

Técnica legislativa y antijuridicidad (*)

FERNANDO GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO

Universidad de La Laguna

SUMARIO: I. Sobre la circunstancia mixta de parentesco, a modo de introducción.–II. Reflexiones sobre el tipo objetivo de estas figuras.–III. Reflexiones sobre el tipo subjetivo.–IV. Un último apunte sistemático.

I. SOBRE LA CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO, A MODO DE INTRODUCCIÓN

Según el actual artículo 23 del Código Penal español: «Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente». Ya la definición de una circunstancia como la que prevé este precepto permite inferir algunas de las importantes particularidades que –también de *lege ferenda*– muestra la categoría de la antijuridicidad. La introducción de una cláusula que dispone el recurso a la analogía dentro de la definición legal de parentesco, «análoga relación de afectividad» dispone nuestro legislador, revela que estamos ante un problema bien distinto del que nos ha ocupado

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

en trabajos anteriores (1). Principios –como el de determinación o proporcionalidad– que permiten erigir y desarrollar materiales de *lege ferenda* en sede de tipicidad, se manifiestan aquí más sutilmente. No obstante, de los distintos pronunciamientos doctrinales, se infieren referencias para ir abriendo poco a poco el camino.

Así, por ejemplo, en relación con la cláusula mencionada, señala Cerezo Mir, que la introducción de «la análoga relación de afectividad implica una aplicación de la ley penal por analogía, que es contraria al principio de legalidad, cuando dé lugar a la apreciación del parentesco como circunstancia agravante (analogía *in malam partem*)» (2). Aun cuando la extraña cláusula que hace referencia a la analogía en este artículo dificulta establecer –y ello pese a la terminología empleada– si estamos realmente ante una habilitación legal de este procedimiento de integración o, como entienden otros, ante una cláusula abierta similar a otras que se prevén en la parte especial del Código Penal (3), se puede avanzar ya que el legislador se ha mostrado poco afortunado en la redacción de este Capítulo quinto del Título primero. Porque tenga o no razón este penalista en su crítica a la formulación legal de dicha cláusula, la diferente relación que man-

(1) Principalmente v. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, «¿Cómo se elabora una propuesta de *lege ferenda*? Reflexiones sobre la formulación de los preceptos jurídico-penales. Primera parte: Tipicidad», *RDPC*, 2005/16, *passim*.

(2) CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español, PG II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, p. 401, advirtiendo que «al estar proclamado el principio de legalidad en la Constitución (art. 25), el artículo 23 [del Código Penal] es, en este aspecto, anticonstitucional», con ulteriores referencias a favor y en contra de su postura en n. 129. En un sentido próximo, muestra sus dudas desde la perspectiva del principio de legalidad y el mandato de determinación MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Reppertor, Barcelona, 2004, p. 628 marg. 53. De otra opinión, BONET ESTEVA, M., «La circunstancia mixta de parentesco en el nuevo Código Penal y la búsqueda de criterios para su aplicación», en Quintero Olivares, G./Morales Prats, F. (coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 116, entiende que tal «interpretación analógica es fruto de la misma ley y que, por tanto, no debe plantear mayores problemas». En esta línea, con matices, ya TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Incidencia de la posición o situación personal, pública y privada, en la responsabilidad criminal», *CDJ, Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, 1995, pp. 83 y s. Sobre su incidencia en la jurisprudencia, también v. MESTRE DELGADO, E., *La atenuante y la agravante de parentesco*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 15 y ss.

(3) Si bien compartimos la crítica de CEREZO, pues la misma deja abierta su posible extensión a supuestos (relaciones de amistad, etc.) que, en principio, no se comprenden en su voluntad ni en su tenor literal, pese a su carácter abierto. Para la distinción entre analogía e interpretación extensiva, v. el mismo, *Curso de Derecho Penal español. PG I. Introducción*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, pp. 208 y ss.

tienen las circunstancias atenuantes y agravantes –de momento– con el principio de legalidad aconseja su introducción y previsión en preceptos separados (4), particularmente cuando se introducen fórmulas tan abiertas en su definición legal.

Para evitar estos problemas, Díez Ripollés propone la siguiente definición del parentesco: «Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano por naturaleza, adoptivo o afín en los mismos grados del ofensor, o persona a la que se halle ligado por especiales vínculos de amistad o afecto» (5). Desde la perspectiva apuntada, este modelo, según entiende con su maestro, incorporaría una cláusula general asumible –en principio– sin problemas en nuestra legislación penal. Una vez que se suprime la referencia a la analogía, la definición resultante permite superar en buena medida las dificultades que plantea la actual definición del artículo 23 del Código Penal en relación con el principio de legalidad. Ahora bien, aquí no se acaban sus exigencias, y de ahí las dudas que genera esta solución. Porque el modelo de cláusula mixta que propone Díez Ripollés, pese a suprimir las referencias señaladas, se muestra algo oscuro en lo referente al perfil de los principios y razones político-criminales que rigen la interpretación, desarrollo y aplicación de esta circunstancia. Con otras palabras, si se entiende que la *ratio* que subyace a esta circunstancia, el motivo de su función atenuante o agravante, consiste en la infracción de deberes inherentes a las relaciones recogidas en el artículo 23 del Código o en el mayor o menor reproche que deriva de

(4) No obstante, v. BAJO FERNÁNDEZ, M., *El parentesco en el Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1973, pp. 37 y ss. En sentido contrario, a su vez, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, pp. 400 y ss., quien propone de *lege ferenda* suprimir el inciso comentado, circunscribiendo la circunstancia al ámbito del parentesco, de forma que sea posible su aplicación como atenuante por analogía (a través del art. 21.6 CP), pero nunca como agravante. En esta línea también sugiere GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Presente y futuro de las circunstancias modificativas», CDJ, *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, 1995, p. 36, sustituir la citada cláusula, o «cuanto menos añadir una exigencia de permanencia o relación estable de convivencia». Una posibilidad distinta apunta BONET ESTEVA, M., «La circunstancia mixta de parentesco en el nuevo Código Penal y la búsqueda de criterios para su aplicación», cit. n. 2, p. 118, consistente en la introducción de tipos delictivos específicos.

(5) Díez RIPOLLÉS, J. L., «Las Circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992», *La Ley*, 1993/2, p. 906. Siguiendo al anterior CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 401.

las mismas (6), entonces quizá la fórmula no tenga por qué concretar hasta en sus últimos detalles la clase de deberes que fundamenta la exigente, esto es, si se trata de deberes estrictamente jurídicos o, por el contrario, procede acentuar otros aspectos o/y ampliar su marco a otro tipo de relaciones sociales que quedan incluso, más allá de la constitución jurídica de nuestra sociedad (7). La flexibilidad que pre-

