

## BIBLIOGRAFIA

### Libros

**ANGEL SANZ MORAN, «Elementos subjetivos de justificación», J.M.<sup>a</sup> Bosch Editor, Barcelona, 1993, 109 páginas.**

La monografía objeto de esta recensión tiene por objeto, como el propio título indica, el estudio de los elementos subjetivos de la justificación, esto es, del aspecto o componente subjetivo que presentan las causas de justificación o de exclusión de la antijuricidad. Se trata de determinar en qué medida, presentes los presupuestos objetivos de una causa de justificación, deben éstos ser captados por la conciencia y voluntad de quien actúa para afirmar la justificación de la conducta.

Tiene este estudio, en primer término, el valor de contribuir a la formación de una teoría general de las causas de justificación, en gran medida descuidada en nuestra doctrina. Es cierto que la teoría de la justificación ha de desenvolverse en principio a la zaga de aquélla del injusto. Si la justificación es el reverso material del injusto, la estructura formal de las causas de justificación viene mediatizada de modo fundamental por aquélla del tipo del injusto. Pero, por otra parte, este razonamiento lógico-sistemático no tiene que ser llevado siempre a sus últimas consecuencias —pues debe ceder en función de premisas de otra naturaleza— y, en todo caso, no disculpa de la necesidad de un estudio particular de la justificación en Derecho Penal. Cabría destacar al respecto cuestiones como la estructura del tipo de justificación —cuyo aspecto subjetivo es objeto de esta contribución—, el exceso, el error —en sus diferentes variantes: sobre la justificación misma, sobre los límites y sobre los presupuestos objetivos de justificación—, el concurso de causas de justificación, la eficacia de las causas de justificación en el delito culposo, etc.

Teniendo en cuenta esa inicial vinculación entre la teoría del injusto y la de la justificación, comienza Sanz Morán por aclarar los presupuestos metodológicos que fundamentan las tomas de posición personal que aparecen a lo largo del estudio. Estos remiten a la función de protección de bienes jurídicos que asigna al Derecho Penal y conciernen a la teoría del injusto: cabe destacar como rasgos fundamentales de la misma la pertenencia del desvalor de resultado al injusto y la consideración de la peligrosidad objetiva de la acción para el bien jurídico como momento central del desvalor de acción.

Seguidamente pone el autor de relieve el enlace histórico existente entre la teoría de los elementos subjetivos de justificación y las distintas concepciones del injusto. Su origen es común a aquél de los elementos subjetivos del injusto. Se refiere a ambos por primer vez Fischer en 1911, en relación al Derecho Civil, desde donde son trasladados al Derecho Penal. En este ámbito señala a M.E. Mayer como verdadero descubridor de los elementos subjetivos de justificación. Su evolución inicial en la doctrina penal es bien conocida: si en el seno de la teoría del delito neoclásica —paradigma de ella es la obra de Mezger— se reconocen sólo excepcionalmente elementos subjetivos en particulares causas de justificación, desde la orientación finalista se reclamará la presencia de un elemento subjetivo de justificación general, esto es, en todas las causas de justificación. H.v. Weber, en los años treinta, es el protagonista de este giro.

Continúa Sanz Morán presentando el estado actual del debate, caracterizado por una variedad de soluciones en lo que respecta a la exigencia con carácter general o excepcional de este requisito, así como también sobre su fundamento, contenido y, finalmente, sobre las consecuencias jurídicas de su ausencia. Todas estas cuestiones son analizadas en capítulos separados y no conjuntamente, pues no aparece una línea continua de enlace entre ellas: por ejemplo, la exigencia de un elemento subjetivo de justificación general puede obedecer a diferentes fundamentos, se le otorgan contenidos divergentes y se proponen tratamientos no coincidentes para las situaciones de ausencia del mismo. Todo lo cual da idea de la complejidad del tema elegido por el autor, así como de la imposibilidad de ofrecer aquí siquiera una imagen de todas las alternativas. Nos referiremos por ello sólo a las fundamentales.

