A la misma solución llega, argumentando sobre la base de la teoría de los elementos negativos del tipo, la **STS. 29 abril 1989 (Ar. 3575)**: «El error sobre un presupuesto fáctico de causa de justificación, concretamente a la legítima defensa, debe tratarse como un error en la infracción penal en la que se integran los elementos negativos excluyentes de la responsabilidad penal, encuadrable en el error de tipo de los párrafos 1.º y 2.º del artículo 6 bis, a). En caso de ser vencible el hecho se castigaría como culposo.»

Especialmente interesante para descubrir el fundamento que la jurisprudencia otorga a la eximente incompleta de legítima defensa por exceso intensivo, resultará el análisis de la incidencia de las alteraciones emocionales del agredido en la configuración de la necesidad racional del medio. Es absolutamente mayoritaria la opinión de que el requisito segundo de la legítima defensa tiene un carácter objetivo, si bien todavía un importante sector jurisprudencial entiende que las alteraciones psicológicas no deben ser despreciadas a la hora de afirmar la racionalidad de la necesidad del medio.

STS. 29 septiembre 1984 (Ar. 4780): «...la proporcionalidad entre la acción agresiva y la reacción defensiva ha de medirse no con arreglo al criterio subjetivo del que se defiende sino con arreglo al criterio valorativo que la recta razón dicte al juzgador, sin perjuicio de la trascendencia que en orden a la culpabilidad, e incluso de la imputabilidad, puedan tener el error o el impacto psíquico causado en el sujeto por la agresión...» (...). Continúa esta resolución, en flagrante contradicción con lo expuesto, afirmando que: «...procede estimar la concurrencia del miedo que, como es sabido, constituye el prototipo de las emociones asténicas de fondo endotímico, con trascendencia sobre la culpabilidad, (...) que cubre el posible exceso en la defensa, que no son incompatibles como se dice en la sentencia recurrida, sino que por el contrario, la fórmula mixta de exención, combinando defensa y miedo, ha venido siendo aceptada...».

No obstante, debe subrayarse que en las más recientes resoluciones va cobrando especial fuerza la opinión de que la necesidad racional del medio debe medirse con módulos objetivos, lo que no implica, y esto es lo más importante, que las posibles alteraciones psicológicas presentes no encuentren su cauce para incidir en la medición final del castigo a imponer, sobre la base de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que contemplan una disminución del reproche de culpabilidad.

STS. 16 diciembre 1986 (Ar. 7925): «Aunque la necesidad racional del medio defensivo, que equivale a proporcionalidad o equilibrio entre el mismo y los empleados en el ataque, no postula

una exacta igualdad entre uno y otros, habiendo declarado la jurisprudencia en multitud de ocasiones que han de tenerse en cuenta tanto la perturbación psicológica que el acometimiento ilegítimo produce de ordinario como la dificultad en que normalmente se encuentra el agredido para escoger u obtener un medio adecuado para hacer frente a la agresión, no debe ser entendida esta prudente llamada a una individualizada y flexible interpretación del segundo requisito legal de la legítima defensa como un portillo abierto a toda suerte de reacciones posibles en la defensa, como si la situación que sirve de presupuesto a la eximente retrotrayese a los afectados por ella a un hipotético estado prejurídico en que todo subjetivismo y toda arbitrariedad, por lesivos que fueren, se conviertan en admisibles. En esta perspectiva, que viene impuesta por la obvia consideración de que la circunstancia eximente que consideramos no tiene su único fundamento justificativo en los legítimos intereses individuales sino en la defensa del propio orden jurídico...». Destacando también la configuración objetiva del requisito y reduciendo a sus justos términos la incidencia del estado psicológico, Véanse: **STS. 11 noviembre y 20 diciembre de 1986 (Ar. 6830 y 7972); 20 octubre 1987 (Ar. 7556); 22 diciembre 1989 (Ar. 9763).**

STS. 9 febrero 1990 (Ar. 1370): «La cuestión a resolver es si la legítima defensa incompleta es compatible con la atenuación de obcecación o arrebato. Lo que el Tribunal *a quo* excluyó con el argumento de ser esa la jurisprudencia de esta Sala. Así ha sido, en efecto. Y si ya con la regulación anterior de la atenuante 8 del art. 9.º esta concepción era discutible, el cambio operado en 1983 obliga a una reconsideración de esta posibilidad, al haber añadido el legislador a los «estímulos» las «causas», al agregar al arrebato u obcecación otros estados pasionales de semejante entidad, y, sobre todo, al suprimir el término «naturalmente» que permite tener en cuenta las características y situación del autor en el caso concreto. Esta Sala ha argumentado en jurisprudencia anterior que la legítima defensa exime de responsabilidad por la conmoción psíquica que experimenta el agredido, lo que en absoluto la legítima defensa exige. Tampoco es válida la observación de que la agresión ilegítima es el estímulo productor del arrebato, ya que el arrebato u otro estado pasional semejante lo produce la agresión unida a las circunstancias concomitantes.» También, aprecia la legítima defensa incompleta y la atenuante genérica de arrebato u obcecación, incluso planteándose la posibilidad de apreciar, conjuntamente, la eximente incompleta de transtorno mental transitorio, la **STS. 22 enero 1986 (Ar. 167).**

Probablemente, resultaría aventurado adelantar una conclusión definitiva sobre el fundamento que nuestra jurisprudencia otorga a la eximente incompleta de legítima defensa por exceso intensivo. Sin embargo, me atrevería a decir que, de una u otra forma, la disminución de lo

injusto del hecho se encuentra presente. No otra cosa cabe deducir, desde luego, en los supuestos en que la legítima defensa incompleta aparece junto a otras eximentes incompletas o atenuantes que inciden en la medida de la culpabilidad (trastorno mental transitorio, miedo insuperable, arrebató u obcecación, etc.). De esta forma, por tanto, encuentran reflejo autónomo en la determinación de la pena, tanto la disminución de lo injusto, cuanto la disminución de la culpabilidad.

1.2. *La provocación suficiente*

El derecho de legítima defensa viene expresamente limitado por nuestro Código penal, en los supuestos en que pueda afirmarse la presencia de una provocación suficiente por parte del defensor. Dicha provocación, entonces, convierte la defensa en antijurídica y, en el mejor de los casos, la eximente en incompleta. Al igual que en el apartado anterior hacíamos con el exceso, trataremos ahora de mostrar el fundamento que doctrina y jurisprudencia otorgan a la eximente de legítima defensa cuando falta el requisito tercero del apartado 4.º del art. 8 del Cp. La tarea no es fácil. Por un lado, no está claro el por qué frente a la agresión provocada no cabe oponer una defensa legítima, pues al fin y al cabo, el que responde a un ataque antijurídico con una acción defensiva no deja de actuar, en mayor o menor medida, al amparo de los principios de protección y de defensa o mantenimiento del Derecho frente a lo injusto. Por otro lado, tampoco reina acuerdo en torno a las características que debe reunir la provocación para fundamentar la aplicación de la eximente incompleta, en la medida en que se sostiene que una amplia constelación de supuestos impediría, también, la afirmación de la atenuante.

Como es sabido, el tema de la agresión provocada ha sido objeto de especial análisis por la doctrina alemana. Ello, sin duda, porque la ausencia de la mención expresa de la provocación como límite al derecho de defensa ha obligado a desarrollar un mayor esfuerzo explicativo (38). Así, en términos generales, se distingue un grupo de casos en los que se niega de manera absoluta el derecho de legítima defensa, de otros supuestos en que solamente estaría sujeto a restricciones.

En efecto, según la doctrina mayoritaria no cabría invocar la causa de justificación cuando se tratara de una *provocación intencional* (*Ab-sichtsprovokation*). En palabras de Jescheck, «...cuando el autor ha pro-

(38) «& 32 StGB. Legítima defensa. (1) El que comete un hecho que viene requerido por una legítima defensa no actúa antijurídicamente. (2) Legítima defensa es la defensa que resulta necesaria para apartar de sí o de otro una agresión actual y antijurídica.». Es evidente que la agresión provocada puede seguir siendo actual y antijurídica, por lo que, en la mayor parte de supuestos, los esfuerzos limitadores se encaminarán a demostrar que el hecho cometido no viene «requerido» por una legítima defensa.

vocado intencionalmente la agresión con objeto de poder lesionar impunemente a su agresor bajo la cobertura de la legítima defensa» (39). El fundamento puede ser múltiple. Así, se ha invocado el principio de responsabilidad, lo que en este ámbito significaría que el defensor debe soportar los costes de la solución del conflicto por él provocado (40), la construcción de la «*actio illicita in causa*» (41), la idea de la injerencia de manera análoga a la comisión por omisión (42), la falta de voluntad o ánimo de defensa (43), la presencia del consentimiento del provocador (44). Tales propuestas presentan un alto índice de cuestionamiento y, a mi juicio, no responden a la pregunta sobre el fundamento de la ilicitud de la defensa del provocador. Dicho interrogante debe ser resuelto, en un previo nivel de argumentación, sobre el cuestionamiento de los principios que informan la defensa legítima. Esto es, la provocación intencional debe negar o restringir la vigencia de los principios de protección individual y/o de afirmación del Derecho.

En este orden de consideraciones, afirma Roxin que : «...el que se pone intencionada y maniobreramente en una situación de peligro con una conducta jurídicamente desvalorada no necesita ninguna protección» (...). Luego, sin necesidad de protección no hay legítima defensa; no se corresponde con la finalidad del derecho de legítima defensa una reafirmación del Derecho —independiente de la necesidad de protección— frente a la agresión antijurídica del provocado.» (45). La argumentación, sin embargo, no me parece totalmente convincente. Afirmar que el sujeto que ha provocado mediante una acción injuriosa no actual o inmedia-

(39) JESCHECK, *Tratado...*, vol.I., cit., p. 471.

(40) JAKOBS, G., *Strafrecht*, AT, 2.Auflage, Berlin - New York, 1991, p. 403, 12 / 49. En parecidos términos, RUDOLPHI, H.J., *Rechtfertigungsgründe im Strafrecht. Ein Beitrag zur Funktion, Struktur und den Prinzipien der Rechtfertigung*, en Armin Kaufmann-GS, 1989, pp. 371 y ss.; para quien, a pesar de que la justificación respondería siempre al criterio del interés preponderante, en la legítima defensa se vería concretado a través de los principios de protección, afirmación del Derecho y proporcionalidad. Además, y esto es lo que nos interesa, la necesidad de defensa también vendría regulada por la intervención del principio de responsabilidad, según el cual se puede limitar o incluso llegar a suprimir la necesidad de defensa si existe provocación del defensor, puesto que éste sería responsable de la situación de peligro provocada (p. 395).

(41) BAUMANN / WEBER, *Strafrecht*, AT., 9.A., 1985, p. 308; LENCKNER, en SCHRÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24.A., 1991, & 32, marginal. 6, p. 547.

(42) MARXEN, *Die sozioethischen Grenzen der Notwehr*, 1979, pp. 56 y ss.; lo utiliza como fundamento de la imputación, también, JAKOBS, AT., cit., 12 / 49, p. 403.

(43) KRATZSCH, *Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht*, 1968, p. 39.

(44) MAURACH / ZIPF, *Strafrecht*, AT, I, 7.A., 1987, p. 356.

(45) ROXIN, «*Las restricciones ético-sociales al derecho de legítima defensa*», trad., de Gomez Benitez, CPC, n.º 17, 1982, p. 310. De los párrafos transcritos se deriva claramente que, para el autor, la provocación debe suponer un hecho antijurídico. Lógicamente, su argumentación carecería de sentido si el provocado pudiera invocar, frente a la provocación, una defensa legítima. Debe interpretarse, por tanto, que nos encontramos ante supuestos donde ello no es posible, normalmente, porque la agresión implícita en la conducta previa carece de actualidad.

ta (de otra forma, claro está, cabría legítima defensa del provocado), una reacción agresiva peligrosa para su integridad física o su vida carece de necesidad de protección no resulta fácilmente comprensible. Quizás por ello, un sector doctrinal entiende que la total negación del derecho de legítima defensa sólo se produciría allí donde el provocador pudiendo eludir la agresión sin grandes riesgos propios no lo hace, mas no podría negársele una defensa legítima cuando rehuir la agresión deviene imposible o supone un elevado riesgo personal (46).