(6) Así, por ejemplo, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español*. PG II, cit. n. 2, p. 353. De otra opinión CÓRDOBA RODA, J., «El parentesco como circunstancia mixta de modificación de la responsabilidad penal», *ADPCP*, 1967, pp. 175 y ss., quien agota el significado de esta circunstancia en lo injusto. Siguiendo a su maestro, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 2, p. 629 marg. 56. En un sentido próximo, sobre el *plus* de peligrosidad que concurre en estos supuestos, STS 22 de diciembre de 2003 (A. 615), fundamento jurídico tercero. En sentido contrario, BAJO FERNÁNDEZ, M., *El parentesco en el Derecho penal*, cit. n. 4, pp. 16 s., atiende la «actitud psicológica... resultante del sentimiento de intereses comunes, destino común, honor común, afecto...», que influye en el ánimo del sujeto, en el mundo de motivaciones del autor», y estima, p. 39, en consecuencia, que «han sido consideraciones en torno a la culpabilidad del autor las tomadas en cuenta por el legislador en la creación de la circunstancia». A juicio de este penalista, *op. cit.*, p. 54, «en la circunstancia de parentesco no basta la existencia del vínculo familiar sino que es necesario el cumplimiento de una ulterior exigencia... un sentimiento de vinculación afectiva derivado de la conciencia de pertenecer a un grupo de intereses comunes», precisando, p. 55, que no se trata de «la existencia de cariño...», sino la existencia de un sentimiento de vinculación especial derivado del contenido ético del parentesco». En este último sentido, v. BAJO FERNÁNDEZ, M., *op. cit.*, pp. 40-4, 54 ss., 59 ss., 75, 93, 102-4, 131, 135 ss. En esta línea, también, GARCÍA PLANAS, G., «Rasgos de la circunstancia mixta de parentesco», *RGD*, 1996/625-626, pp. 11229, 11230 y 11237. Con matices ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio General*, Universidad de Valladolid, 1981, pp. 745 ss. Críticamente, sobre este tipo de posturas, v. SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES, J., «Deberes de socorro en virtud de la unión matrimonial. A su vez: sobre la agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal», *AP*, 1999/1, margs. 225, 229 ss. Críticamente, a su vez, sobre la postura de este último autor, BONET ESTEVA, M., «La circunstancia mixta de parentesco en el nuevo Código Penal y la búsqueda de criterios para su aplicación», cit. n. 2, p. 108 n. 26, quien apunta, *op. cit.*, pp. 119 s., una posible vía de solución a partir del uso/abuso que de la relación familiar se haga en la comisión de los hechos. Sobre la evolución de la doctrina jurisprudencial, recientemente v. STS 21 de septiembre de 2004 (A. 6382), fundamento jurídico cuarto.

(7) En esta segunda línea, recientemente, v. STS 9 enero 2004 (A. 239), fundamento jurídico primero, donde se asienta esta circunstancia en «la relación personal existente» entre los actores. También STS 21 de septiembre de 2004, (A. 6382), fundamento jurídico cuarto. En nuestra doctrina ya BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *El parentesco en el Derecho penal*, cit. n. 4, pp. 15 ss., 29 ss., 143-4 y 148, acentuando el contenido vinculante de carácter ético frente al significado jurídico. Más recientemente BONET ESTEVA, M., «La circunstancia mixta de parentesco en el nuevo Código Penal y la búsqueda de criterios para su aplicación», cit. n. 2, pp. 109 ss.; TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Incidencia de la posición o situación personal, pública y pri-

cisa una categoría como la antijuridicidad, especialmente desde consideraciones de política criminal, desaconseja tal grado de casuismo en sede de ley (8). Ahora bien, cuanto más se amplíe el catálogo y heterogeneidad de los elementos que se recogen en su definición legal tanto más se diluye la *ratio* del precepto. Por ello la introducción de otro tipo de vínculos, como por ejemplo, las relaciones de amistad y similares (9), se traduce en problemas bien concretos: ¿la existencia de un especial vínculo de amistad debe funcionar también como atenuante en los delitos contra el patrimonio? En principio, de otros pronunciamientos recogidos en el Código Penal, y en particular, de la excusa absolutoria que se prevé en su artículo 268, podemos inferir que no (10). Sin embargo, de la fórmula que propone Díez Ripollés no se deduce ningún aspecto que permita orientarnos en un sentido u otro. La solución propuesta por este penalista frente a la actual definición legal, y pese a que, ciertamente, permite superar los

vada, en la responsabilidad criminal», cit. n. 2, pp. 85 s. No obstante, v. SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES, J., «Deberes de socorro en virtud de la unión matrimonial. A su vez: sobre la agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal», cit. n. 6, margs. 229 ss.

(8) Con carácter general, v. GÜNTHER, H.-L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Carl Heymanns, Köln, 1983, p. 294.

(9) Si bien no supone novedad alguna, cfr. MESTRE DELGADO, Esteban, *La atenuante y la agravante de parentesco*, cit. n. 2, pp. 12 s.

(10) En concreto, establece este precepto en su número 1: «Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en un proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación»; mientras que en su número segundo aclara: «esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito». Más allá del tenor literal de esta cláusula, y componentes como la exigencia de convivencia entre los afines en primer grado, también propuestas de interpretación como, por ejemplo, la realizada por BAJO FERNÁNDEZ, M., *El parentesco en el Derecho penal*, cit. n. 4, pp. 75, 81 y 102, quien concreta su razón, básicamente, en la conciencia de saberse perdonado y una representación imprecisa de la gravedad de la conducta por parte de los actores, muestran resistencia a una relajación de los vínculos de esta circunstancia. En un sentido próximo, anteriormente, también CÓRDOBA RODA, J., «El parentesco como circunstancia mixta de modificación de la responsabilidad penal», cit. n. 6, pp. 182 s. No obstante, en relación con los delitos contra el patrimonio, v. lo apuntado BONET ESTEVA, M., «La circunstancia mixta de parentesco en el nuevo Código Penal y la búsqueda de criterios para su aplicación», cit. n. 2, p. 120. Sobre esta cuestión, en nuestra jurisprudencia recientemente, v. STS 18 de noviembre de 2004 (A. 7545), fundamento jurídico segundo.

problemas que plantea su referencia a la analogía, dificulta en mayor medida la comprensión de la *ratio* y criterios de ponderación que también introduce la circunstancia mixta de parentesco. De la mayor parte de relaciones que se recoge en la misma, «cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano por naturaleza, adopción o afín en los mismos grados del ofensor», e incluso de los «especiales vínculos de... afecto» que también propone introducir, se infiere una clase –más o menos– homogénea de relación entre los distintos actores del proceso lesivo. Frente a ello, un elemento como la amistad introduce caracteres particulares. Porque la misma, más que a un grado de intensidad en la relación entre sujeto activo y pasivo, parece hacer referencia más bien al móvil o razones que impulsaron a actuar a aquél.

La indefinición que genera la adición de un componente como éste en la *ratio* de la circunstancia de parentesco quizá pueda asumirse en cuanto circunstancia atenuante. Aunque los rasgos diferenciados de los «vínculos de amistad» difuminan en mayor medida su fundamento, y si se trata de introducir principios que ayuden a ponderar algunos de los elementos –accidentales– concurrentes en la comisión de un hecho delictivo, cuando menos, parece que se debe exigir claridad en relación con los mismos, esto es, que se establezca con un margen de certeza razonable si más allá de los vínculos que se suelen reconducir a través del parentesco también debe darse relevancia a determinados móviles que concurren en la comisión de un delito como, por ejemplo, la amistad, la gratitud y otras razones similares no extrañas a nuestro legislador histórico. Si Díez Ripollés propone introducir este segundo tipo de razones parece que debe precisar algo más las mismas en su definición (11). En cuanto a la vertiente agravante de la circunstancia, entiendo que esta propuesta tropieza con obstáculos aún más altos. La indefinición comentada se acentúa con las también mayores exigencias del mandato de determinación. Porque se trata ahora de algo bien distinto: de delimitar los presupuestos –o razones– de un incremento en el rigor punitivo. En consecuencia, no puede aceptarse el margen de incertidumbre señalado.

La discusión sobre la idoneidad de esta propuesta de *lege ferenda*, permite advertir la particular manifestación del *nullum crimen sine lege* en el ámbito de la antijuridicidad. Aquí no se trata tanto de des-

(11) En sentido contrario, sin embargo, v. Díez Ripollés, J. L., «Las Circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992», cit. n. 5, p. 901. Sobre sus antecedentes, Bajo Fernández, M., *El parentesco en el Derecho penal*, cit. n. 4, pp. 35 s.

cribir con la mayor fidelidad posible los contornos formales y materiales de los comportamientos que se pretenden evitar mediante amenaza de pena. El eje se desplaza hacia el centro de las definiciones legales, y ante todo, se trata de establecer los principios o razones que fundamentan y definen una causa de justificación o una circunstancia atenuante, por poner dos ejemplos, aunque su tenor literal permanezca abierto –como en este caso– o en un plano de abstracción considerable. No cabe duda que un modelo de cláusula mixta, compresor a su vez, de circunstancias tan heterogéneas, dificulta en gran medida su plasmación (12).