Respecto al primer interrogante, destaca el autor dos tendencias fundamentales. Por un lado, el punto de vista dominante en la literatura penal italiana y española —aunque minoritario en el medio alemán—, que remite la cuestión a la interpretación de cada causa de justificación en particular, entendiéndose que éstas tienen un carácter fundamentalmente objetivo y que sólo algunas requieren la constatación de un componente subjetivo. Esta orientación viene marcada a la doctrina italiana por lo dispuesto en tal sentido en el art. 59 del *Codice Penale*. Su difusión en la doctrina española tradicional, así como en la jurisprudencia, ha procedido en alta medida de la interpretación en sentido subjetivo de expresiones que comienzan por la preposición «en» («en defensa», «en ejercicio de», etc.) utilizadas en la descripción de las causas de justificación del art. 8 del Código Penal. En la doctrina alemana y austríaca domina, por el contrario, la convicción de que todas las causas de justificación constan de componentes objetivos y subjetivos. Esta solución procede de una concepción personal del injusto, de acuerdo con la cual la exigencia de un desvalor de acción y de un desvalor de resultado para la fundamentación del injusto tiene su contrapartida en la exigencia de un correlativo valor de acción y de resultado para su exclusión. Este punto de vista encuentra creciente difusión en la doctrina penal española más reciente.

Aborda a continuación Sanz Morán la fundamentación normativa de la teoría de los elementos subjetivos de justificación. Siguiendo en este punto las investigaciones de Frisch, indica —distanciándose de otras alternativas—, que ésta sólo puede encontrarse en la propia naturaleza del injusto, esto es, en aquello que las causas de justificación anulan. Se revela aquí la íntima conexión existente entre teoría del injusto y de la justificación que el autor ya advirtió en las páginas iniciales. Desde su propia concepción del injusto, cuyas líneas maestras ya presentamos, estima que el fundamento de la exigencia

de un elemento subjetivo de justificación radica en la exclusión del desvalor subjetivo de acción —como elemento codeterminante del injusto— y, de modo consecuente, en la punición por tentativa inidónea. De este modo, la decisión legal de incriminar también la tentativa inidónea —presente en nuestro Derecho (art. 52 del CPe)— proporciona fundamento normativo a la exigencia de un elemento subjetivo de justificación general.

La investigación del autor avanza seguidamente hacia un nuevo problema, la determinación del contenido de los elementos subjetivos de justificación. Destaca al respecto tres direcciones fundamentales. La primera precisa tal contenido en correspondencia con el dolo, como elemento subjetivo general del injusto. Reclama entonces el conocimiento y voluntad referidos a los elementos del tipo de justificación. Algunos autores se refieren sólo al primero de estos elementos. Sanz Morán muestra cómo, no obstante, estas diferencias, lejos de ser substanciales, son más bien propiciadas por una falta de unidad terminológica al respecto, reflejo de la existente a propósito del dolo. Otras autores, representantes de líneas minoritarias, defienden la exigencia de un componente intencional o tendencial, o bien tienen en cuenta los motivos y móviles que inspiran la conducta del autor. Estas alternativas, tomadas fundamentalmente de la doctrina alemana, encuentran su reflejo en la española, que es analizada por el autor poniendo de relieve la frecuente falta de claridad que se aprecia en algunas exposiciones, así como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Antes de abordar la relevancia práctica de la cuestión objeto del estudio, analiza el autor, de modo complementario, varios problemas que aparecen en este contexto. Singularmente, la cuestión del conocimiento eventual de la situación de justificación —paralela a la del dolo eventual—; la admisión de las denominadas «causas de justificación mutiladas en dos actos» —reflejo también de los «delitos mutilados en dos actos»—; el requisito, adicional al elemento subjetivo de justificación general, de un examen cuidadoso de la presencia de los presupuestos objetivos de justificación —también denominado «examen conforme a deber»— con el valor añadido de suplir la posible ausencia de la base objetiva de justificación; y, por último, la posible exigencia de un elemento subjetivo de justificación en los delitos culposos. En relación a esta última, indica que la solución está condicionada por la adoptada, con carácter general, para los supuestos de inexistencia del elemento subjetivo de justificación. Pues de apreciarse una tentativa inidónea —como propone el autor en las páginas siguientes—, al ser impune la tentativa inidónea de un delito culposo, se concluye que la exigencia de un componente subjetivo para la justificación de un comportamiento culposo típico es irrelevante. De este modo, sólo desde la tesis de la consumación, tiene relevancia tal exigencia. Añade que, sin embargo, esta solución «aparece vinculada a la atribución de un contenido intencional al elemento subjetivo de justificación difícilmente configurable, sin embargo, en los delitos culposos» (pp. 58 y ss).