Por otro lado, la doctrina dominante (47) entiende que cuando la provocación no es intencional, pero presenta los rasgos de antijurídica, culpable y determinante de la agresión, permanece el derecho de legítima defensa, si bien con restricciones. El fundamento sería la *disminución en el interés de la afirmación de la defensa del Derecho*. De tal modo que el provocador, tal como ha resuelto la jurisprudencia alemana, «no puede ejercitar una «defensa ofensiva» (Trutzwehr), mientras sea suficiente una «defensa protectora» (Schutzwehr) o disuasoria frente al agresor», incluso, «...soportando perjuicios y lesiones pequeños en estos casos» (48).

En definitiva, y en términos generales, la provocación determinante de la situación de legítima defensa puede impedir la invocación de la causa de justificación (provocación intencional), o, simplemente, puede limitar su uso (provocación antijurídica y culpable pero no intencional). En cualquier caso, me interesa subrayar dos cosas : 1.º los límites a la legítima defensa deben deducirse ineludiblemente de su fundamento y, por tanto, en un segundo nivel de concreción dogmática, en el análisis de la presencia o ausencia de los elementos esenciales y accidentales de la eximente; 2.º. En muchos supuestos, la provocación de la agresión, aún cuando limite la cobertura de la eximente, no permite negar la presencia de sus elementos esenciales. Si esto es así, lo que estimo correcto, parece razonable afirmar que la acción defensiva del provocador puede presentar una *disminución en la gravedad de lo injusto*, precisamente por realizarse al amparo de los principios que informan el derecho de legítima defensa, que no puede ser despreciada a la hora de la determinación definitiva de la pena a imponer. Precisamente, como a continuación veremos, la tarea resultará menos compleja en ordenamientos en que, como es el caso español, contemplan la positivización de las causas de justificación incompletas.

En efecto, cuando medie *provocación suficiente* por parte del defensor tan sólo cabrá invocar la modalidad incompleta de la eximente de legítima defensa. Ahora bien, los efectos atenuatorios del art. 66 CP entrarán en juego en la medida en que no resulte afectado algún elemento

(46) LENCKNER, en SCHÖNKE / SCHRÖDER / LENCKNER, & 32, marg.56 y 57, p. 545.; También, JESCHECK, AT., cit., p. 471.

(47) Vid., por todos, LENCKNER, ob. cit., & 32, marg. 58 y ss., pp. 545 y ss.

(48) Citada por ROXIN en *Las restricciones...*, cit., p. 312.

esencial de la causa de justificación y si, en cambio, cuando, por faltar uno accidental, el fundamento de la exclusión de la antijuricidad de la conducta se vea parcialmente cuestionado.

Desde luego, si la provocación consistiera en una agresión ilegítima y actual no cabrá ni siquiera la forma incompleta de la justificación. Ello, porque entonces la acción del provocado devendría una defensa legítima y, claro está, contra legítima defensa no puede oponer el provocador, a su vez, legítima defensa. Asimismo, tanto doctrina como jurisprudencia (49) mayoritarias, entienden que la riña provocada o su libre aceptación, por ausencia de agresión ilegítima, o de necesidad de defensa, o de voluntad de defenderse, impiden también la eximente incompleta (50).

Por otro lado, no parece aceptable que cualquier provocación ilegítima el derecho de defensa. El hecho de que, al fin y al cabo, se ejercite

(49) Nuestro Tribunal Supremo ha negado reiteradamente cualquier posibilidad de invocar la legítima defensa en supuestos de riña mutua y libremente aceptada. Se fundamenta, generalmente, en que en estos casos no es posible individualizar la agresión, «ya que ambos contendientes se convierten en agresores recíprocos»; negado, por tanto, el elemento de necesidad de defensa y, en muchos casos, también el ánimo defensivo, no cabe legítima defensa completa ni incompleta. Así, *SsTS. de 25.6.1981 (Ar. 2792)*, *30.3.1984 (Ar. 1879)*, *25.4 y 18.10 de 1985 (Ar. 2139 y 5005)*, *22.1, 30.6, 15.11 y 16.12 de 1986 (Ar. 167, 3222, 6961 y 7936)*, *11.5.1987 (Ar. 3035)*, *29.12.1989 (Ar. 9812)*, entre otras muchas. Debe destacarse, sin embargo, que se viene imponiendo una correcta doctrina jurisprudencial según la cual la aceptación libre de la riña se condiciona a que no exista un inicial agresor: *SsTS. de 11.4 y 22.7 de 1986 (Ar. 1961 y 4340)*, *23.6 y 10.7 de 1989 (Ar. 5206 y 6170)*, *1.3.1990 (Ar. 2318)*, entre otras.

(50) Especialmente interesante resulta la posición de LUZÓN PEÑA, *Riña y legítima defensa (Comentario a la STS 10-4-1989)*, en «Estudios Penales», cit., pp. 159 y ss; para este autor, «la solución correcta debe partir, en efecto, de distinguir casos de riña en que todos sean recíprocos agresores y agredidos y casos en que unos adopten el papel de agresores y otros se limiten a lo estrictamente defensivo. Lo primero puede darse tanto cuando haya agresiones simultáneas y no condicionadas a la actitud del otro, como también cuando, aunque uno tome la delantera en el ataque, la respuesta del contendiente sea excesiva y desproporcionada, no limitándose a lo indispensable. Y en tales supuestos hay que negar que la actuación de cada contendiente sea una defensa; pero no porque le falte ánimo o voluntad defensiva (...), sino porque objetivamente la actuación carece del significado o carácter defensivo de impedir o repeler una agresión, puesto que se patentiza ante todos el carácter agresivo y no meramente defensivo de la acción y ésta efectivamente es independiente de la actuación del otro, que se conoce y que quizá no se deja siquiera que se produzca, y de su intensidad, y, en cualquier caso y por eso mismo, sería un medio innecesario. Pero no siendo ni siquiera un obrar «en defensa», falta el otro requisito esencial (además de la agresión) y no cabe ni tan sólo eximente incompleta.» (p. 168)

«La situación es distinta cuando uno de los implicados se mantiene o actúa estrictamente a la defensiva (...). Si en la riña una de las partes agrede o ataca y la otra se limita a dar una respuesta o reacción defensiva estrictamente necesaria, habrá claramente una agresión ilegítima, la respuesta tendrá carácter de defensa, al estar condicionada y dependiendo del ataque, aparte que incluso habrá el —innecesario— ánimo defensivo, y también concurrirá el requisito de la necesidad del medio.» (p. 168). Según Luzón Peña, en estos supuestos «...falla siempre el requisito —inesencial— de la falta de provocación suficiente (del n.º 3.º del art. 8, 4.º) en cada uno de quienes han incitado o aceptado la riña (y

una defensa frente a una agresión antijurídica y actual, obliga a ser extremadamente cuidadosos a la hora de situar al provocador que se defiende ante la alternativa de soportar la agresión o bien sufrir un castigo. Por ello, *la suficiencia exigida por la ley debe ser interpretada como una característica que restringe el concepto de provocación* jurídicamente relevante a los efectos de negar la apreciación de la forma completa de la eximente de legítima defensa.

Todo ello, me lleva a sostener que la provocación suficiente debe consistir en una conducta ilícita (51), no bastando comportamientos moral, social o éticamente reprobables (52). Podrá ser intencional o, simplemente, dolosa o imprudente. Estimo incorrecta, por tanto, la opinión de un sector doctrinal que niega incluso la forma incompleta de la eximente cuando la acción provocadora persiga intencionadamente la creación de la situación de legítima defensa, apoyándose en una pretendida ausencia de los elementos esenciales de necesidad de defensa o de «*animus defensionis*». Por lo que respecta a la necesidad «genérica» (pues la «concreta» afectaría al elemento accidental de la necesidad racional del medio empleado) de defensa, no alcanzo a comprender cómo puede ser negada por el simple hecho de que a la agresión ilegítima y actual que pone en peligro un bien jurídico individual preceda una conducta provocadora. La necesidad de protección, desde luego, existe. Podrá cuestionarse la legitimidad del provocador para actuar en representación del Derecho frente al injusto, mas esto es, precisamente, lo que convierte la defensa en antijurídica, pero de ningún modo supone argumento alguno para negar la necesidad de defensa y, por tanto, imposibilitar también la aplicación de la eximente como incompleta. Tampoco me parece atendi-

consiguientemente aceptado la agresión), aunque luego se mantenga estrictamente a la defensiva.» (p. 169). Por mi parte, entiendo que todavía en este segundo grupo de casos debería hacerse una matización: habrá provocación suficiente y, por tanto, sólo legítima defensa incompleta, siempre y cuando la aceptación de la riña sea verdaderamente libre, más no cuando la misma aparezca como el único medio idóneo de defensa. Esto es, cuando una de las partes ataca o agrede y la otra se ve obligada a «aceptar» el envite respondiendo en defensa. En este sentido deben interpretarse las palabras de MIR PUIG, PG, cit., p. 466, nota, 44: «Pero si en los casos de «riña forzada» verdaderamente existe por una de las partes necesidad de defenderse etablando la «riña», no veo que pueda hablarse de provocación por parte del que se ve obligado a defenderse.»

(51) En este sentido, CEREZO MIR, *Curso...*, PG, I, cit., p. 443.

(52) No me parece de recibo, por tanto, el ejemplo propuesto por MIR PUIG, PG, cit., p. 472: «...el amante, conocedor de las amenazas de muerte que contra él ha efectuado el marido burlado, y sabiendo que éste incluso se ha procurado una pistola para hacerlas efectivas llegado el caso, le espera con la mujer en el domicilio conyugal para provocar una situación de agresión por parte del marido y poderle matar al defenderse; el marido hubiera dado muerte al provocador si éste no se hubiese defendido matándole antes.» Sin duda, lleva razón BUSTOS RAMÍREZ, PG, cit., p. 209, cuando afirma que: «No hay provocación por la sólo circunstancia subjetiva del agresor de sentirse personalmente mortificado o moralmente afectado (p. ej. no se puede estimar provocación el acto de adulterio); la provocación requiere, pues, de una apreciación objetiva desde el bien jurídico posible de ser afectado, no desde la subjetividad o conciencia del agresor.»

ble el negar, sobre la base de la previa provocación intencional, el elemento subjetivo de justificación (53). Comparto la opinión de que éste es necesario en toda causa de justificación, mas entiendo por tal el conocimiento de la situación justificante (54), y no la presencia de un especial ánimo o voluntad defensiva (55). Esto es, el elemento subjetivo de justificación podría entenderse como el correlato del dolo, mas no de un específico elemento subjetivo del injusto. Y es indudable que, en el momento de la defensa, el provocador conoce y quiere actuar dentro de los márgenes de la eximente de legítima defensa, precisamente por y para ello provocó previamente la agresión (56).

Provocación suficiente significa, también, la afirmación de la presencia de una *adecuación normativa* para motivar la agresión. El criterio axiológico (que no causal) de la adecuación, permitirá mantener en su totalidad el derecho de defensa cuando la agresión sea objetiva y sensiblemente desproporcionada a la conducta provocadora.

En definitiva, creo que a estas alturas de exposición estamos en condiciones de afirmar que la eximente incompleta de legítima defensa por existir provocación suficiente, viene a regular correctamente supuestos donde se detecta una disminución en la gravedad de lo injusto, y, por tanto, a la conducta típica que en su defensa despliega el provocador debe aplicársele una reducción en el castigo a imponer de hasta dos grados de pena.

La legítima defensa se fundamenta (según doctrina mayoritaria, e independientemente de ulteriores matizaciones a través de otros principios como los de proporcionalidad y reponsabilidad) en los principios de protección individual y de afirmación, mantenimiento o defensa del Derecho. Es evidente que la defensa del Derecho —a través de una conducta que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos— por los ciudada-

(53) Por las razones expuestas en supra (nota 11) , no es posible una mayor profundización sobre los elementos subjetivos de las causas de justificación.

(54) En este sentido, FRISCH, *Grund— und Grenzprobleme...*, cit., pp. 135 y ss; JAKOBS, AT, cit., p. 358 y sg., 11 / 18, con aportación bibliográfica. En nuestro país, véase, especialmente, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, p. 125; *idem.*, «*Legítima defensa...*», en Estudios Penales, cit., pp. 140 y ss; *idem.*, *Riña y ...*, en Estudios Penales, cit., p. 167; y, para una panorámica global, por todos, MAQUEDA ABREU, *Los elementos subjetivos de justificación*, cit.

(55) Véanse, por todos, HIRSCH, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 10. A., pre-vio al §.32, n.º 53 y ss; y JESCHECK, AT, cit., pp. 447 y ss.; en nuestro país, CEREZO MIR, PG, I, cit., pp. 408 y ss.