Frente a las dudas apuntadas, relativas a las circunstancias de naturaleza mixta y, en particular, sobre la idoneidad de la actual configuración legal de la circunstancia de parentesco, pierde fuerza el argumento de economía legislativa, una vez que se advierten las implicaciones de las posibles naturalezas en la elaboración de las definiciones legales. En este sentido, una introducción diferenciada del parentesco como agravante y como atenuante, no debe suponer necesariamente la reproducción de una misma fórmula en distintos lugares del Código Penal, se trataría de configurar de forma distinta, adecuada a la concreta función, una misma *ratio*. Así, por ejemplo, la circunstancia agravante podría apreciarse, en su caso, únicamente en relación con el «cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente». Mientras que su configuración como circunstancia atenuante podría incorporar, además, cláusulas abiertas o extensivas como la señalada de «análoga relación de afectividad», una vez precisada la *ratio* sobre la que realizar tal proceso de integración; o incluso una segunda *ratio* que, en un sentido próximo a la definición recogida en el artículo 107.2 del Código Penal de 1822, atienda a la naturaleza de los motivos que impulsaron al actor en la comisión de los hechos, ello siempre y cuando se entienda que los mismos deben ser objeto a (des)valoración jurídico-penal (13).

Estas breves reflexiones, a modo de introducción, sobre algunos de los problemas que plantea la analogía en la antijuridicidad –frente a la tipicidad– según se trate de circunstancias atenuantes, agravantes

(12) Así, también, BONET ESTEVA, M., «La circunstancia mixta de parentesco en el nuevo Código Penal y la búsqueda de criterios para su aplicación», cit. n. 2, p. 107, señala su carácter mixto «como el principal elemento de distorsión de la circunstancia».

(13) Sobre ello, recientemente, v. las reflexiones de MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, J. M. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 723 s.

o causas de justificación, o sobre la orientación del mandato de determinación más hacia la *ratio* del instituto que hacia sus propios contornos, pretenden mostrar ya que esta categoría presenta unas particularidades muy acusadas que deben tenerse presente en la construcción de las definiciones legales de los institutos dogmáticamente incardinados en la misma; que las referencias que nos orientaban en la construcción de las definiciones de lo que entendemos como tipicidad no nos sirven para resolver buena parte de los problemas que nos plantea la antijuridicidad (14), que ésta, al igual que la tipicidad, se trata de una categoría jurídico-penal con problemas y referencias político-criminales de carácter específico.

II. REFLEXIONES SOBRE EL TIPO OBJETIVO DE ESTAS FIGURAS

Frente a la tipicidad, regida de principio a fin por tres funciones fundamentales: función de garantía, función preventiva y de desvaloración, esto es, en palabras de Amelung, de delimitación y descripción de lo «injusto punible (merecedor de pena y necesitado de pena), como injusto agravado» (15); la antijuridicidad se muestra

(14) Así, ya ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho Penal* (trad. castellana e introducción de F. Muñoz Conde), Bosch, Barcelona, 1972, p. 62.

(15) AMELUNG, Knut, «Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin», en SCHÜNEMANN, B. (compilador), *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, introducción, traducción y notas de Jesús María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 98 s. En un sentido próximo, a partir –principalmente– del «*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*» también v. GÜNTHER, Hans-Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, cit. n. 8, pp. 212 s. En nuestra doctrina, también, apunta en esta línea LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», en D.-M. LUZÓN PEÑA y S. MIR PUIG (coords.), *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 208 s., junto a la «función de garantía, la misión de seleccionar y describir aquellas formas de conducta que suponen al menos un indicio de que (y en qué medida) la acción posee un desvalor relevante y por ello está (penalmente) prohibida de forma objetivo-general». En esta línea ya, crítico con la propuesta de ROXIN, MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a Claus Roxin, Política criminal y sistema del Derecho penal* (trad. castellana de Francisco Muñoz Conde), Bosch, Barcelona, 1972, pp. 11 s. Siguiendo al anterior, VALLE MUÑIZ, J. M., *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, PPU, Barcelona, 1994, p. 51. En sentido contrario, también, v. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, pp. 23 s. Sobre este punto, con amplias referencias bibliográficas, v.

como una categoría mucho más heterogénea. Se habla, en cuanto a función político-criminal, de «solución social de conflictos» (16).

SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., «¿Cómo se elabora una propuesta de *lege ferenda*? Reflexiones sobre la formulación de los preceptos jurídico-penales. Primera parte: Tipicidad», cit. n. 1, apartado II.

(16) ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, cit. n. 14, pp. 8, 40, 55 ss., precisando, en el segundo lugar citado, que esta categoría «es el sector de las soluciones sociales a los conflictos, el campo en el que chocan los intereses individuales opuestos o las exigencias sociales con las necesidades del individuo. Cuando se trata de conciliar las intervenciones necesarias de carácter administrativo con el derecho a la personalidad en general y con la libertad de actuación del ciudadano, o cuando situaciones de necesidad inminentes e imprevisibles exigen una decisión: se trata siempre de la regulación, socialmente justa, de intereses contradictorios»; el mismo: *Política criminal y estructura del delito*, trad. castellana de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malaré, PPU, Barcelona, 1992, pp. 62, 77 y 80. En un sentido próximo RUDOLPHI, H.-J., «Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymann, Köln, 1989, p. 372, señalando que estas cláusulas «gewähren dem betroffenen Bürger in besonderen Konfliktsituationen die Freiheit, zur Wahrung bestimmter Interessen auch an sich verbotene Handlungen vorzunehmen bzw. an sich gebotene Handlungen zu unterlassen». También v. GÜNTHER, H.-L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, cit. n. 8, pp. 173 s. En nuestra doctrina, CUELLO CONTRERAS, J., «Elemento objetivo y elemento subjetivo de las causas de justificación», en Díez Ripollés, J. L., ROMEO CASABONA, C. M.^a, Luis GRACIA MARTÍN y J. F. HIGUERA GUIMERA (eds.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 147, quien ve su finalidad en la resolución de «las colisiones de bienes jurídicos que pueden darse en la vida real» señalando «cómo puede o debe comportarse quien se encuentra ante [estas] situaciones»; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 279 s. (anteriormente, sin embargo, v. el mismo: *El ejercicio legítimo del cargo*, Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1980, pp. 11 ss.); LARRAURI PIJOAN, E.: «Función unitaria y función teleológica de la antijuridicidad», *ADPCP*, 1996, pp. 883 s. Acentuando la importancia del principio de legalidad LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2^a ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2002, p. 3. En relación con el sistema de circunstancias, v. ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito*, cit. n. 6, pp. 428, 429 y 432. Críticamente, sin embargo, AMELUNG, K.: «Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin», cit. n. 15, p. 99, señalando que ««conflictos» se resuelven en todos los ámbitos del Derecho y de la política jurídica. Por otro lado... se sabe que también se resuelven conflictos en la formación de los tipos penales». Para AMELUNG, *op. cit.*, p. 101, en sede de antijuridicidad se decide «más bien sobre el hecho de si una prohibición que ha sido establecida en algún punto del Ordenamiento Jurídico ha de ceder ante otras finalidades político-jurídicas». Cuestionando a su vez la argumentación de AMELUNG, HIRSCH, H. J., *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana*, trad. castellana de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 13 s., n. 6, señalando que no «tiene en cuenta la diferencia material decisiva existente entre las decisiones valorativas abstractas

Más concretamente, entiende Baldó Lavilla, que estas cláusulas «tienen por función la resolución objetiva de conflictos sociales en contextos complejos. Como... los que derivan de situaciones de necesidad en las que la salvaguarda del interés amenazado requiere la puesta en peligro de intereses ajenos jurídico-penalmente protegidos... [lo que] exige del sistema normativo una coordinación axiológica de la situación conforme a sus principios subyacentes» (17), que se tiende a ubicar en este segundo plano de la teoría jurídica del delito. En un marco político-criminal tan complejo, la labor de la dogmática se reduce, de *lege lata*, a «elaborar del modo más completo posible, el catálogo de los principios reguladores sociales», procedentes de las diversas formas de manifestación del Derecho, «y poner en claro su relación» (18). Más allá de las reservas que pueda suscitar la postura de Roxin, se advierte ya que la función político-criminal de la antijuridicidad no proporciona un denominador común sobre el que proceder –y enhebrar– dogmáticamente a su construcción. El criterio rector que ofrece este penalista para el ámbito de la

realizadas por el legislador a la hora de configurar los tipos y los conflictos de intereses concretos que se pueden plantear aun dentro del marco de esas decisiones valorativas prestablecidas». En nuestra doctrina, critican igualmente la solución de ROXIN, CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 24; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal», en Diego-Manuel LUZÓN PEÑA y Santiago MIR PUIG (coords.), *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 88 y 164 n. 268, con ulteriores referencias bibliográficas; VALLE MUÑIZ, J. M., *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, cit. n. 15, pp. 45 ss., especialmente pp. 54 ss.