Se ocupa finalmente Sanz Morán de analizar las consecuencias prácticas de la ausencia del elemento subjetivo de justificación, cuestión que, lógicamente, sólo tiene interés para quienes no adoptan una concepción estrictamente objetiva del injusto y de la justificación. La alternativa se plantea entre la punición correspondiente al delito consumado o a la tentativa inidónea. De nuevo se muestra aquí la complejidad de la materia, pues, como expone detalladamente el autor, a ambas soluciones se llega desde caminos

diversos. En todo caso, la decisión viene en gran medida condicionada por el contenido que se asigne al elemento subjetivo de justificación. Después de analizadas las diferentes propuestas, así como su presencia en la doctrina española, el autor toma posición siempre desde los presupuestos metodológicos antes explicados. De acuerdo con ellos, considera que la punición correspondiente a la tentativa inidónea que se propugna desde la teoría de la «justificación separada» para los supuestos de ausencia del elemento subjetivo de justificación resulta la solución más acorde con la concepción dualista del injusto defendida. La teoría de la justificación separada, destaca el autor, «aparece estrechamente vinculada a las concepciones dualistas del injusto, es decir, aquellas que atienden, para su fundamentación, a la existencia de un doble desvalor: de acción y de resultado, exigiendo correlativamente para su exclusión la presencia de dos elementos: un resultado valioso (jurídicamente aprobado) unido, en cuanto «valor de acción», al correspondiente elemento subjetivo de justificación»; entendiendo que «en los dos casos (fundamentación y exclusión del injusto) se puede atribuir relevancia separada a cada uno de los desvalores/valores concurrentes» (pp.74 s). De este modo, ausente el elemento subjetivo de justificación, «estará presente un «valor de resultado», puesto que el desvalor de resultado típico se ve anulado o compensado por la presencia de un estado de cosas objetivamente justificante (salvación, por ejemplo, de un interés de rango superior), persistiendo solamente el desvalor de acción, dado que el autor ha dirigido su acción a la lesión de un bien jurídico protegido, (sin que el carácter disvalioso de este acto se vea anulado o desvirtuado por la consciencia (y voluntad) de colmar los presupuestos de una causa de justificación)». «Ahora bien, el binomio desvalor de acción sin desvalor de resultado es precisamente lo que caracteriza a las situaciones que calificamos como tentativa». Y, concretamente, estas hipótesis se corresponden valorativamente con aquellas de tentativa inidónea o imposible, pues «también aquí es objeto de reproche jurídico la traducción en actos ejecutivos de una voluntad contraria a Derecho» (p. 93). En efecto, en ambos supuestos nos encontramos ante acciones que, desde un punto de vista puramente objetivo, carecen de virtualidad lesiva. Su punición tiene un carácter excepcional y responde por ello a una fundamentación *ad hoc*, si se parte de un concepto de injusto como el defendido en la obra, cuyo elemento central es el desvalor objetivo de la acción entendido como puesta en peligro de bienes jurídicos. Advierte también Sanz Morán que la punición expresa en nuestro Código Penal de los supuestos de tentativa inidónea —en la regla 2.<sup>a</sup> del art. 52— sirve también de fundamento a la exigencia de un momento subjetivo en las causas de justificación. Entiende además que la aplicación de esta norma procede de forma directa y no analógica. Con el fin de precisar aún más su postura procede a separar las hipótesis de verdadera tentativa inidónea punible de otras que responden a categorías próximas como la tentativa irreal —luego impune— y el delito putativo —también exento de pena—.

La solución es diferente, sin embargo, cuando la ausencia va referida no al elemento subjetivo de justificación general sino a un elemento intencional exigido explícitamente por el legislador en alguna causa de justificación particular. Procede entonces apreciar un delito consumado, al faltar un elemento legal del tipo de justificación —solución paralela a la reconocida para la ausencia de los elementos subjetivos del injusto—.

Para concluir queremos destacar de nuevo el interés de la monografía que comentamos no sólo para el investigador universitario sino también para el jurista dedicado a

la práctica. Para el primero ofrece un tratamiento dogmático de la cuestión detallado y riguroso. El propio autor subraya el «singular interés dogmático y metodológico» del problema, pues «en la discusión en torno a los «elementos subjetivos de justificación» se ponen de manifiesto todos los contrastes y antinomias que ofrece la actual teoría jurídica del delito» (p.3). La amplia información que de la literatura sobre la justificación penal se ofrece aparece no simplemente concatenada sino conectada sistemáticamente y críticamente analizada. Se aprecia, por otra parte, una constante preocupación por el cierre, desde la perspectiva del sistema penal, de todas las tomas de posición personal. De este modo —por ejemplo—, la cuestión de la ausencia del elemento subjetivo de justificación aparece bien delimitada de otras situaciones como la denominada «justificación subjetiva» —error sobre la justificación— o el exceso (intensivo) culposo. Para el jurista dedicado a la practica presenta el interés añadido de hacer referencia en el tratamiento de cada cuestión a las soluciones que al respecto ofrece tanto la doctrina española como la jurisprudencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo.

M.<sup>a</sup> ISABEL SANCHEZ GARCÍA

Profesora de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid.

Doctora en Derecho.