(56) No obstante, para LUZÓN PEÑA, *Legítima defensa...*, cit., la provocación intencional no es un supuesto de provocación suficiente. A pesar de ello, la conducta del provocador devendrá punible, «...porque el incitar a otro a una agresión, aunque se piense en impedir luego que se consume, es una inducción indirecta a una tentativa (idónea o no) de delito: y, contra lo que opina la doctrina dominante, esa conducta del «agente provocador» puede castigarse (en nuestro Derecho como provocación del art. 4, 3.º).» (p. 157). Con mayor razón, a su juicio, tampoco será provocación suficiente la meramente dolosa o imprudente. Entiende que en estos casos se podría llegar a la eximente incompleta por un posible exceso en el medio empleado (p. 157).

nos sólo se legitima en la medida en que responda a una necesidad de protección individual (propia o ajena). Ello no significa, sin embargo, que el interés en el mantenimiento del Derecho permanezca inalterado siempre que exista necesidad de protección. Yerra, por tanto, Roxin cuando para negar la legitimidad de la acción defensiva del provocador por ausencia de un interés en la reafirmación del Derecho, niega también la necesidad de protección. Creo haber demostrado más arriba, que en estos supuestos permanece la necesidad de defensa, y, desde luego, si según nuestro Código penal, la provocación suficiente permite la apreciación de la eximente incompleta ello no puede ser —de *lege lata*— ni siquiera discutido.

Por tanto, la ilicitud de la conducta defensiva sólo podrá explicarse, bien por una disminución en el interés de la afirmación del Derecho, bien en la ilegitimidad del provocador para actuar como su representante y defensor (57). Es decir, en palabras de Luzón Peña, «...igual que en el exceso falla la necesidad de la defensa concreta del bien jurídico, en la provocación suficiente habrá en principio necesidad de defensa genérica del Derecho y del bien jurídico, pero falla la necesidad de defensa del orden jurídico por ese sujeto concreto» (58). Pero, de una u otra forma, lo que especialmente nos interesa es subrayar que la conducta del provocador sigue respondiendo, *parcialmente*, a los principios que informan la legítima defensa. En esta medida, sobre lo injusto, como magnitud graduable, se opera una sensible disminución en su gravedad que, en nuestro Derecho, conduce a la apreciación de la forma incompleta de la causa de justificación.

2. La eximente incompleta de estado de necesidad

2.1. Cuestionamiento de la «situación» o «estado de necesidad» como elemento esencial de la eximente

Tal y como afirma el art. 8-7.º CP, estará exento de responsabilidad criminal el que, impulsado por un *estado de necesidad*, para evitar un

(57) En este sentido, CEREZO MIR, *Curso...*, PG, I, cit., p. 443, afirma: «El fundamento de este requisito de la legítima defensa consiste, a mi juicio, en que no puede erigirse, en principio, en defensor del ordenamiento jurídico aquél que provocó la agresión ilegítima con una acción u omisión antijurídica.»

(58) LUZÓN PEÑA, *Legítima defensa...*, cit., p. 156. Lo que ya me parece más discutible es restringir estos casos, exclusivamente, al «...supuesto de provocación o aceptación (pues ésta provoca, a su vez, a la realización del desafío) de una riña mutuamente consentida o de un duelo; en tal caso, como es evidente que todos los contendientes renuncian a la protección y defensa jurídica, no pueden aparecer legitimados (ni lo quieren) para defender el orden jurídico.» (p. 156).

mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurren los requisitos siguientes: que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar; que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; y, que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

En consecuencia, la conducta típica amparada por la eximente se configura como una reacción frente a la amenaza de un peligro que se cierne sobre un bien jurídico propio o ajeno. Si como parece evidente la causa de justificación que nos ocupa responde a la lógica del interés preponderante (59), presupuesto ineludible de la misma deberá ser una situación de conflicto entre intereses dignos de protección no evitable de otro modo. En este sentido, doctrina y jurisprudenci (60) coinciden, en términos generales, en exigir como características del «estado de necesidad» la actualidad o inminencia del peligro y la inevitabilidad del mismo por medios menos gravosos (esto es, mediante una acción lícita, ilícita pero atípica o, finalmente, típica pero de inferior gravedad). De este modo, el «estado de necesidad» o «conflicto frontal de intereses» es presupuesto esencial de la eximente tanto completa como incompleta. Conviene detenerse, sin embargo, en las notas de inminencia e inevitabilidad del peligro, pues, de uno u otro modo, se ha sostenido que su ausencia pudiera no impedir la apreciación de la justificación incompleta, o, sobre la base de fundamentos exculpatorios, la total exención de responsabilidad criminal.

Como afirma Jescheck, «el peligro es *actual* cuando una *consideración objetiva «ex ante»* muestra que la producción de un daño, con carácter inmediato o en un momento posterior (peligro continuado), es hasta tal punto probable, que es racionalmente preciso adoptar enseguida las medidas necesarias para la protección del bien jurídico amenazado» (61). Ahora bien, la inminencia del peligro no debe suponer de ningún modo el rechazo de las situaciones de peligro permanente. En realidad, la línea jurisprudencial que, p. ej. en situaciones de penuria económica, niega la existencia de «estado de necesidad» por faltar la inminencia del mal, se apoya en una errónea y rechazable configuración

(59) Cuestión que no se pone en duda por doctrina y jurisprudencia. Téngase en cuenta, además, que en sistemas como el español o el italiano (art. 54 CPI), donde se admite sin restricciones el auxilio necesario ajeno, es conclusión prácticamente obligada, pues, como ha subrayado recientemente ROMANO, M., *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, RIDPP, 1991, p. 44 : «...emerge con evidencia que la norma evita tomar en cuenta consideraciones de los reflejos psicológicos de una situación existencial vivida por el sujeto, o bien de una real o potencial distorsión del normal proceso de motivación, para fundarse, contrariamente, de manera exclusiva, sobre una objetiva ponderación de intereses.»

(60) Véase, CÓRDOBA RODA, *Comentarios...*, I, cit., pp. 272 y ss.

(61) JESCHECK, PG, I, cit., p. 493.

del mal que amenaza. El cual no debe ser entendido como la situación extrema de indigencia o peligro casi irremediable para la vida o salud, sino que, antes bien, debe procederse a una ampliación considerable del concepto que sólo desde el desprecio a la dignidad del hombre puede equipararse a la muerte o lesiones del necesitado (62). Por otro lado, la inminencia del peligro no siempre juega un papel fundamental en la configuración de la situación de necesidad. Acertadamente han destacado Cobo/Vives que: «Ciertamente no podrá hablarse de necesidad justificante allí donde el peligro para el bien mayor no sea inminente, siempre y cuando el transcurso del tiempo pueda, presumiblemente, aportar al conflicto una solución menos gravosa que el sacrificio del bien menor; mas allí donde esto no ocurra, es decir, donde no quepa esperar del transcurso del tiempo ni siquiera una atenuación del conflicto, el requisito de la inminencia no tiene sentido alguno» (63).

De la «situación de necesidad» se predica también su carácter *absoluto*. Esto es, la necesidad de la acción requiere que ésta aparezca como el único medio posible para salvar el bien jurídico en peligro, o, tal y como lo formula la STS de 21 de enero de 1986 (Ar. 163) : «cuando no se han agotado las vías legítimas para la salvación del bien, así como cuando se recurre a un medio innecesariamente perjudicial, faltará en verdad, al presunto estado de necesidad, la cualidad de absoluto.» También la doctrina (64) mayoritaria entiende que el necesitado no podrá ampararse en la eximente si se encontraba a su alcance la salvación del interés amenazado mediante una conducta atípica o, siendo típica, de menor gravedad. Ello porque en el estado de necesidad, a diferencia de la legítima defensa, colisionan dos intereses igualmente legítimos (65). De forma que la destrucción de uno de ellos debe aparecer como lógicamente inevitable para la salvación del otro.

Sin embargo, el requisito de la *subsidiariedad* de la acción realizada en estado de necesidad viene siendo cuestionado por un sector doctrinal. Así, se afirma que cuando existan medios lícitos o, cuando menos, no típicos, estará ausente una verdadera situación de necesidad. Mas, si se presenta como necesaria una conducta típicamente relevante, la no elección de la menos perjudicial no cuestionaría el requisito básico de «esta-

(62) En este sentido, PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *Subsidiariedad y proporcionalidad de los males en el estado de necesidad: el criterio de la exigibilidad*, PJ, n.º 13, 1989, p. 121 y sg. Además, lleva razón el autor al denunciar que de seguirse la interpretación jurisprudencial, en muchos casos «...no hubiera sido necesaria la aplicación del estado de necesidad para eximir de pena» (nota 30, p. 121), pues la alteración psicológica del autor fundamentaría sobradamente su exculpación.

(63) COBO / VIVES, PG, cit., p. 395. Comparte la opinión, CEREZO MIR, *Curso...*, PG, II., cit., p. 13 y sg.

(64) Véase, CEREZO MIR, PG, II, cit., p. 14; COBO / VIVES, PG, cit., p. 395.

(65) Véase, no obstante, la matización de CEREZO MIR, PG, II, cit, p. 15.

do de necesidad», pudiendo aplicarse, en consecuencia, la forma incompleta de la eximente (66).

A mi juicio, se produce en este tema una confusión entre la necesidad de la acción realizada por no existir medios menos gravosos, y los criterios que deben medir dicha necesidad. Es evidente que la necesidad no puede tener un carácter absoluto o abstracto, sino que debe responder a un juicio de valoración objetivo «ex ante» (67). Así, no podrá negarse el carácter de necesario al pequeño hurto o leve apropiación indebida realizada por un sujeto para superar un estado de síndrome de abstinencia provocado por una fuerte drogodependencia, con el argumento de que tenía la posibilidad de prostituirse. En cambio, si podrá negarse la necesidad si, pudiendo superar los fuertes dolores físicos derivados de la enfermedad mediante el lucro obtenido por la realización de una falta contra el patrimonio, decide realizar una conducta de robo con violencia o

(66) Así, ya CORDOBA RODA, *Comentarios...*, I, cit., p. 278; Claramente, MIR PUIG, PG, cit., p. 498: «...debe distinguirse también para el estado de necesidad entre «necesidad abstracta» y «necesidad concreta». La primera faltará si no hay necesidad de ninguna acción prevista por la ley penal, y la segunda si existe dicha necesidad pero podía haberse empleado un medio menos lesivo. La estimación de la eximente incompleta no cabrá si falta la necesidad abstracta, pero deberá considerarse si sólo falta la necesidad concreta.» También, PAREDES CASTAÑÓN, *Subsidiariedad...*, cit., p. 123; para quien «nos encontramos aquí con un problema de proporcionalidad de los males, más que con una exigencia de subsidiariedad.» (...) «Pero esto quiere decir que, como mínimo, se dará una eximente incompleta de estado de necesidad.» (p. 125).

(67) La propia esencia de la justificación anudada al criterio del interés preponderante obliga tanto a la objetivización-generalización del juicio (lo que no significa, desde luego, el desprecio de los elementos subjetivos), como a la adopción de la perspectiva «ex ante». Así, RUDOLPHI, *El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal*, en SCHÜNEMANN y otros: «El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales», trad. Silva Sanchez, Madrid, 1991, pp. 81 y ss., afirma que: «La justificación sobre la base del principio del interés preponderante significa que el ordenamiento jurídico permite una acción peligrosa porque valora más las posibilidades de salvación generadas por ella que la peligrosidad que le es inherente». (...) «...para la permisión de una conducta peligrosa en sí prohibida, carece de significado si ésta —contemplada desde una perspectiva ex post— se muestra idónea para la salvación o no; es decir, que no es relevante que se realicen las posibilidades de salvación generadas por ella y, de tal modo, se cree un valor de resultado que finalmente compense un desvalor de resultado existente. Más bien lo decisivo para el decaimiento de la antinormatividad de una conducta peligrosa en sí prohibida es, simplemente, que dicha conducta —contemplada desde una perspectiva ex ante— genere, según el saber empírico de nuestro tiempo, posibilidades de salvación para otros bienes jurídicos amenazados, y que el ordenamiento jurídico valore en mayor medida tales posibilidades de salvación generadas por ella que la peligrosidad inherente a la misma» (p. 88). Con mayor amplitud, recientemente, idem, *Rechtfertigungsgründe...*, cit., pp. 378 y ss. En el sentido del texto, también la doctrina dominante en nuestro país; véase, desde diferentes perspectivas, MIR PUIG, PG, cit., p. 498 y sg., CEREZO MIR, PG, II, cit., p. 15., COBO/VIVES, PG, cit., p. 357.

intimidación poniendo en peligro la salud o vida de las personas (68). En definitiva, una cosa son los criterios para medir la necesidad [que algunos autores reconducen a la idea de exigibilidad objetiva (69)], y otra bien distinta que, cuando el juicio objetivo «ex ante» muestre la innecesariedad de la gravedad de la conducta, se sostenga todavía la existencia de un verdadero «estado de necesidad». En este sentido, se podría sostener que la conducta innecesaria no cumple con el mandato legal del art. 8-7.º CP, pues en su realización el sujeto no se ve *impulsado* (objetivamente) por un estado de necesidad (70).