(17) BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, J. M. Bosch, Barcelona, 1994, p. 37. Anteriormente también GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito*, cit. n. 16, p. 279, quien lo concreta en el conflicto entre «el interés social en que no se realicen las conductas que conducen a la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales, y por otro lado, el que aconseja permitir, en determinadas situaciones, la realización de esas conductas y de sus resultados». En un sentido distinto, igualmente, v. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal», cit. n. 16, pp. 145 ss., quien cede especial importancia a las posibilidades que ofrece esta categoría de contextualizar el comportamiento típico en el marco general del Derecho. Para este penalista, *op. cit.*, pp. 157, es tan sólo «en la dilucidación de cuál sea el interés preponderante o en la misma configuración de alguno de los intereses en conflicto» donde pueden desempeñar «un papel importante contenidos de oportunidad».

(18) Precisando ROXIN, C.: *Política criminal y estructura del delito*, cit. n. 16, p. 62, que estas «ideas directrices no son otras que las del ámbito del tipo, pero ellas ganan una dimensión adicional a través de la inclusión en la situación de hecho concreta». En nuestra doctrina, de forma magistral, v. BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, cit. n. 17, *passim*.

antijuridicidad, se apunta, «no proporciona un valor de referencia normativo, sino únicamente un diagnóstico descriptivo» (19), de ahí que se cuestione su capacidad discriminadora (20). A cada una de las causas de justificación subyacen principios o referencias normativas no necesariamente coincidentes sobre los que procede analizar los diversos problemas que plantean concretas situaciones de conflicto cuya complejidad supera la (des)valoración que acontece en sede de tipicidad. Tampoco las diferentes razones que subyacen a los demás institutos ubicables dentro de esta categoría, circunstancias atenuantes y agravantes, pueden reconducirse a fundamentos normativos comunes, y se ha cuestionado, incluso, la posibilidad de una auténtica sistematización (21).

(19) SCHÜNEMANN, B., «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal», en Bernd Schünemann (compilador), *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, introducción, traducción y notas de Silva Sánchez, J. M.^a, Tecnos, Madrid, 1991, p. 78.

(20) Así, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal», cit. n. 16, p. 164, n. 268.

(21) Según entiende CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 196. Anteriormente, ya el mismo: «Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus spanischer Sicht», en Albin Eser y Warren Perron (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung III*, Friburgo de Brisgovia, 1991, pp. 10 s. En el mismo sentido GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *El ejercicio legítimo del cargo*, cit. n. 16, pp. 286 ss.; el mismo: *Teoría jurídica del delito*, cit. n. 16, pp. 285 s.; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte general*, 6^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 311 s.; ROMEO CASABONA, C. M.^a, *El médico y el Derecho penal I. La actividad curativa*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 306. En la doctrina alemana, por ejemplo, ROXIN, Claus, *Política criminal y estructura del delito*, cit. n. 16, p. 77, señalando que «los puntos de vista que pueden conducir a que se excluya el injusto material de un hecho, a pesar del cumplimiento de un tipo, son tan variados y el número de partes del ordenamiento jurídico del que hacen causas de justificación es tan grande y sometido a necesidades tan cambiantes sobre todo en el caso de intervenciones de la autoridad, que principios unitarios que al mismo tiempo sean plenos de contenido, sólo puede tener una validez limitada. Mientras que los tipos de delitos... descritos en los tipos legales muestran un cierto carácter estáticos (*sic*), con las causas de justificación entra la dinámica de las transformaciones sociales en la teoría del delito». Más recientemente, HIRSCH, H. J., *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana*, cit. n. 16, p. 43. En sentido contrario, por ejemplo, v. reconduciendo el sistema de causas de justificación a través del principio de «Güter- oder Interessenabwägung», RUDOLPHI, H.-J., «Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», cit. n. 16, pp. 392 ss. En nuestra doctrina, v. CARBONELL MATEU, J. C., *La justificación penal: fundamento, naturaleza y fuentes*, Edersa, Madrid, 1982, *passim*; el mismo: «El sistema de la justificación en el artículo 20 CP/1995», en Gonzalo QUINTERO OLIVARES/Fermín MORALES PRATS (coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 123, 124 y 131,

Sin embargo, esta categoría ha alcanzado un importante desarrollo dogmático. De *lege lata*, la genérica propuesta de Roxin de estructurar «del modo más completo posible los no muy numerosos

señalando, en la primera página citada, que esta teoría viene a fundamentar la aplicación de cualquiera de las diferentes causas de justificación en el hecho de que la conducta típica resulta valiosa para el ordenamiento jurídico, pues proporciona un interés superior: el ordenamiento tiene más interés en que la conducta se lleva a cabo que en evitarla»; aparentemente, también Díez RIPOLLÉS, J. L., «La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal», cit. n. 16, p. 157; VALLE MUÑIZ, J. M., *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, cit. n. 15, pp. 56 s. Con importantes matices, LARRAURI, E., en Winfried Hassemer/Elena Larrauri, *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 76 ss., quien, si bien señala la idoneidad de este principio para su delimitación frente a las excusas, advierte el déficit de fundamento de las posturas unitarias, así como institutos justificantes difícilmente reconducibles al mismo, cfr. pp. 81, 82, 89 ss. Más recientemente, v. el interesante trabajo de MOLINA FERNÁNDEZ, F., «El estado de necesidad como ley general», *RDPC*, 2000/extraordinario 1, pp. 200, 205, 208 ss., 221 ss., quien sobre una comprensión amplia del principio de ponderación de intereses propone un estructura explicativa de carácter piramidal en cuya cúspide ubicaría el estado de necesidad y en los sucesivos escalones las restantes causas a modo de reglas especiales de solución de conflictos (especialmente v. pp. 227 ss.). Sin embargo, cuestionando esta postura, ya STRATENWERTH, G., «Prinzipien der Rechtfertigung», *ZStW*, 68, (1956), pp. 42 ss., reconduciendo a través del «Güterabwägungsprinzip» sólo los supuestos en los que los bienes jurídicos afectados no sean de titularidad individual. Más recientemente, v. las reflexiones sobre la denominada justificación procedimental de HASSEMER, W., en Winfried HASSEMER/Elena LARRAURI, *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 14 ss., 41 ss., donde señala posibles causas de justificación que más allá de una ponderación de intereses se asientan en requisitos de forma. En nuestra doctrina, BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, cit. n. 17, pp. 39 s., quien, si bien entiende que «resulta desde todo punto de vista obligado... el asumir un *proyecto sistematizador*», señala la excesiva abstracción y déficit material de las teorías monistas. Por otra parte, en relación con el principio de ponderación de intereses, señala este autor, *op. cit.*, pp. 40, 94, 95, 162 ss., que este principio «responde a la cuestión de *cuándo* una lesión o puesta en peligro de un interés jurídico-penalmente protegido debe considerarse justificada por la existencia de intereses preponderantes. Mas no responde a la cuestión de *por qué*, dada la mencionada «preponderancia» de intereses, unos deben «prevalecer» sobre los otros... Cuestión esta última a la que sólo pueden responder verdaderos principios «axiológicos». También LUZÓN PEÑA, D.-M., «Causas de atipicidad y causas de justificación», en Diego-Manuel LUZÓN PEÑA y Santiago MIR PUIG (coords.), *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 33 ss., señalando como alternativa la propuesta de distinción entre causas de justificación del resultado y de la acción; el mismo: *Curso de Derecho penal. Parte General I*, Universitas, Madrid, 1996, pp. 575 s.; el mismo: «Aspectos esenciales de la legítima defensa», cit. n. 16, p. 75, señalando que estas fórmulas «suponen intentos de generalización excesiva, al pretender reducir todas o casi todas las causas de justificación a un solo principio, lo que es imposible».