En conclusión, entiendo que la situación de necesidad es presupuesto ineludible de la eximente, tanto completa como incompleta. Si mediante el juicio objetivo «ex ante» se prueba que el Derecho no podía exigir una conducta menos lesiva, habrá justificación completa, de lo contrario, por la esencialidad del elemento, no cabrá ni siquiera la incompleta (71). Todo ello, claro está, partiendo de la base de que nos movemos en la categoría de la antijuricidad, pues no es, desde luego, descartable que razones de *exigibilidad subjetiva* fundamenten una causa de exculpación, plena o incompleta. Mas esto es, precisamente, lo que debe quedar fuera de duda: la aplicación de una eximente incompleta en supuestos donde falte la necesidad objetiva de la acción realizada, nos traslada al plano de la exculpación; ya no se trata de identificar un interés preponderante, sino de verificar si la situación subjetiva del sujeto permite la imputación con carácter individual de la conducta; ya no se trata de negar o graduar lo injusto, sino de negar o graduar la culpabilidad (72).

(68) En el sentido del texto, de gran interés la *STS de 23.12.1987 (Ar. 9876)*: «En el presente caso no aparece como probado esa «situación carencial límite que origina un conflicto actual o inminente que solamente puede resolverse haciendo presa en el patrimonio ajeno» y sí resulta probado la desproporción entre la situación de las dificultades económicas de los procesados y el hecho realizado: un robo con uso de arma de fuego que implica un ataque a valores como la vida, la integridad física y la libertad y seguridad de los demás de superior entidad de manera que excluye la apreciación de la eximente completa o incompleta.»

(69) Expresamente, PAREDES CASTAÑÓN, *Subsidiariedad...*, cit., pp. 119 y ss. También, nuestra jurisprudencia procede a tamizar el carácter absoluto del estado de necesidad a través del criterio de la exigibilidad: *SsTS de 9.12.1985 (Ar. 6008)*, *21.1.1986 (Ar. 163)* y *13.4.1987 (Ar. 2561)*: «Entendido todo ello con sanos y ponderados criterios atentos a la idea de exigibilidad, bastando el acreditamiento de que el sujeto, antes de decidirse por la drástica solución lesiva del bien ajeno, puso en práctica cuanto humanamente aparezca como exigible para salvar y preservar el bien propio en peligro.»

(70) Vid., BUSTOS RAMÍREZ, PG, cit., p. 217

(71) Entre otras muchas, véase, la *STS de 3.12.1987 (Ar. 9529)*.

(72) Resulta interesante constatar, cómo en la mayoría de supuestos en que nuestro Tribunal Supremo aprecia la eximente incompleta cuando no concurre verdaderamente la situación de necesidad acude al estado psicológico del sujeto: *SsTS de 26.3.1936 (Ar. 773)*, *13.3.1953 (Ar. 470)*, *2.2.1955 (Ar. 394)*, *9.12.1957 (Ar. 3241)*, *9.6.1959 (Ar. 2668)*, *31.1 y 11.2. 1964 (Ar. 1070 y 709)*, *2.3.1970 (Ar. 1074)* y *29.4.1971 (Ar. 1992)*.

2.2. Ponderación de males, disminución de injusto y eximente incompleta

La eficacia eximente de la circunstancia 7.º del art. 8 CP, viene condicionada a que el mal causado por la acción necesaria sea igual o menor a aquél que se trate de evitar. La naturaleza justificante del estado de necesidad no es cuestionada, a la luz del criterio del interés preponderante, en la medida en que el mal ocasionado suponga la puesta en peligro o lesión de intereses de un valor inferior a los que se pretendía proteger con la acción salvadora. Mas, cuando de la ponderación de intereses resulte una equivalencia valorativa, los fundamentos para la exención de la responsabilidad criminal no parecen encontrar un pacífico acomodo en las categorías tradicionales de la teoría jurídica del delito. Como es sabido, la doctrina mayoritaria entiende que el estado de necesidad por intereses equivalentes goza de eficacia exculpante, en la medida en que impide la afirmación de una culpabilidad penalmente relevante (73). Sin embargo, no faltan autores que mantienen en estos supuestos la naturaleza justificante de la eximente, bien sobre la base de diferenciar las categorías de la antijuricidad y la culpabilidad en la eficacia motivadora del imperativo penal (74), bien en la declaración de un espacio libre de regulación jurídica (75). Por último, otro sector doctrinal explica la renuncia a la pena acuñando nuevas categorías dogmáticas, como son la responsabilidad por el hecho (76) y las causas de exclusión del injusto penal (77).

(73) Ya en ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, PG, Madrid, 1949, p. 266 (existe reedición de la segunda edición de esta obra, anotada y corregida por Hernández Guijarro y Beneytez Merino, en Ed. Akal / Iure, Madrid, 1986, p. 296); y RODRÍGUEZ MUÑOZ, en notas a la trad. del «Tratado de Derecho penal» de MEZGER, I, Madrid, 1955, pp. 450 y sg.

(74) GIMBERNAT ORDEIG, *El estado de necesidad: un problema de antijuricidad*, en *Estudios de Derecho penal*, 3 ed., Madrid, 1990, pp. 218 y ss; también, el mismo, en contestación a KÜPER, «Der entschuldigende Notstand —ein Rechtfertigungsgrund? —Bemerkungen zur Kriminalpolitischen «Einheitstheorie» Gimbernat Ordeigs—», JZ, 1983, pp. 88-95, *Prólogo al libro de Antonio Cuerda: La colisión de deberes en Derecho penal*, en «Estudios...», cit., pp. 231 y ss.; id. *Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im spanischen Strafrecht*, en ESER / PERRÓN, *Rechtfertigung und Entschuldigung*, III, cit., pp. 71 y ss; en idéntico sentido, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales...*, cit., pp. 243 y ss.; CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho penal*, Madrid, 1984, pp. 311 y ss; con diverso fundamento, opta, no obstante, por la naturaleza justificante del estado de necesidad en todo caso, ROLDÁN BARBERO, *Estado de necesidad y colisión de intereses*, en CPC, n.º 20, 1983, pp. 469 y ss.

(75) KAUFMANN, Arthur, *Rechtfreier Raum...*, cit., pp. 334 y ss.; con anterioridad, MAYER, H., *Strafrecht*, AT, 1953, pp. 189 y ss.

(76) En nuestro país, BACIGALUPO, *Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad*, cit.; id., *Unrechtsminderung und Tatverantwortung*, cit.; le sigue, LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, Barcelona, 1990, pp. 316 y ss.

(77) GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit...*, cit.; id. *Rechtfertigung und Entschuldigung in einem teleologischen Verrechtenssystem*, en ESER / FLETCHER, *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, cit., pp. 363 y ss; id. *Die Klassifikation von Rechtfertigungsgründen*, en «Seminario hispano-alemán», Barcelona-Alcalá de Henares, 1990.

Desde luego, no es mi intención polemizar en este contexto sobre la configuración de la antijuricidad penal (78). Sin embargo, me parece necesario realizar una aproximación a los fundamentos que se alegan para excluir la responsabilidad penal en los supuestos de estado de necesidad por colisión de intereses equivalentes. Ello, porque casi sin excepción aparece reiteradamente el argumento de la disminución de injusto. Resulta paradójico que previendo nuestro Código penal la figura de las causas de justificación incompletas, precisamente para los supuestos de una sensible disminución de injusto, la doctrina española opte, con contadas excepciones, por dotar de relevancia a esa disminución de injusto exclusivamente en sede de culpabilidad. Produciéndose en consecuencia un corrimiento de contenidos desde la antijuricidad hacia la culpabilidad que, amén de no encontrar una respuesta clara en nuestro sistema jurídico penal, pudiera enturbiar la capacidad explicativa y la necesaria diferenciación valorativa de los diferentes elementos del concepto jurídico de delito. Probablemente, la insatisfactoria respuesta que ofrece la categoría de la culpabilidad a la dismi-

(78) Notoriamente importante, por la labor de delimitación de las diferentes categorías que componen el concepto jurídico de delito, y, especialmente, por la adjudicación a cada una de ellas de las valoraciones, intereses y finalidades político-criminales que les son propias, Díez RIPOLLÉS, *La categoría de la antijuricidad en derecho penal*, ADPCP, en prensa (se citan, con permiso del autor, galeradas). Este autor, acuña la terminología de injusto penal específico e injusto penal genérico, para referirse al contenido del injusto según se considere en el tipo o en la antijuricidad (pp. 64 y ss.). De este modo, entiende que: «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 como un «injusto específico». Referente decisivo en la delimitación de esa conducta específicamente desvalorada lo vuelve a ser en primer lugar el bien jurídico protegido, 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» (pp. 65-66). A continuación, resaltando la necesidad de un segundo estrato valorativo, afirma que: «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 consideraciones axiológicas que se mueven en un plano más genérico. 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. (...). «Setrata 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. (...). «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» (pp. 66-67). Como más adelante veremos, la antijuricidad también ejerce funciones de graduación del injusto penal genérico.

nución de injusto, es el punto de partida de las elaboraciones que tienden a resolver el problema en sede de antijuricidad o en categorías cercanas a ella. Mas, en todo caso, se pretende fundamentar la exclusión del castigo. Actitud, en cierta medida más explicable en ordenamientos jurídicos donde no existe un tratamiento jurídico-penal expreso para la disminución de injusto en supuestos de ausencia de alguno de los requisitos legales exigidos para la justificación plena. En este sentido, la no apelación en la doctrina española al art. 9-1.º CP sólo puede responder a una distorsión germanizante del debate. En definitiva, a continuación se pretenderán individualizar aquellos supuestos de estado de necesidad en los que la ponderación de interés (79) no arroje como resultado la justificación plena de la conducta, dejando subsistente en todo caso la posibilidad de acudir a la apreciación incompleta de la eximente.

2.2.1. Mal causado mayor que el que se trataba de evitar.

No cabe duda que cuando el mal causado es mayor no es posible justificar la acción necesaria. Sencillamente, porque la ponderación de intereses en juego no califica de preponderantes a los aportados por aquella. Mas esto significa, solamente, que no se dan en su totalidad los elementos exigidos por la ley para justificar la conducta. Ello no cierra el paso automáticamente a la justificación incompleta. Antes bien, lo lógico será su apreciación, siempre y cuando el resto de elementos presentes puedan hacer disminuir considerablemente el desvalor jurídico-penal expresado en el injusto típico. La cuestión no puede resolverse mediante un pronunciamiento apriorístico sobre el carácter esencial o inesencial del requisito de la causa de justificación (80). En efecto, el estado de necesidad se basa en una situación de conflicto de intereses en la que la salvación de unos sólo es posible mediante el sacrificio de los otros. Por tanto, la propia situación de necesidad y el conocimiento y voluntad del sujeto de actuar en el seno de la misma, son elementos difícilmente prescindibles a la hora de apreciar la eximente, también en su forma incompleta. Sin embargo, una desproporción en el mal causado que no consiga superar el que se trataba de evitar puede fundamentar perfectamente la justificación incompleta. Para

(79) Las posibles hipótesis de eximente incompleta referidas a los requisitos segundo («Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto») y tercero («Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse») del estado de necesidad se verán más adelante.

(80) Contrariamente, parece partir de una incuestionable naturaleza esencial del requisito, SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español*, ADPCP, 1982, pp. 663 y ss., especialmente, p. 688.

ello es necesario que se constate una sensible disminución de injusto, lo que ocurrirá cuando la diferencia valorativa entre los males no sea excesiva. Es decir, cuando la desproporción no impida afirmar que el desvalor de acción y el desvalor de resultado de la conducta «necesaria» ha disminuído. Cuando la conducta del sujeto responde a la voluntad de salvar un interés positivamente valorado por el ordenamiento jurídico, y objetivamente se adecúa a ello, la disminución del injusto es innegable, siempre que la desproporción entre los males no vaya más allá de lo razonablemente exigible para mantener la presencia de la propia situación de necesidad.