principios configuradores sociales» (22), ha abierto paso a ulteriores delimitaciones –y comprensiones– teleológicas de los materiales de la antijuridicidad y culpabilidad (23). Así, recientemente, se propone –sobre las ideas de autonomía individual y solidaridad intersubjetiva– un esquema tripartito (estado de necesidad agresivo, defensivo y defensa necesaria) en función del grado de incumbencia de los actores sobre la situación de conflicto que permite una sugerente sistematización de los deberes y facultades de salvaguarda (24). También la reconducción del estado de necesidad a través de los deberes cuasi-institucionales permite su engarce con otros institutos jurídico-penales y, en definitiva, las posibles fuentes de responsabilidad –o competencia: por organización, institucional o cuasi-institucional– jurídico-penal (25). Y sobre todo ello es posible construir de *lege*

(22) ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, cit. n. 14, p. 59 y en el mismo sentido, v. p. 62 ss., pues entiende, *op. cit.*, p. 57, que «si se analizan los medios con los que el legislador supera el problema de la solución social de conflictos, se pone de manifiesto que se trata de un número limitado de principios ordenadores materiales, que, combinados diferentemente, determinan el contenido de las causas de justificación y cuyo juego en el caso concreto fija el juicio sobre la utilidad o daño social de una conducta, sobre la justificación o el injusto».

(23) Así, por ejemplo, v. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Introducción a la parte general del Derecho Penal español*, Sección de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1979, pp. 61-3; el mismo, «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad», en *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 224 ss., quien propone ubicar en la culpabilidad lo que el legislador quiere y no puede combatir, mientras que en la antijuridicidad lo que puede y no quiere inhibir mediante pena, resolviendo el estado de necesidad siempre en esta última categoría. Más recientemente, también v. el mismo: «Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im spanischen Strafrecht», en Albin Eser y Walter Perron (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung III*, Friburgo de Brisgovia, 1991, pp. 74 ss. Sobre la importancia de las razones de *ultima ratio* y proporcionalidad en esta categoría, fundamental GÜNTHER, H.-L.: *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, cit. n. 8, pp. 1, 3 ss., 7, 35 ss., 55 ss., 62, 83 ss., 100 ss., 107, 114 ss., 126, 133 ss., 159, 168, 178, 189 ss., 204 ss., 224 s., 232 ss., 241, 244 ss., 255 ss., pp. 281 ss. Sobre su incidencia en la exclusión de lo injusto, proponiendo diferenciar entre causas que excluyen el desvalor de resultado y causas que excluyen solamente el desvalor de acción, LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit. n. 16, pp. 75 n. 326, 76 n. 335, 103 ss., 597 ss.

(24) Cfr. BALDÓ LAVILLA, FRANCISCO: *Estado de necesidad y legítima defensa*, cit. n. 17, *passim*.

(25) Así, v. PAWLIK, M., *Der rechtfertigende Notstand*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2002, *passim*, quien frente a los excesos utilitaristas y colectivistas de la comprensión mayoritaria, ubica la ponderación de intereses en un último momento de su estructuración del estado de necesidad como deber cuasi-institucional, esto es, una vez que ha definido el fundamento y los presupuestos de la acción justificada; particularmente v. pp. 268 ss.

ferenda. El grado de racionalización de muchas cuestiones permite abordar el desarrollo –sobre tales principios de configuración social, autonomía individual o determinadas comprensiones normativas de estos deberes jurídicos– de modelos, componentes y directrices tendentes a maximizar, ya en sede de ley, el cumplimiento de las funciones político-criminales asignadas a esta categoría.

El objeto de normación presenta ya importantes particularidades en las causas de justificación. Pues a través de ellas no se trata simplemente de describir conductas o, de forma más concreta, acotar un fragmento conflictivo de realidad, esto es, delimitar una concreta situación de conflicto mediante componentes como una agresión ilegítima o una situación de peligro inminente o actual para bienes jurídicos protegidos y asignar –mediante una norma secundaria– una consecuencia jurídica. En la norma primaria, se trata de introducir y precisar fundamentalmente las pautas o principios jurídicos adoptados para la solución de dichas situaciones: el Derecho no debe ceder ante lo injusto, ponderación de intereses o el respeto a la dignidad humana, por poner tres ejemplos. Y sobre ambos aspectos, la *situación de conflicto justificante* y correspondiente *principio* –o principios– *de resolución*, se proyecta el principio de legalidad.

Así, por ejemplo, la definición del supuesto de hecho que se recoge en el artículo 20 apartado séptimo de nuestro Código Penal, frente a lo previsto en la definición de otros institutos como la legítima defensa, se muestra un tanto parca desde esta primera perspectiva. El legislador se limita a afirmar: «El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho oficio o cargo». De este modo, los *presupuestos de justificación* –o situación de conflicto justificante– debe en buena medida –si no en toda– deducirse por el operador jurídico, aun cuando ello –por lo general– pueda no entrañar grandes dificultades. Ciertamente, una definición exhaustiva del ámbito problemático tropieza con razones de economía legislativa: «El miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, de las Comunidades Autónomas...el periodista, médico... los padres... que en cumplimiento de su deber o en el ejercicio legítimo de su derecho oficio o cargo realice las conductas recogidas en los artículos... de este Código...» (26). Luego, una descripción exacta

(26) Para una visión general del ámbito problemático de esta circunstancia, v. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, pp. 290 ss. Sobre la conveniencia de su introducción expresa en el Código, ROMEO CASABONA, C. M.^a, *El médico y el Derecho penal I*, cit. n. 21, pp. 79 s. Recientemente, también v. las interesantes reflexiones de MOLINA FERNÁNDEZ, F., «El estado de necesidad como

del ámbito problemático de una –circunstancia atenuante, agravante o, como el caso aquí comentado del artículo 20 número siete, una– causa de justificación, con sus posibles actores, acciones y omisiones –aun cuando fuese viable– podría no ser conveniente. Además, tales definiciones encuentran un condicionamiento importante en la materia de normación (27). Aquí no se trata de perfilar una conducta lesiva. La cuestión es más compleja: deben perfilarse situaciones de conflicto, y para ello se muestran más idóneos componentes que, por ejemplo, hagan referencia a la actualidad o la entidad del riesgo, frente a particularidades en sus distintas formas de manifestación. Su ubicación normativa en la parte general del Código acentúa igualmente su necesidad y grado de abstracción.

Sin embargo, una definición formal como, por ejemplo: «El que realice alguna de las conductas descritas en los libros segundo y tercero en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo»; no puede valorarse ya positivamente. Una delimitación satisfactoria del supuesto de hecho del número séptimo de este artículo exige atender a los principios de actuación que inspiran –también jurídico-penalmente– los deberes o derechos a los que hace referencia. Pues mediante este primer elemento se trata de plasmar los rasgos fácticos y/o normativos –amenaza previa, necesidad de intervención, etc.– que permiten tanto identificar las concretas situaciones de conflicto como –en buena medida, también– fundamentar su justificación. En relación con el actual artículo 20, apartado séptimo, del Código, la gravedad de la incidencia de estas acciones en las esferas jurídicas afectadas aconseja establecer –de *lege lata*– si principios como los de necesidad, oportunidad o proporcionalidad, que permitirían delimitar el supuesto de hecho en relación con la eximente de cumplimiento del deber por parte de los miembros de las fuerzas y cuerpos de

ley general», cit. n. 21, pp. 225 s., quien adscribe a esta cláusula el papel de regla específica –frente a las causas de justificación generales– de resolución de conflictos. En relación con los modelos casuísticos, con carácter general, críticamente v. PÉREZ ALONSO, E. J., *Teoría general de las circunstancias: Especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Edersa, Madrid, 1995, pp. 355 ss.

(27) Así ya GÜNTHER, H.-L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, cit. n. 8, pp. 232-4, 282 s., señalando, en el primer lugar citado, que sin un grado importante de abstracción «wäre es *unmöglich*, der Vielfalt der im vorhinein nicht überschaubaren atypischen Konstellationen gerecht zu werden, die sich im Einzelfall dem auf den Regelfall abzielenden strafatbestandlichen Strafunrechtsindiz entgegenstellen können».

seguridad (28), se muestran idóneos para normar el supuesto de hecho de otros deberes jurídicos como, por ejemplo, el de obediencia o derechos –aún más heterogéneos– como los de corrección. En caso contrario, parece preferible una regulación que diferencie en mayor medida entre estas causas de justificación.

En cuanto a la segunda perspectiva apuntada, la referente a los *principios de resolución*, veámos antes que la propuesta de Díez Ripollés para una regulación mixta de la circunstancia de parentesco no era del todo satisfactoria: no sabíamos si el criterio de ponderación era determinada relación personal, en una línea más tradicional con la circunstancia de parentesco, o también se pretendía ampliar y ceder relevancia a determinados móviles como, por ejemplo, la amistad y similares. La fórmula adoptada por el legislador en la definición legal de esta causa de justificación obedece según la doctrina mayoritaria, al principio del interés preponderante, si bien se tiende a matizar en función del contenido de la dignidad humana (29). Sin duda, la plasmación de este segundo principio de resolución se muestra deficiente en la misma. De hecho, no se muestra. En cuanto a la forma de delimitación del primero –el principio del interés preponderante– mediante la referencia sin ulteriores matices a los posibles

(28) Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA, M.^a I., *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, J. M. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 125 ss. y, más concretamente, pp. 287 ss.; sobre su origen histórico, asimismo pp. 201 ss. Con carácter general, anteriormente v. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito*, cit. n. 16, pp. 402 ss. Más recientemente, también OLMEDO CARDENETE, Miguel, «Artículo 20.7», en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Edersa, Madrid, 1999, pp. 519 ss. En nuestra jurisprudencia, por ejemplo, v. STS 15 de enero de 2003 (A. 727), fundamento jurídico cuarto; STS 25 de abril de 2003 (A. 5247), fundamento jurídico primero; STS 5 de marzo de 2004 (A. 1761), fundamento jurídico primero.

(29) Ampliamente, sobre los principios de unidad del ordenamiento jurídico –en el plano formal– y preponderancia de intereses –en el material–, v. SÁNCHEZ GARCÍA, M.^a I., *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, cit. n. 28, pp. 83 ss., quien, siguiendo a RUDOLPHI propone, *op. cit.*, p. 84, reorientar este último «hacia una ponderación de las propiedades materiales –positivas y negativas– de la conducta». En relación con el segundo aspecto señalado, habla TORJO LÓPEZ, Á., Prólogo a SÁNCHEZ GARCÍA, M.^a I., *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, J. M. Bosch, Barcelona, 1995, p. 19, de «un tipo de justificación abierto, precisado de reconstrucción conceptual según principios teleológicos –necesidad real de la intervención– y valorativos –proporcionalidad y respeto a la dignidad del hombre» (cursiva añadida). En relación con los tratamientos curativos obligatorios, por ejemplo, v. ROMEO CASABONA, C. M.^a, *El médico y el Derecho penal I*, cit. n. 21, pp. 384 ss. Con amplias referencias bibliográficas y jurisprudenciales, igualmente v. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 291.

títulos jurídicos que impulsan al sujeto («cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo»), debe tenerse presente en su valoración que las exigencias del principio de legalidad aumentan considerablemente en relación con este segundo aspecto (30). Porque, a través de estos preceptos, se pretende –en cierto modo, también– configurar balanzas, introducir determinados principios rectores sobre los que valorar las situaciones de conflicto previamente definidas (31), constituyendo, posiblemente, el principal ámbito de manifestación del denominado mandato de determinación en sede de antijuridicidad (32). Veámoslo con más detalle en relación con el estado de necesidad.

Un análisis sosegado del número quinto del artículo 20 de nuestro Código Penal permite advertir que el legislador no aprovechó los abundantes materiales que se ofrecen a nivel monográfico y –también, incluso– de manual en nuestra disciplina. Tanto en la definición de la situación de conflicto –justificante– como de los principios de resolución del denominado estado de necesidad se aprecia con claridad importantes insuficiencias –aunque también aciertos– del legislador en la configuración legal de la misma. En concreto, establece este precepto:

«Art. 20. Están exentos de responsabilidad criminal:

... 5.º El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.»

(30) Señalando el déficit de la normativa extra-penal en materia de orden y seguridad pública, por su parte, v. SÁNCHEZ GARCÍA, M.^a I., *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, cit. n. 28, pp. 288 s.

(31) Así ya, v. ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, cit. n. 14, p. 62. No obstante, señalando su independencia del texto legal, también SCHMID-HÄUSER, Eberhard, «Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht», en *Festschrift für Karl Lackner*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1987, p. 80.

(32) Aparentemente, también en este sentido, v. ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, cit. n. 14, p. 61 n. 63.

En relación con el primer elemento, la delimitación de la *situación de conflicto*, vemos que el legislador alude y esboza de forma indirecta –a través de las pautas de valoración de la conducta– cuando concurre una situación subsumible en este precepto. Aunque da un paso más en su número quinto frente a las definiciones de otras causas como la vista anteriormente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, el legislador no recoge una definición del estado de necesidad. Simplemente, habla de obrar «en estado de necesidad». Y perfila esta situación, de forma indirecta, a través de los elementos objetivos y subjetivos del tipo de justificación. Posiblemente, no haga falta más para salvar los mínimos de determinación en relación con la situación de conflicto. Ahora bien, está claro que el grado de definición de la misma dista bastante de lo político-criminalmente satisfactorio, pues la concreción del supuesto de hecho que justifica la aplicación de esta circunstancia –pese a su denominación expresa y lo que se infiere de los restantes componentes– se deja en buena medida en manos del concreto operador jurídico. Y ello pese a la gravedad de los deberes de tolerancia («*Duldungspflichten*») que sujetan a la persona sobre la que recae la acción de quien obra amparado por esta causa de justificación (33).

La definición de este primer componente, la situación de conflicto, al menos en sus rasgos esenciales, se encontraba perfilada en el importante trabajo realizado por la doctrina. Así, existe cierto consenso en relación con algunas de las notas que definen al mismo (34).

(33) Cfr. PAWLIK, M., *Der rechtfertigende Notstand*, cit. n. 25, pp. 1 ss., 9 ss., 29 ss. No obstante, también GÜNTHER, Hans-Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluss*, cit. n. 8, p. 309. Sobre la importancia del supuesto de hecho en cuanto presupuesto justificante, ampliamente, v. PAWLIK, M., *Der rechtfertigende Notstand*, cit. n. 25, pp. 152 ss.

(34) Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, pp. 246 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Introducción a la parte general del Derecho Penal español*, cit. n. 23, pp. 63 s.; LUZÓN PEÑA, D.-M., *Curso de Derecho Penal*, cit. n. 21, pp. 623 ss.; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 2, pp. 454 ss. margs. 32 ss.; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte general*, cit. n. 21, pp. 329 ss.; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/MORALES PRATS, F./PRATS CANUT, J. M., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 516 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, «Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español», *ADPCP*, 1982, pp. 669 s. En la doctrina alemana, por ejemplo, v. RUDOLPHI, H.-J., «Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», cit. n. 16, pp. 389 ss. Recientemente, también, explicando el estado de necesidad desde su concepción como deberes jurídicos cuasi-institucionales PAWLIK, M., *Der rechtfertigende Notstand*, cit. n. 25, pp. 103 ss.