En conclusión, *la ausencia del requisito primero del art. 8-7.º CP no impide en todo caso la apreciación de la justificación incompleta* (81). Sin embargo, la mayor parte de la doctrina, explícita o implícitamente, niega tal posibilidad. Por un lado, los que entienden que la naturaleza esencial del requisito fundamenta su posición, yerran al no detectar una considerable disminución de injusto, verdadera ratio de la eximente incompleta en sede de justificación. Por otro lado, también se equivocan, a mi juicio, aquellos que aún reconociendo la disminución del desvalor del injusto penal, no traducen sus efectos en el ámbito de la antijuricidad. Contrariamente, desplazan las repercusiones de la disminución de injusto a la categoría de la culpabilidad. De esta forma, reconocerán la presencia de un estado de necesidad *exculpante* incompleto, siempre y cuando se constate, además, que la capacidad del sujeto de obrar de acuerdo con las exigencias del Derecho estaba realmente disminuída (82).

Es evidente, sin embargo, que la disminución de injusto por ausencia de algún requisito no esencial de las causas de justificación debe proyectar sus efectos ya en el juicio de antijuricidad, posibilitando la afirmación de la justificación incompleta. *No existen argumentos dogmáti-*

(81) Claramente, distinguiendo diferentes hipótesis, QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal*, PG, cit., pp. 485-486 : «a) si el bien lesionado es desproporcionada o claramente superior en valor no es aplicable ni la eximente completa ni la incompleta. b) Si el bien lesionado es de mayor valor pero ha existido un error en la valoración podemos estar ante un caso de error sobre los presupuestos de una causa de justificación (art. 6 bis a) CP). Si el valor es mayor y la lesión ha sido consciente, la apreciación de la eximente incompleta será posible siempre que no se trate de una desproporción inaceptable...». Asimismo, entienden que «...la falta de proporción o exceso en el mal causado puede dar lugar al estado de necesidad imperfecto», las SsTS de 5.2.1974 (Ar. 380), 22.4. y 25.10.1983 (Ar. 2300 y 4794), 15.2.1985 (Ar. 960), 3.12.1987 (Ar. 9529), entre otras. Precisamente, para estos casos donde se sobrepasa el límite de la equivalencia de los intereses contrapuestos, HIRSCH, *Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus deutscher Sicht*, en ESER / PERRÓN, *Rechtfertigung und Entschuldigung*, III, cit., p. 45, propone, de lege ferenda, una disminución de la pena, si bien, a su juicio, fundamentada en una menor culpabilidad.

(82) Así, CEREZO MIR, PG, II, cit., p. 112.

cos para condicionar la eficacia de la disminución de injusto a razones de inexigibilidad (83).

2.2.2. Equivalencia valorativa de los intereses en conflicto

El estudio de los supuestos de estado de necesidad por colisión de intereses, más o menos, equivalentes, desborda ampliamente los límites de este trabajo. Téngase en cuenta que, incluso, en torno a estas constelaciones se han llegado a fracturar las configuraciones tradicionales de los dos juicios valorativos básicos del concepto de delito: la antijuricidad y la culpabilidad. Así, desde la perspectiva de su exclusión, es sabido que se distingue entre causas de justificación y meras causas de exclusión de la ilicitud, en función de que las mismas supongan una valoración positiva o simplemente una declaración de licitud, no prohibición o tolerancia de la conducta por parte del ordenamiento jurídico. Asimismo, en el ámbito de la culpabilidad se habla de causas de inculpabilidad y de meras causas de exculpación (o inexigibilidad) (84).

Las cuestiones que pretendo desarrollar en este apartado se contraen a fines más modestos. En especial, se tratará de dilucidar si existen supuestos en el seno del estado de necesidad por colisión de intereses, más o menos, equivalentes que, por carecer de una suficiente fundamenta-

(83) Por ello, lleva razón DIEZ RIPOLLÉS, *La categoría de la antijuricidad...*, cit., cuando afirma que: «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.» (p. 73). Y añade, «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.» (pp. 74-75). Sin embargo, lo afirmado en el texto no significa que la disminución de injusto carezca siempre de relevancia en el juicio de culpabilidad. Sin duda, cuando dicha mitigación del injusto sea insuficiente para fundamentar la justificación incompleta, podrá coadyuvar si existen datos, además, para demostrar una disminución de la capacidad del sujeto para adecuar su conducta al mandato normativo, a configurar una causa de exculpación incompleta. Desgraciadamente, el principio de legalidad impide, al situar el límite de la exención en la equivalencia de intereses, que la disminución de injusto presente en el supuesto de exceso en el mal que se causa juegue papel alguno en una hipotética exención de la responsabilidad criminal, por lo menos en lo que se refiere al estado de necesidad exculpante.

(84) Véase, desde una perspectiva crítica, ROXIN, C., *Rechtfertigungs—und Entschuldigungs—gründen in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen*, en ESER / FLETCHER, «Rechtfertigung und Entschuldigung», I, cit., pp. 231 y ss., especialmente, 237-238 y 243 y ss.

ción justificante y exculpante, deben ser reconducidos a la disciplina de las eximentes incompletas.

La interpretación tradicional que viene realizando la doctrina mayoritaria sobre la naturaleza jurídica de la eximente recogida en el art. 8-7.º del CP se pliega a la teoría de la diferenciación (85). De esta forma, se apuesta por su naturaleza justificante cuando el juicio de ponderación de bienes se inclina a favor de los representados por la acción necesaria, reduciéndose su eficacia al ámbito de la exculpación cuando los bienes en conflicto presentan una equivalencia valorativa. Esta configuración diferenciadora del estado de necesidad es errónea, esencialmente, por dos razones: 1.º. Por partir de una raquíta ponderación de intereses; 2.º. Porque la equivalencia valorativa de dos o más bienes jurídicos en conflicto no supone, por sí misma, argumento alguno que pueda fundamentar la exculpación de la conducta.

En efecto, la ponderación sobre la base de los bienes jurídicos es insuficiente. Como se ha señalado (86), la ley compara «males», no bienes, lo cual supone, evidentemente una ampliación de los términos de la comparación. La ponderación de los males no es más que el reflejo de la ponderación de los intereses que el Derecho pretende tutelar (87). Por tanto, el juicio de ponderación debe nutrirse de valoraciones jurídicas —no de «consideraciones ético-sociales», que, por otra parte, están presentes en las valoraciones jurídicas—, cobrando entonces especial importancia las contenidas en el texto constitucional, de cuyo carácter normativo deriva la obligatoriedad de su apreciación. Además, en el plano estrictamente penal, debe tenerse en cuenta no sólo la importancia de los bienes jurídicos en cuestión, sino también el grado de peligro que les amenaza, su reparabilidad o irreparabilidad, y, en términos generales, todos aquellos factores jurídico-penales que contextualicen e individualicen en toda su complejidad la confrontación (88). Desde luego, comparto la opinión de que el injusto típico que se pretende justificar encierra, además del mal que supone la puesta en peligro o lesión del bien correspondiente, el mal que representa la perturbación del orden jurídico (89). Por último, entiendo que la naturaleza de la justificación permite permeabilizar la ponderación a intereses político-crimi-

(85) Un análisis de la doctrina española puede encontrarse en, ROLDÁN BARBERO, *Estado de necesidad y colisión de intereses*, cit., pp. 469 y ss.; también, exhaustivo, CEREZO, PG, II, cit., pp. 24 y ss.

(86) CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas...*, cit., pp. 184-185.

(87) Vid., por todos, CARBONELL MATEU, *La justificación penal*, Madrid, 1982, pp. 58 y ss.

(88) Véase, CEREZO, PG, II, cit., p. 21.

(89) Ya hemos visto (supra, nota n.º 77) cómo la justificación debe de contrarrestar el desvalor de la conducta expresado en el tipo. Considera necesario tomar en cuenta la perturbación del orden jurídico en la ponderación, MIR PUIG, PG, cit., p. 500.

nales que, esencialmente, se encuentran recogidos en la propia regulación legal de las eximentes (90).

En resumen, objeto jurídico de protección no es equiparable a interés o intereses que se encuadran bajo el concepto de «mal» utilizado en la eximente de estado de necesidad (91).

La segunda razón por la que la tradicional teoría de la diferenciación no es aceptable alude a su deficiente fundamentación dogmática. En el supuesto de colisión de bienes equivalentes, ante la imposibilidad de individualizar uno preponderante, se afirma la naturaleza exculpante de

(90) A este respecto, resultan significativas las siguientes palabras de ROXIN, C., *Política criminal y estructura del delito (Elementos del delito en base a la política criminal)*, trad. de Bustos Ramirez y Hormazábal Malarée, Barcelona, 1992, p. 62: «...las causas de justificación plantean el hecho en el contexto social y tratan conflictos de intereses que resultan de la interacción social (por ejemplo, entre agresor y defensor, entre uno que salva y el que debe sacrificar su propiedad al fin del salvamento, entre el Estado perseguidor penal y el ciudadano que ha caído en sospecha). Esta colisión inevitable de intereses hay que solucionarla conforme a principios de orden social (como por ejemplo el principio de protección y el de mantenimiento del derecho) de modo que el resultado sea ajustado lo más posible a las ideas directrices político criminales.» No es este el lugar para abordar con la profundidad que merece la posible conveniencia de introducir contenidos político-criminales en las causas de justificación. Firme partidario de la misma, en nuestro país, DÍEZ RIPOLLES, *La categoría de la antijuricidad...*, cit., pp. 89 y ss: «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. El paso, aceptado mayoritariamente por la doctrina, 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.» (p. 91). Más discutible, sin embargo, la aplicación concreta de este criterio en el ámbito de las indicaciones en el delito de aborto, en el sentido de que su aportación es imprescindible para afirmar la naturaleza justificante de las mismas; vid., DÍEZ RIPOLLES, *El artículo 417 bis del Código penal y su naturaleza jurídica*, en «Comentarios a la legislación penal», IX («La reforma del delito de aborto»), Madrid, 1989, pp. 69 y ss.

(91) El análisis de los intereses confrontados que subyace a la ponderación de los males, debe partir, sin duda, de su posible reconocimiento constitucional. No es correcto, por tanto, proceder a una ponderación a partir del grado de tutela dispensado, exclusivamente, por nuestro texto punitivo. De tal forma que se concluyera, a mayor pena, mayor valor. Así, la vida humana sería un bien superior, en todo caso, a la salud individual o a la libertad. Las conclusiones a las que se llegaría serían inaceptables, pues, se tendría que justificar, por ejemplo, la conducta del médico que para salvar la vida de un paciente procede a la extracción, sin su consentimiento, de un órgano no vital de otro paciente (sin entrar en otras ponderaciones a las que nos llevaría la lógica mencionada: piénsese, en que ocurriría si tuvieramos que valorar el bien jurídico protegido en el delito de malversación de caudales públicos en función de la pena prescrita en el art. 394-4.º CP). La referencia constitucional es, pues necesaria, tanto si se trata de derechos positivamente reconocidos como fundamentales, cuanto si su reflejo se limita a simples derechos constitucionales. No me parece correcto, sin embargo, excluir de la ponderación el principio rector interpretativo de la dignidad humana, con el argumento, esgrimido por CEREZO, PG, II., cit., p. 32, de que se trata «...de un principio material de justicia, de validez a priori, que representa un

la exigente sobre la base de la inexigibilidad de conducta adecuada a Derecho. Ciertamente, tal posición sólo puede responder a un acto de fe o a una interpretación voluntarista de los términos legales. Pues, lo cierto es que el criterio de la inexigibilidad debe suponer, de una u otra forma, una distorsión en el proceso motivacional o decisorio del sujeto a la hora de realizar la conducta, de tal forma que impida o dificulte considerablemente su capacidad de actuar en consonancia con los man-