Se exige una situación de peligro actual para un bien jurídico (35). Además, en relación con la entidad de tal componente, se entiende que debe mostrar un carácter grave (36). Se habla, en este sentido, de un carácter subsidiario o, más recientemente, cuasi-institucional del estado de necesidad (37). Siguiendo estas notas, y pese a las controversias existentes en relación con otros

(35) Así, por ejemplo, v. HIRSCH, H. J., *StGB. Leipziger Kommentar*, 11ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1994, § 34 margs. 36 s.; KÜHL, K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Franz Vahlen, Manchen, 2002, pp. 274 ss. margs. 62 ss.; LENCKNER, T./PERRON, W. en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26ª ed., C. H. Beck, München, 2001, § 34, marg. 13; PAWLIK, M., *Der rechtfertigende Notstand*, cit. n. 25, pp. 168 ss. Para PAWLIK, *op. cit.*, p. 112, «läßt sich die... Pflicht zur Duldung notstandsbedingter Eingriffe als eine cuasi-institutionelle Verpflichtung einordnen: Sie trägt zur Sicherung der Realbedingungen rechtlicher Freiheit bei, ist allerdings subsidiär gegenüber institutionalisierten Maßnahmen der Notbekämpfung». Consecuente con esta perspectiva entiende, *op. cit.*, p. 170, que «gerechtigt ist der Täter erst dann, wenn die Bewertung dieser Verhaltensalternativen ergibt, da er sich auf sie nicht verweisen zu lassen braucht. Sein Verhalten muß *normativ alternativenlos* in dem Sinn sein, da sich angesichts der gegebenen Situation keine ‚bessere‘ Verhaltensalternative ausmachen läßt. Es ist also zu zeigen, da er, um sein bedrohtes Rechtsgut zu retten, *jetzt* so handeln muß». Críticamente, sobre la solución de este último y su sustento hegeliano, no obstante KÜPER, Wilfried, «Von Kant zu Hegel. Das Letimationsproblem des rechtfertigenden Notstandes und die freiheitsphilosophischen Notrechtslehren», *JZ*, 2005/3, pp. 113 ss. Sobre esta cuestión, en la doctrina italiana, también v. VIGANÒ, Francesco, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 584 ss. En nuestra doctrina, por todos, BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, cit. n. 17, pp. 123 ss., especialmente, pp. 137 s.

(36) En relación con el artículo 54 del Codice Penale, donde se habla «di un danno grave alla persona», v. PALAZZO, F., *Corso di Diritto Penale. Parte generale*, G. Giappichelli, Torino, 2005, p. 385. En la doctrina alemana sobre el «Prinzip der Erfordelichkeit», por ejemplo, v. RUDOLPHI, H.-J., «Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», cit. n. 16, pp. 389 ss. Más recientemente, también v. PAWLIK, Michael, *Der rechtfertigende Notstand*, cit. n. 25, pp. 150 ss., quien entiende, p. 163, que «der Verlust muß so gewichtig sein, da den Betroffenen zu einer nachhaltigen Umstellung seiner Lebensführung nötig». Desde la perspectiva antes expuesta, entiende, p. 160, que «der Umstand, da dem einen ein Rechtsgut verlorenzugehen droht, welches ihm zur Definition und Darstellung seiner individuellen Identität dienlich sein kann, einen anderen prinzipiell nicht dazu zu verbinden, seine Rechtsgüter dem eigenmächtigen Zugriff des ersten aufzuopfern. Die Enge der nichtverallgemeinerungsfähigen Besonderheit überschreitet lediglich das Interesse des Gefährdeten, sozial überhaupt als Individuum wahrnehmbar zu bleiben». En nuestra doctrina, por ejemplo, v. LUZÓN PEÑA, D.-M., *Curso de Derecho penal*, cit. n. 21, p. 623, quien entiende que «el grado de peligro ha de suponer una inseguridad suficiente para mover al hombre medio a actuar».

(37) Cfr., por ejemplo, LUZÓN PEÑA, D.-M., *Curso de Derecho Penal*, cit. n. 21, pp. 624 s.; PAWLIK, M., *Der rechtfertigende Notstand*, cit. n. 25, pp. 112 s.

aspectos (38), Cerezo Mir nos propone una definición en los términos siguientes: «Situación de peligro de un bien jurídico, propio o ajeno, en que aparece como inminente la producción de un mal grave, que es inevitable sin producir la lesión o con una lesión de menor gravedad de los bienes jurídicos de otra persona o sin infringir un deber» (39). Se trata sin duda, de una definición un tanto prolija como para su incorporación a una definición legal. Tampoco parece pensada para ello. En cualquier caso, entre un extremo y otro caben bastantes soluciones. Por ejemplo:

«Artículo 20. Están exentos de responsabilidad criminal:

5.º Estado de necesidad.

El que en situación de peligro actual y grave para un bien jurídico [y si se entiende que dada la particularidad de esta causa de justificación y la importancia de su incidencia sobre los bienes del sujeto afectado por la misma procede su limitación a un número concreto de bienes, se pueden introducir estos de forma similar a lo previsto en la cláusula abierta recogida en el § 34 StGB (40), o como en artículo 54 del Codice Penale, donde se habla de «pericolo attuale di un danno grave alla *persona*» (41)] propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber...».

De esta forma se ofrece una imagen más clara de la situación de conflicto que se desea normar mediante esta causa de justificación y, en definitiva también, de los márgenes de aplicación –o justificación– del denominado estado de necesidad.

Frente al elemento anterior, la valoración de los *principios* que establece el legislador para la *solución* de los supuestos de necesidad se muestra bastante más compleja. Pues el enjuiciamiento de los principios previstos en el número quinto de este artículo 20 se encuentra condicionado por la perspectiva adoptada dentro de un marco doctrinal con importantes divisiones. Se discute incluso, si el

(38) V. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 248 n.11.

(39) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 249.

(40) Cfr. HIRSCH, H. J., *StGB. Leipziger Kommentar*, cit. n. 35, § 34 margs. 26 s.

(41) Cfr. PALAZZO, Francesco, *Corso di Diritto Penale*, cit. n. 36, pp. 384 s. También VIGANÒ, Francesco, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit. n. 35, pp. 588 s., quien explica, sobre su interpretación como «*scusante*», la limitación a los bienes más íntimamente vinculados a la persona física.

estado de necesidad se agota en esta categoría –de la antijuridicidad– o, como entiende la posición mayoritaria, trasciende a la culpabilidad en la resolución de determinados supuestos. Así, por ejemplo, si se comparte esta última comprensión, resulta que la plasmación del principio de ponderación de intereses en la actual definición legal del estado de necesidad es excesivamente amplia (42). «Que el mal cau-