límite inmanente al Derecho positivo». En consecuencia, para el autor: «el estado de necesidad será una causa de justificación cuando el mal causado sea menor que el que se trataba de evitar, siempre que la conducta realizada no implique una infracción grave del respeto debido a la dignidad de la persona humana» (p. 32). Cuando entran en colisión derechos fundamentales (también en otros supuestos, pero especialmente en estos), la exclusión de la dignidad humana en la ponderación conduce a afirmar la primacía de uno o varios de ellos sobre la base de criterios tan débiles como su propia ordenación sistemática (CEREZO, ob.cit., p. 31: «...el derecho a la vida es el primero de los derechos fundamentales de la Sección 1.º del Capítulo segundo del Título I.»). La cuestión, sin embargo, es mucho más compleja. Deben distinguirse tres niveles en las declaraciones de nuestra Norma fundamental: en su art. 1.º se proclaman valores superiores del ordenamiento jurídico a la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político; en su art. 10-1 se prescribe que la dignidad humana, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden político y de la paz social; por último, la sección 1.º del capítulo segundo de su Título I reconoce un catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas. Pues bien, el reconocimiento constitucional de la dignidad humana presidiendo el catálogo de derechos fundamentales, la convierten en la pieza clave para la articulación normativa de éstos con los valores superiores del art. 1-1 CE. De tal forma que, como reconoce la doctrina constitucional dominante, la proclamación de la dignidad de la persona impone una configuración neopersonalista de las relaciones individuo-sociedad, esto es, sitúa a la persona libre como núcleo del sistema social: Véase, entre otros, GARCIA HERRERA, M.A., *Principios generales de la tutela de los derechos y libertades en la Constitución española*, RFDUC, n.º 2, Madrid, 1979, pp. 95 y ss.; LUCAS VERDU, p., *Los títulos preliminar y primero de la Constitución y la interpretación de los derechos y libertades fundamentales*, RFDUC, n.º 2, cit., pp. 9 y ss.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., *Derechos y deberes fundamentales*, en «Comentarios a las leyes políticas. La Constitución española de 1978», II, Madrid, 1984, pp. 17 y ss. En esta medida, como he sostenido en otro lugar, «...la dignidad de la persona aparece como inspiración y fundamento de los derechos fundamentales (...), se materializa en los derechos constitucionales inviolables, precisamente por ser inherentes a la propia dignidad (...), y se configura como un principio dinámico de tutela que articula y sistematiza todos y cada uno de los derechos fundamentales». En conclusión, «...la clave de bóveda en la interpretación del alcance y límites de protección de los derechos fundamentales es el entendimiento de los mismos como realidades normativas dinámicas configuradoras de la dignidad de la persona» (en VALLE MUÑOZ, J.M., *Relevancia jurídico-penal de la eutanasia*, CPC, n.º 37, 1989, pp. 166-167; también, VALLE MUÑOZ / GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *Utilización abusiva de técnicas genéticas y derecho penal*, en Poder Judicial, 1992 (en prensa); una lectura neopersonalista del texto constitucional ha sido desarrollada ya con acierto en el ámbito de los derechos de la personalidad, por MORALES, F., *La tutela penal de la intimidación: privacy e informática*, Barcelona, 1984, pp. 94 y ss.; id., *Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora*, CPC, n.º 36, 1988, pp. 663 y ss.; también, CARBONELL MATEU, J.C., *Lliure desenvolupament de la personalitat i delictes contra la vida. Dues Qüestions: suïcidi i avortament*, Lección inaugural del Curso 1989 / 1990, publicado por la Universitat de les Illes Balears, 1989, especialmente, pp. 3-6.).

datos o prescripciones que derivan de la norma penal. Lo que, sin duda, no tiene por qué producirse por el simple hecho de que los bienes jurídicos en cuestión sean equivalentes (piénsese en supuestos donde los bienes carezcan de una naturaleza personal), ni mucho menos cuando de lo que se trata es de salvar un bien jurídico ajeno mediante la destrucción de otro bien perteneciente a un extraño, esto es, en supuestos de auxilio necesario (92).

Lo único que realmente se puede afirmar sobre la colisión de intereses equivalentes en una situación de necesidad, es que existe una disminución de injusto, tanto desde la perspectiva del desvalor de acción como del desvalor de resultado. Ahora bien, y este es el fondo de verdad de la teoría diferenciadora, esta disminución de injusto supone, también, una disminución de la culpabilidad, en la medida en que ésta va siempre referida al injusto cometido. Lo que ocurre, es que la culpabilidad sigue siendo penalmente relevante, exactamente igual que lo es el injusto, aunque su gravedad haya experimentado una sensible reducción. Para fundamentar la exculpación, será necesario demostrar una inexigibilidad de conducta adecuada a Derecho. Para ello, sin duda, puede ser importante la existencia de una colisión de intereses irresoluble de forma menos gravosa, siempre y cuando la naturaleza de dichos intereses pueda afectar de manera notable al elemento culpabilístico. Lo que normalmente ocurrirá, tal y como prescribe el parágrafo 35 del StGB alemán, cuando se trate de la vida, integridad física o libertad. Y, desde luego, en supuestos de auxilio necesario, sólo se podrá cuestionar la exigibilidad si además existen entre el auxiliador y el auxiliado lazos de parentesco u otros de similar intensidad.

En cualquier caso, debe quedar claro, de una vez por todas, que el parágrafo 35 del StGB alemán no regula el estado de necesidad por colisión de intereses equivalentes, y, en consecuencia, no supone argumento alguno en apoyo de la peculiar interpretación de la teoría diferenciadora en nuestro país. En efecto, el citado parágrafo no exige una equivalencia de intereses en conflicto, antes bien, supedita la exclusión de la responsabilidad criminal a una disminución de la culpabilidad hasta el límite de lo penalmente irrelevante. Para lo que el legislador considera suficiente (y esto es otra cuestión) que en la situación de necesidad se halle en juego la salvaguarda de intereses personales como la vida, integridad

(92) En este sentido, puede afirmar HIRSCH, *Die Stellung von Rechtfertigung...*, cit., p. 49, que: «...son superados los confines de la posible excusa cuando un legislador, en el ámbito del estado de necesidad, pierde enteramente de vista el punto de referencia constituido por el impulso motivacional y considera no indispensable la delimitación de la persona afectada por una situación de necesidad, o de otra próxima a ella.» Sobre una interpretación restrictiva del estado de necesidad exculpante, en nuestro país, CEREZO, PG, II, cit., 34-36.

corporal o libertad; si bien, cuando se trate de auxilio ajeno deberá constar la existencia de una relación de parentesco o análoga. El fundamento de la renuncia al castigo será, a juicio de la doctrina dominante, una doble disminución de la culpabilidad: por una parte, y en la medida en que la culpabilidad va referida al injusto cometido, se deriva de la reconocida disminución de injusto presente en la conducta necesaria; por otra, la naturaleza de los intereses que se pretenden proteger y, en su caso, la especial relación entre auxiliador y auxiliado, fundamentan una sensible reducción de la exigibilidad de comportamiento adecuado a Derecho (93). En consecuencia, y esto me parece de suma importancia, el Código penal alemán no contiene una regulación positivizada de los supuestos de estado de necesidad por colisión de intereses equivalentes. A continuación, se intentará demostrar que nuestra legislación ofrece mediante el reconocimiento de las causas de justificación incompletas una de las respuestas más adecuadas a tales supuestos.

La confrontación de los intereses en conflicto puede arrojar como resultado, sin duda, la ausencia de un desequilibrio valorativo apreciable. Ello significa, sencillamente, que la valoración de los intereses aportados por la justificación no logra destruir la carga negativa que supone la realización de la conducta típica. El levantamiento de la prohibición que la justificación pretende mediante la enervación de la desvalorización del tipo no se logra. Como afirma Díez Ripollés (94), «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.». Ahora bien, *el rechazo de la justificación no significa que el juicio de antijuricidad permanezca inalterado*, y que, en consecuencia, las repercusiones dogmáticas se proyecten sobre la culpabilidad, afirmando un estado de necesidad exculpante, apelando bien al propio art. 8-7 del CP, bien a la eximente de miedo insuperable o a una analógica (95). Para ello sería necesario aportar argumentos de inexigibilidad. Ciertamente, la situación de conflicto de intereses equivalentes (cuando el

(93) Vid, por todos, JESCHECK, AT, cit., pp. 429 y ss. Aún cuando autores tan relevantes como ROXIN, entienden que la ausencia de pena prescrita en el parágrafo 35 del StGB no puede fundamentarse en la no presencia de una culpabilidad penalmente relevante. Antes bien, a su juicio, el fundamento de la exención debe verse en la falta de «responsabilidad», por ausencia de necesidad preventivo general y especial de pena. Por citar sólo las más recientes, véanse, ROXIN, *Die notstandsähnliche Lage —ein Strafunrecht— ausschliessungsgrund ?*, en Oehler-FS, 1985, pp. 181 y ss.; id., *Der entschuldigende Notstand nach § 35 StGB*, en JA, 1990, pp. 97 y ss., y 137 y ss, especialmente, pp. 97-99.

(94) Díez RIPOLLÉS, *La categoría de la antijuricidad...*, cit., pp. 68-69.

(95) Así, MIR PUIG, *Problemas de estado de necesidad en el art. 8,7.º CP*, en Libro Homenaje al Prof. Perez-Vitoria, Barcelona, 1983, pp. 501 y ss., especialmente, 506 y ss.

mal sea mayor, aún cuando podrían encontrarse también argumentos de exculpación, el principio de legalidad impide la exclusión de pena, mas no la exculpación incompleta, o incompleta análoga) puede ser un idóneo punto de partida, al que deberán sumarse otros condicionantes que impidan o dificulten gravemente la realización de una conducta adecuada a Derecho.

En sede de antijuricidad se aprecia, claro está, una disminución de injusto, producto de la presencia objetiva y subjetiva de la situación de necesidad, es decir, producto de la presencia de los elementos esenciales de la causa de justificación. Si esto es así, entonces lo correcto será aplicar la regulación que para las eximentes incompletas contemplan los arts. 9-1.º y 66 de nuestro CP.

2.3. *Provocación intencional de la situación de necesidad y eximente incompleta (96)*

El art. 8-7.º CP condiciona la apreciación de la eximente de estado de necesidad a que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Incluso, algún autor ha sostenido que la presencia de una provocación intencional del conflicto supondría la negación de la propia esencia de la eximente y, en consecuencia, la imposibilidad de aplicar, también, su forma incompleta (97). Tan sólo desde el fundamento a que pudiera responder el condicionante apuntado, podrá contestarse convincentemente la cuestión planteada.

La interpretación doctrinal del requisito segundo del art. 8-7.º CP es, en términos generales, pacífica. Así, la provocación debe tener por objeto la situación de conflicto, no bastando la creación de un peligro. Es decir, «...dicha *situación* equivale a la colisión entre dos bienes jurídicos en la que la salvación de uno requiere el sacrificio del otro» (98). Por lo que respecta al término *intencionadamente*, se entiende

(96) El análisis individualizado de las diferentes hipótesis de eximente incompleta sobre la base del fundamento y requisitos de cada uno de los elementos del estado de necesidad, no supone pronunciamiento alguno en contra de la admisibilidad de la justificación incompleta cuando sean varios (y no solamente uno) los presupuestos ausentes. Antes bien, la letra de la ley parece permitir lo contrario (art. 9-1.º CP: «...cuando no concurren los requisitos necesarios...»). No obstante, sobre la cuestión nos pronunciaremos en las consideraciones finales de este trabajo.

(97) ASÍ, CÓRDOBA RODA, *Comentarios...*, cit., p. 302; entiende que nuestra jurisprudencia se inclina a conceder una relevancia esencial al requisito y, por tanto, «...si concurrir dicha provocación no cabe aplicar tampoco la eximente incompleta.», GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica...* PG, cit., p. 382.

(98) CÓRDOBA RODA, ob.cit., p. 297. En idénticos términos la doctrina absolutamente dominante.

que hace referencia a la forma dolosa del comportamiento, en todas sus modalidades. La provocación imprudente, por tanto, resulta amparada por el estado de necesidad. Si bien, puede subsistir responsabilidad penal derivada de la previa infracción de la norma de cuidado, siempre y cuando se demuestre la relación de causalidad y la imputación objetiva del resultado a la negligencia inicial (teoría de la *actio illicita in causa*) (99). Por último, reina acuerdo en entender que el sujeto al que se refiere la letra de la ley, es el que actúa impulsado por un estado de necesidad (100). Queda amparado por la eximente, por tanto, el auxilio a un tercero provocador intencional de su propia situación de necesidad.

Ahora bien, lo que realmente nos interesa en el contexto de este trabajo, es desentrañar el fundamento que anida en la exigencia legal de que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Desde luego, la respuesta más radical sería vincular este requisito al presupuesto esencial de la eximente: la situación de necesidad. De tal forma que la provocación intencional supusiera el cuestionamiento del propio estado de necesidad (101). Sin embargo, ni desde una interpretación gramatical de los términos legales, ni desde una teleológica se puede negar que el conflicto de intereses subsiste, aún cuando el mismo haya sido provocado intencionalmente.

Por otro lado, también puede verse el fundamento del requisito en una especial exigibilidad de obediencia al Derecho por parte de quien provocó la situación de necesidad. Mas esta posición, que claramente desplaza el fundamento hacia argumentos culpabilistas, podría explicar tan sólo el rechazo del estado de necesidad exculpante, pero dejaría indemne al justificante. Tal interpretación, probablemente, tendría más posibilidades de éxito si estuviera vigente en nuestro país el StGB alemán. Pues, en efecto, el § 35 excluye el estado de necesidad exculpante cuando el que actúa «...haya causado personalmente el peligro...» (102). Mas lo cierto es, que el art. 8-7.º CP impide la aplicación plena de la eximente, sea justificante, sea exculpante, cuando el sujeto provocó intencionadamente el conflicto de intereses.

Otro sector doctrinal, entiende que el requisito de la no provocación podría derivar de la exigencia de una «adecuación objetiva» de la

(99) Ya, GIMBERNAT, *Dos aspectos de la imprudencia y un aspecto del hurto de uso de vehículos de motor en el Derecho penal español*, en «Delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención», Valencia, 1975, pp. 124 y ss.; en la actualidad, doctrina mayoritaria; véase, desde diferentes perspectivas metodológicas, MIR PUIG, PG, cit., pp. 505-506; CEREZO, PG, II, cit., p. 43.; COBO / VIVES, PG, cit., p. 397.; una ejemplificación detallada de diferentes supuestos en SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado de necesidad...*, cit., pp. 684-686.

(100) CÓRDOBA RODA, Ob. cit., p. 301.

(101) Vid., supra, nota n.º 96.

(102) Vid., por todos, JESCHECK, PG, cit., pp. 664 y ss; no obstante, discrepa, ROXIN, *Der entschuldigende Notstand...*, cit., pp. 137-138.

conducta salvadora (103). Es decir, en palabras de Silva Sánchez, «se trataría, pues, de que, para la exención completa por el art. 8,7.º C. P. no basta con causar un mal menor o igual que el que se pretende evitar, sino que se precisa, además, una adecuación objetiva de la conducta del sujeto a Derecho, adecuación que falta en los casos en que él mismo ha provocado intencionadamente la situación de necesidad» (104). A mi juicio, la interpretación del requisito segundo del art. 8-7.º CP sobre la base de una pretendida cláusula de adecuación puede presentar dos inconvenientes. Primero, que tal pretensión carecería de una base legal clara, por más que el & 35 del StGB exija para justificar la conducta por estado de necesidad «...que el hecho sea adecuado para desviar el peligro.» En segundo lugar, desde una perspectiva material, no alcanzo a comprender el por qué la adecuación objetiva de la conducta para salvar el interés preponderante se ve condicionada por el hecho de que el sujeto haya provocado, con anterioridad, la situación amenazante.

Lo único cierto es que nuestro Código penal condiciona la aplicación de la eximente, en cualquiera de sus formas, a la ausencia de provocación intencional. A mi juicio, el único elemento de la eximente que afecta tanto a su capacidad justificante como exculpante, es la ponderación de los intereses en juego. Por ello, el requisito segundo debe vincularse a dicha ponderación. Podría decirse que, incluso en una amplia ponderación de intereses, teniendo en cuenta también la provocación, los salvaguardados pudieran presentar una mayor valoración que los lesionados (105). Lo que ocurre es que, por imperativo legal, esta conclusión no es posible. Es decir, *el legislador resuelve el resultado de la ponderación a favor de los intereses lesionados o puestos en peligro cuando el propio sujeto ha provocado intencionadamente el estado de necesidad.*

Interpretado así el requisito, pueden entenderse sin dificultad las consecuencias que su ausencia provoca. No cabrá justificar la conducta porque los intereses aportados por la causa de justificación no logran contrarrestar los negativos inherentes a la conducta típica. No cabrá, tampoco, una plena exculpación por estado de necesidad, porque la ley marca el límite para su apreciación en la equivalencia de intereses; presupuesto objetivo que, junto con los necesarios argumentos de inexigibilidad, puede marcar el nivel de la culpabilidad penalmente irrelevante. *La provocación intencional, entonces, nos aboca a la causa de justificación incompleta, en la medida en que no niega la existencia de la situa-*

(103) En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado de necesidad...*, cit., pp. 683 y ss.; no tan claramente, MIR PUIG, *Adiciones...*, cit., p. 509.

(104) SILVA SÁNCHEZ, *Ob.cit.*, p. 683.

(105) ROLDÁN BARBERO, *Estado de necesidad...*, cit., p. 523; en el mismo sentido, CEREZO, PG, II, cit., p. 44.

ción de necesidad que, junto con el resto de elementos esenciales, permite una graduación del injusto típico.

2.4. *La obligación de sacrificio como interés objeto de ponderación*

El art. 8-7.º de nuestro Código penal, condiciona la eficacia eximente del estado de necesidad a que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse. Como correctamente ha entendido la doctrina, nos encontramos ante un deber jurídico derivado del ejercicio de un oficio o cargo (106). El acuerdo doctrinal se mantiene a la hora de determinar los efectos jurídico-penales de la realización de una conducta necesaria por quien tiene obligación de sacrificio: apreciación de la eximente incompleta. Lo que no parece tan claro es el fundamento de tal consecuencia.

En efecto, se podría entender que estamos ante una especial cláusula de exigibilidad dirigida a determinados sujetos, en función de una situación jurídica especial. Esta es la posición mayoritaria en la dogmática alemana, consecuencia lógica de que tal requisito se exiga sólo en el seno del denominado estado de necesidad exculpante (& 35 StGB). Mientras que la realización de una acción por estado de necesidad con ausencia de obligación de sacrificio, permite la renuncia al castigo por inexigibilidad de conducta adecuada a Derecho, dada la doble disminución que soporta la culpabilidad por el hecho, el deber de soportar el conflicto de intereses modifica sustancialmente el contenido de injusto y de culpabilidad (107). De tal forma que la reducción de esta última no alcanza el límite de lo penalmente irrelevante.

Sin embargo, nuestra legislación, conviene no olvidarlo, somete a este requisito también al estado de necesidad justificante. Esto significa, sencillamente, que debe buscarse una respuesta a su fundamento en sede de antijuricidad. En el seno de la eximente que nos ocupa, la renuncia a la justificación ante la presencia de un deber de sacrificio, sólo puede

(106) Vid, por todos, CÓRDOBA RODA, *Comentarios...*, I, cit., pp. 302 y ss.

(107) En este sentido, afirma JESCHECK, PG, I, cit., p. 667, que: «A las personas a las que se imponen deberes de aquella naturaleza por virtud de su profesión se exige el dominio del instinto de conservación incluso cuando amenaza peligro para su vida, porque la comunidad ha de confiar en las mismas precisamente bajo tales circunstancias. Si el autor comete el hecho a que le impulsa el estado de necesidad, lo injusto de la acción experimentará una elevación esencial en comparación con los casos normales de estado de necesidad, por la existencia del deber jurídico, especialmente importante para la comunidad, de sacrificarse. También será más grave la culpabilidad del que sucumbe a tal situación, pues ante el deber jurídico de arriesgar la propia persona, determina una disculpa menor el motivo de la autosalvación.» Una fundamentación diversa del castigo en los supuestos de existencia de una relación jurídica especial, véase en, ROXIN, *Der entschuldigende Notstand...*, cit., pp. 137-138; de especial interés, en torno al alcance de la misma, pp. 138-139.

explicarse por una modificación de los términos de la ponderación de intereses. Para ello, estimo que no es preciso recurrir a la ficción de una inexistente, en nuestro Derecho, cláusula de adecuación (108), basta con entender que el legislador ha tomado partido en la determinación del interés preponderante (109). Sin duda, porque la existencia del deber de sacrificio aporta a la ponderación una serie de intereses, derivados del ejercicio de determinadas profesiones o cargos, extremadamente importantes para la comunidad. Abona esta interpretación, el hecho de que el deber de sacrificio no deba entenderse de modo absoluto. De forma que el mismo cedería, y en consecuencia sería apreciable la eximente plena, cuando resultare inútil, e incluso, cuando los intereses subyacentes al deber presentaren una desproporción considerable en favor de los salvaguardados por la conducta impulsada por un estado de necesidad.

En definitiva, el deber de sacrificio modifica el contenido de injusto de la conducta, impidiendo la justificación del comportamiento. Lo que no es óbice para apreciar una graduación en la antijuricidad penal, a la que nuestro Derecho impone la regulación de las causas de justificación incompletas. Cuando el deber de sacrificio, no obstante, arroje como resultado de la ponderación una escasa disminución de injusto, cabrá negar la justificación incompleta (aún, cuando probablemente no la incompleta analógica). En estos supuestos, habrá que indagar todavía si ese deber de sacrificio no impide una sensible disminución de la culpabilidad por el hecho y, en consecuencia, apreciar la forma incompleta del estado de necesidad exculpante.

III. CONSIDERACIONES FINALES.

El estudio de las causas de justificación incompletas de legítima defensa y estado de necesidad nos puede proporcionar, a mi juicio, los presupuestos teóricos básicos para afrontar con homogeneidad la solución

(108) Resulta significativa, en este sentido, la posición de SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado de necesidad...*, cit., pp. 686.; quien, a pesar de explicar el fundamento de este requisito a través de una pretendida «cláusula de adecuación objetiva de la conducta a Derecho» (p. 687), no consigue, a mi juicio, dotarla de un contenido ajeno a la ponderación de intereses, ni en el momento de su configuración (p. 688), ni, desde luego, en el de la determinación de los efectos de su apreciación (pp. 688-689). Incluso, llegando a sostener una modificación tal de la ponderación que, en determinados supuestos, supondría la inaplicación, también, de la forma incompleta de la eximente (p. 688); si bien, esto último, sobre la base, a mi entender, de un presupuesto erróneo: la naturaleza esencial del requisito de que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

(109) Como claramente expresan COBO / VIVES, PG, cit., p. 398: «El párrafo tercero del número 7.º del artículo 8 no representa, pues, una excepción al principio de ponderación de intereses sino, en todo caso, una concreción legal del mismo: en los supuestos en él contemplados, el ordenamiento jurídico, al establecer una obligación de sacrificio, ha efectuado ya la ponderación.»

de algunos de los problemas que plantea la regulación de las eximentes incompletas en nuestro Código penal. No quisiera repetir ahora las argumentaciones y contraargumentaciones que sobre la institución se han vertido en el texto. Tampoco es mi intención realizar una síntesis de las hipotéticas conclusiones que se hubieran alcanzado. Antes bien, estas consideraciones finales pretenden, ahondando en el fundamento y función de las causas de justificación incompletas, subrayar una serie de consecuencias dogmáticas de notable interés: tratamiento adecuado de los supuestos de error sobre elementos inesenciales de las causas de justificación; delimitación de las hipótesis de justificación incompleta con las causas de exculpación (completas e incompletas); acotación de los presupuestos de la justificación incompleta (art. 9-1.º CP) y de la incompleta análoga (art. 9-10.º CP); compatibilidad en la apreciación conjunta de causas de justificación incompletas y atenuantes genéricas fundamentadas en una menor culpabilidad sobre el hecho, etc.

Dentro de las posibilidades marcadas por los estrechos márgenes de esta investigación, se ha pretendido preservar con especial cuidado los diferentes ámbitos de los dos juicios valorativos esenciales presentes en el concepto dogmático de delito: la antijuricidad y la culpabilidad. Entiendo que condicionar la intervención penal, no sólo a la realización de un injusto típico, sino también a la afirmación de la culpabilidad o responsabilidad por el hecho cometido, supone una conquista histórica irrenunciable de la dogmática penal. Ambos juicios obedecen a parámetros y valoraciones diversas, por tanto, no intercambiables. Las causas de justificación afirman la licitud de la conducta en la medida en que el ordenamiento jurídico valora como preponderantes los intereses que a su amparo se tutelan, frente a la realización de un hecho típico. Su forma incompleta, entonces, dentro del mismo juicio de antijuricidad disminuye el desvalor del injusto típico, precisamente porque se aprecian argumentos justificantes, desde luego insuficientes para declarar la licitud de la conducta, pero claramente idóneos para proceder a su graduación valorativa. Lógicamente, esta graduación del desvalor del injusto típico que se produce en el seno del juicio de antijuricidad, es el presupuesto material de la reducción de pena en uno o dos grados prevista en el art. 66 CP. Consecuentemente, no parece atendible una fundamentación de la disminución del castigo de naturaleza culpabilista. Lo que no es óbice, claro está, para declarar la exclusión de la responsabilidad criminal cuando se entiendan concurrentes factores determinantes para la negación de la culpabilidad, o para la disminución hasta el límite de su irrelevancia penal. Asimismo, una disminución parcial de la culpabilidad deberá tener un reflejo autónomo en la determinación de la pena, apreciándose junto a la justificación incompleta la atenuante correspondiente.

La transgresión de los límites de una causa de justificación puede obedecer a distintos motivos. Desde luego, es posible que el sujeto actúe

con conocimiento de la falta de algún elemento inesencial de la eximente. En principio, estas hipótesis se adaptan perfectamente a los presupuestos de la justificación incompleta. No obstante, cabría aquí realizar una matización, en el sentido de que *no toda disminución de injusto debe traducirse en eximente incompleta. Así, podrían distinguirse las diversas causas de justificación, vinculando su apreciación incompleta a una material y sensible disminución de injusto sobre la base del fundamento de cada eximente*. Piénsese en algunas hipótesis, por ejemplo, de exceso intensivo doloso en la legítima defensa: el sujeto que, consciente de la falta de racionalidad de la respuesta defensiva, causa dolosamente una muerte a otro, difícilmente encontrará una cobertura, si quiera parcial, en el fundamento plural de la legítima defensa. Esto es, ni está afirmando el Derecho frente a lo injusto, ni, de esa forma brutal y excesiva, está salvaguardando legítimamente un bien jurídico personal (lo mismo podría aplicarse a algunos supuestos de ejercicio del cargo, donde se actúa consciente y voluntariamente con falta de necesidad concreta de violencia). Si se apreciara, a pesar de todo, cierta disminución de injusto, aún cuando insuficiente para la eximente incompleta, lo correcto sería aplicar la atenuante análoga.

La falta de algún presupuesto de la justificación puede tener su causa, también, en un estado de miedo, terror, pánico u otra alteración emocional análoga. Estas hipótesis afectan a la culpabilidad del sujeto y deben resolverse del siguiente modo: *si alcanzan a la exclusión de la culpabilidad se eximirá de responsabilidad criminal, aplicando, normalmente, el miedo insuperable*; cuando el efecto se reduzca a la constatación de una menor culpabilidad, cabe la posibilidad de que nos encontremos ante una causa incompleta de exculpación, ante una exculpación incompleta análoga, o bien ante la atenuante genérica de «obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad». En todos estos supuestos, junto a la disminución de injusto producto de la presencia de los elementos esenciales de una causa de justificación, se aprecia una disminución, mayor o menor, de culpabilidad. La doble disminución de injusto y culpabilidad debe tener repercusión autónoma en la determinación de la pena. Así, *no existen problemas dogmáticos para acumular a los efectos atenuatorios de la justificación incompleta, los propios de la misma naturaleza de la exculpación incompleta, la incompleta análoga o la atenuante genérica*. Probablemente, el supuesto más controvertido sea el de la aplicación conjunta de las dos eximentes incompletas, y, en consecuencia, la apreciación por dos veces de los efectos previstos en el art. 66 CP. A mi juicio, sin embargo, tal conclusión puede defenderse con coherencia. Esencialmente, porque no nos encontramos ante la presencia de un mismo hecho con duplicidad de efectos jurídicos. Téngase en cuenta que la prohibición de «bis in idem» recae sobre el objeto de la valoración, y no sobre el hecho. En la justificación

incompleta se valora, no la ausencia de un elemento inesencial de la causa de justificación, sino la presencia de los esenciales, es decir, la disminución de injusto que resulta de la presencia de argumentos justificantes derivados del fundamento de la eximente; en la exculpación incompleta, se valora, en cambio, la alteración emocional del sujeto, causa de la transgresión de los límites de la justificación. Por poner un ejemplo, en un exceso intensivo en la defensa debido a miedo «superable», la aplicación del art. 66 CP por justificación incompleta se basaría en la presencia de agresión ilegítima y necesidad de defensa, esto es, en la presencia, aún cuando defectuosa (si no lo fuere, claro está, habría justificación plena), del fundamento de la justificación (protección de bienes jurídicos individuales y afirmación del Derecho frente a lo injusto); mientras que la aplicación del mismo precepto por exculpación incompleta, encontraría su causa en la alteración emocional que impide al sujeto reaccionar proporcionalmente (con necesidad racional del medio empleado) en su defensa, esto es, en una disminución de la exigibilidad subjetiva de comportarse conforme a Derecho y, entonces, en la presencia, aún cuando defectuosa, del fundamento de la eximente de miedo insuperable.

En definitiva, el análisis de la conducta en la antijuricidad constata la persistencia de su ilicitud (justificación incompleta). Ello, no sólo no impide, sino que obliga (por existir injusto) a someter el hecho a un segundo análisis en la siguiente secuencia valorativa: la culpabilidad. El resultado puede ser su afirmación, su negación o su graduación. En el primer caso, se aplicará al hecho tan sólo la eximente justificante incompleta; en el segundo, se eximirá de responsabilidad criminal por ausencia de culpabilidad; y, en el tercero, se aplicará, junto a la justificación incompleta, la exculpación no plena, su atenuante análoga, o la atenuante genérica en función de la disminución de culpabilidad apreciada. La culpabilidad no supone una reduplicación del juicio de antijuricidad y, en consecuencia, no existen argumentos para no tener en cuenta, por ejemplo, la presencia de un trastorno mental transitorio incompleto en un sujeto que realiza un injusto típico en el seno de un exceso intensivo en la legítima defensa.

Como hemos tenido ocasión de observar a lo largo de esta investigación, cuando la justificación incompleta es producto del error del sujeto sobre la presencia de algún elemento inesencial de la eximente, nos encontramos ante la problemática de las diversas soluciones dogmáticas posibles del error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación. No es este el lugar, ni desde luego mi intención, para resolver tan difícil problemática. Me limitaré aquí, por tanto, a enunciar brevemente las consecuencias que la postura defendida sobre el fundamento y función de las causas de justificación incompletas debe tener sobre el tratamiento de los mentados casos de error.

Desde una perspectiva finalista, el error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación es tratado como un error de prohibición que no afecta al dolo. Cuando el objeto del error sea un elemento inessential de la causa de justificación, se aplicará, consecuentemente, el párrafo 3.º del art. 6 bis a) CP. Esto es, impunidad cuando sea invencible y atenuación prevista en el art. 66 CP cuando fuere vencible. Esta solución, empero, tiene diversos inconvenientes. Ante todo, debe denunciarse que la misma enmascara una clara diferencia valorativa. Pues, si bien formalmente coincide la solución penológica de considerar el error sobre elemento inessential error de prohibición, y apreciar eximente incompleta en los casos de ausencia de un requisito accidental, en ambos casos art. 66 CP, no puede ocultarse que en el primer caso la atenuación se fundamentaría en una menor culpabilidad, mientras en el segundo, lógicamente, la apreciación de una causa de justificación incompleta se basaría en la subsistencia de un injusto disminuído, esto es, se apoyaría en un menor desvalor objetivo de la conducta.

Con todo, la principal objeción a la teoría estricta de la culpabilidad es que otorga idéntico tratamiento al error sobre elemento esencial y al error sobre elemento accidental de una causa de justificación: art. 6 bis a) párrafo 3.º. Esto es, parifica supuestos materialmente diversos: causa una muerte porque yerra venciblemente sobre la existencia de agresión ilegítima; y causa el mismo resultado porque yerra venciblemente sobre la necesidad racional del medio de defensa ante un ataque ilícito. Mas lo cierto es que, mientras en el primer supuesto (error sobre elemento esencial) se puede aceptar, desde el finalismo, que sólo existe una disminución de culpabilidad, en el segundo caso no se puede negar que, además, es apreciable una disminución de injusto. Precisamente, porque se constata la presencia de una previa agresión ilegítima y de necesidad de defensa. Es decir, en sede de antijuricidad se produce una graduación del injusto típico basada en la presencia de los elementos esenciales de una causa de justificación. Aplicar a este supuesto el párrafo 3.º del art. 6 bis a), supone desconocer el menor desvalor objetivo de la conducta.

El hecho de que pueda entenderse que existe una menor culpabilidad por error vencible de prohibición, no nos exime del previo análisis de la conducta en el juicio de antijuricidad. En conclusión, las soluciones a que nos aboca esta postura son inaceptables: *ni el error de prohibición vencible puede captar la diversidad valorativa de la conducta en la antijuricidad, ni, desde luego, puede desplazarse el tratamiento de la justificación incompleta a la categoría de la culpabilidad*. Los que sostengan la teoría estricta de la culpabilidad podrían responder que el art. 66 CP permite la reducción de pena en uno o dos grados, y, en esta medida, se podría conseguir un tratamiento diferenciado del error sobre elemento esencial y sobre elemento accidental de una causa de justificación. Tal solución es, sin embargo, dogmáticamente incorrecta. Pues, la regla penológica del art. 66 al que se refiere el art. 6 bis a), cuando de error de

prohibición se trata, posibilita una diferente graduación del castigo en función del grado de culpabilidad sobre el hecho; y el problema es otro: la no apreciación del menor desvalor objetivo de la conducta en sede de antijuricidad.

Desde otra perspectiva, el sector doctrinal que entiende que el error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación afecta al dolo típico (teoría restringida de la culpabilidad, teoría de los elementos negativos del tipo, etc.), parece poder resolver con mayor éxito los problemas apuntados. En efecto, cuando se sobrepasen los límites de una causa de justificación por existir un error vencible (si fuere invencible, claro está, estaríamos ante una conducta sin dolo ni culpa y, por tanto, ante un caso fortuito impune) sobre un elemento inesencial de la misma, nos encontraríamos ante un injusto imprudente. Injusto, al que deberá de aplicarse la reducción de pena prevista para las eximentes incompletas, pues la existencia de los elementos esenciales de la causa de justificación provoca una disminución del desvalor objetivo de la conducta. Lógicamente, cuando el error tuviera por objeto un elemento esencial, tal rebaja de pena no se produciría. De esta forma, además, se consigue un tratamiento diferenciado de los supuestos en que el sujeto conoce la inexistencia del elemento inesencial de la causa de justificación, de aquellos otros en que se cree, erróneamente, que concurre. Pues, la disminución del castigo por eximente incompleta partirá de la pena prevista para el tipo doloso, o de la prevista para el imprudente, respectivamente.

Evidentemente, la teoría restringida de la culpabilidad no está exenta de problemas. Se ha dicho que la misma puede provocar lagunas de punibilidad, allí donde la interpretación teleológica del tipo impida la comisión culposa. A mi juicio, es perfectamente defendible entender que, en los casos en que el legislador renuncia a la punición por imprudencia no existen razones político-criminales para castigar en supuestos de error sobre el tipo permisivo: si determinados daños imprudentes no se castigan, y basta con la indemnización civil por daños y perjuicios, no se entiende porqué deberían ser punibles los daños ocasionados por un sujeto que supone erróneamente que debe ocasionarlos para salvar una vida humana. En definitiva, el problema de la punición o no de determinados comportamientos imprudentes, es una cuestión de decisión político-criminal que debe resolver el legislador, y no una u otra teoría del error sobre los presupuestos de las causas de justificación.

Otro interrogante que debe resolverse es el de qué ocurre cuando el error sobre el elemento accidental de la justificación es un error sobre los límites normativos de la eximente. En este supuesto nos encontramos ante un error de prohibición que afecta a la culpabilidad del sujeto. A mi entender la solución es clara. Siguiendo un análisis secuencial de las categorías dogmáticas del concepto de delito, nos encontramos, en primer lugar, con una disminución del injusto típico; producto de la existencia, en la antijuricidad, de una causa de justificación incompleta.

Si, además, en la siguiente secuencia valorativa (la culpabilidad), se detecta una afectación de la culpabilidad, ésta deberá tener reflejo autónomo en la medición del castigo. Evidentemente, la regla punitiva del error de prohibición vencible en nuestro Código penal nos remite al mismo precepto que regula las eximentes incompletas. La acumulación por dos veces de los efectos previstos en el art. 66 no plantea problemas dogmáticos insalvables. Pues el párrafo tercero del art. 6 bis a) CP, utiliza la remisión al art. 66 como una mera regla de determinación del castigo, igual que hubiera podido utilizar cualquier otro precepto (o, incluso, contemplar directamente en la regulación del error la rebaja de pena que se considere adecuada). Lo importante es que, nuestro Código penal permite la reducción de pena por disminución de injusto (justificación incompleta, art. 66), y la reducción de pena por una menor culpabilidad (error de prohibición vencible, art. 66).

En conclusión, y para no hacer demasiado extensas estas consideraciones finales, entiendo que la ubicación del fundamento y función de las causas de justificación incompletas en el juicio de antijuricidad, permite a la dogmática española solucionar correctamente supuestos muy problemáticos a caballo entre la justificación y la inculpabilidad, sin necesidad de difuminar las categorías básicas (antijuricidad y culpabilidad) del concepto jurídico de delito. Piénsese, además, que una interpretación generosa de la justificación incompleta análoga, permitirá una perfecta valoración en la determinación de la pena de toda graduación valorativa que se produzca en el nivel de la antijuricidad.