(42) En nuestra doctrina, con amplias referencias bibliográficas, v. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, pp. 196, 268 ss. En la doctrina alemana, por ejemplo, v. HIRSCH, H. J., *StGB. Leipziger Kommentar*, cit. n. 35, § 34 margs. 1 ss., quien señala, no obstante, los peligros de su interpretación extensiva, cfr. marg. 4. Más recientemente, también LENCKNER, T./PERRON, W., en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit. n. 35, § 34, marg. 22. Sobre los principios de ponderación de bienes y autoprotección ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, cit. n. 14, p. 58. Sobre el principio de «Güter oder Interessenabwägung» y «Verantwortungsprinzip», RUDOLPHI, H.-J., «Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», cit. n. 16, pp. 395 s. Críticamente, señalando el déficit de fundamento normativo, en especial, desde la perspectiva del sujeto perjudicado por la acción justificada KÜHL, K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit. n. 35, pp. 254 s. margs. 8-10, quien pretende superar tal déficit a través del principio de solidaridad; también PAWLIK, M., *Der rechtfertigende Notstand*, cit. n. 25, pp. 32 ss., pp. 45 ss., pp. 131 ss., quien arguye, con razón, *op. cit.*, p. 9, que «der Umstand als solcher, daß jemand sich in einer Notlage befindet, gibt ihm keine Berechtigung dazu, zur Abwendung der Not in den Rechtskreis eines unbeteiligten anderen einzugreifen». Esta última objeción es también extensible al planteamiento de la cuestión por parte de VIGANÒ, Francesco, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit. n. 35, pp. 32-5 ss., quien, no obstante, pp. 468 ss., y especialmente, pp. 551 ss., ante las consecuencias problemáticas e incertidumbre que genera su comprensión como causa de justificación, propone su desarrollo como «*scusante*» y atenuar así su déficit de seguridad. Advierte este extremo, sin embargo, PALAZZO, F., *Corso di Diritto Penale*, cit. n. 36, pp. 381 s. Y es que, como recuerda PAWLIK, M., *Der rechtfertigende Notstand*, cit. n. 25, p. 43, «die Rechtsordnung soll nicht einen Bestand an Gütern maximieren, sie soll vielmehr Freiheitsrechte garantieren; sie ist eine Gerechtigkeit- und keine Versicherungsordnung». Frente a las anteriores construcciones, Pawlik, desde su comprensión del estado de necesidad a través de los deberes cuasi-institucionales, ubica la ponderación de intereses en un último momento, v. pp. 268 ss., esto es, una vez que ha definido el fundamento y los presupuestos de la acción justificada. En cuanto a su objeto, entiende, p. 276, frente a la simplificada concepción mayoritaria, que en la ponderación «nur rechtsgutsbezogene Gesichtspunkte einbezogen werden dürfen, [mientras que] die... zuständigkeitsbezogenen Faktoren beeinflussen ausschließlich die Formulierung der einschlägigen Eingriffsnorm als solche». Señalando los problemas que plantea el déficit de fundamento en la ponderación, *op. cit.*, pp. 125 s., 136 ss. Recientemente, también, señalando sus excesos utilitaristas y colectivistas, v. KÜPER, W., «Von Kant zu Hegel. Das Letimationsproblem des rechtfertigenden Notstandes und die freiheitsphilosophischen Notrechtslehren», cit. n. 35, pp. 106 ss.; RATH, J., *Das subjektive Rechtfertigungselement*, Springer, Berlin, 2002, p. 627, señalando, en esta línea, que «solche Vorgehensweise verstößt unmittelbar gegen den nicht selbstwiderspruchlos bestreitbaren absoluten Sein-simperativ». En nuestra doctrina, críticamente también BALDÓ LAVILLA, F., *Estado*

sado no sea mayor que el que se trate de evitar», se recoge como primer requisito. Esta fórmula comprende tanto una situación de conflicto de intereses iguales como desiguales, o en otros términos, tanto las situaciones solucionadas a través de la causa de justificación como las que la doctrina mayoritaria propone resolver más adelante, en sede de culpabilidad (43). Si la licitud de la conducta se asienta en el superior valor de los bienes protegidos, tal y como mantiene esta parte de la doctrina, puede parecer más adecuado introducir de forma expresa una cláusula como la prevista en el requisito primero del número 7 del artículo octavo del Código Penal del 1932, esto es: «Que el mal causado sea menor que el que se trate de evitar». E, incluso, si se entiende que no basta con que la ponderación de males resulte simplemente positiva frente al mal evitado, sino que debe resultar –cuando menos– considerable o esencialmente positiva (44), podría acentuarse y precisarse la definición mediante la

de necesidad y legítima defensa, cit. n. 17, pp. 20 ss., 37, 43 ss., 69 ss.; BERNAL DEL CASTILLO, J., «Algunas reflexiones sobre el principio de ponderación de intereses en el estado de necesidad», en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS (coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 88; CUERDA RIEZU, A., *La colisión de deberes en derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 267 ss., quien considerando la perspectiva del sujeto agente y afectado, asienta el estado de necesidad en los principios de salvaguarda de bienes jurídicos y solidaridad, cuya operatividad en la solución del supuesto concreto viene condicionada por la importancia de los intereses en conflicto, concretándose bien en el interés preponderante, bien en la libertad de elección del obligado; SUÁREZ MONTES, R. F., «Reflexiones en torno al injusto penal», en LUZÓN PEÑA y MIR PUIG (coords.), *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 208 s., atendiendo a los principios de ponderación de intereses y solidaridad. Sobre diferentes intentos de fundamentar esta idea en la Filosofía jurídica, v. KÜHL, K., «Freiheit und Solidarität bei den Notrechten», en *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1999, pp. 289 ss., señalando, pp. 275 s., el necesario enriquecimiento y desarrollo de los deberes morales para su sustento jurídico, y entiende, en este sentido, p. 276, que «eine wichtige Zusatz-Anforderung ist das wesentliche Überwiegen des in Not geratenen Erhaltungsguts gegenüber dem in Anspruch genommenen Eingriffsgut des Unbeteiligten».

(43) Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, pp. 253 ss. Más recientemente, por ejemplo, v. BERNAL DEL CASTILLO, J., «Algunas reflexiones sobre el principio de ponderación de intereses en el estado de necesidad», cit. n. 42, pp. 82, 83 y 86, por ejemplo; QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F./PRATS CANUT, J. M., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 34, pp. 523 ss. En sentido crítico, no obstante v. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 2, p. 451 ss. margs. 22 ss.

(44) Así, por ejemplo, v. PAWLIK, M., *Der rechtfertigende Notstand*, cit. n. 25, pp. 270, 274 s. En nuestra doctrina, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 2, p. 452 marg. 26 y 453 marg. 31, por ejemplo. También, proponiendo una modu-

adición de atributos que se estimen pertinentes tal y como ha hecho el legislador germano en el citado § 34 del Código Penal, donde prevé que el interés tutelado prevalezca «esencialmente sobre el lesionado» («..., *das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt*») (45).

Sin embargo, todas estas soluciones colisionan con la comprensión que hace Gimbernat Ordeig, y con él un importante y cualificado sector de nuestra doctrina, tendente a resolver el estado de necesidad en todo caso como causa de justificación, esto es, también en los supuestos de una situación de conflicto entre intereses equivalentes (46). Desde esta segunda perspectiva, la actual plasmación del

lación del baremo en función del grado de incumbencia, v. BALDÓ LAVILLA, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa*, cit. n. 17, pp. 21-24, 69, 92 s., 110, 166 ss., y en relación con los conflictos en los que se afectan intereses supraindividuales, pp. 101 ss., donde la simplificación de las ideas rectoras permite operar con la «mera preponderancia». En un sentido distinto, atendiendo a la idoneidad o adecuación de la conducta realizada, MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte general*, cit. n. 21, p. 331.

(45) Cfr. HIRSCH, H. J., *StGB. Leipziger Kommentar*, cit. n. 35, § 34 marg. 76, quien señala, con razón, que «eine nur geringe Wertdifferenz kann die Beeinträchtigung des durch die verletzte Norm rechtlich geschützten fremden Interesses nicht ausgleichen». Desde la perspectiva del principio de solidaridad KÜHL, K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit. n. 35, p. 288 marg. 97. También LENCKNER, T./PERRON, W. en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit. n. 35, § 34, marg. 45, quien atribuye a este elemento una «Klarstellungsfunktion». Críticamente, sin embargo, también v. GÜNTHER, H.-L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschlu*, cit. n. 8, pp. 307-9, 327 ss., 334 s., 338 y 360, por ejemplo, señalando el descuido de las razones de merecimiento de pena frente a la excesiva atención hacia los deberes de tolerancia «*Duldungspflichten*».

(46) Así, v. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Introducción a la parte general del Derecho Penal español*, cit. n. 23, pp. 61-3, quien, según se adelantó en n. 23, ubica en la antijuridicidad lo que puede y no quiere inhibir mediante pena, agotando en la misma las diferentes situaciones de necesidad. Ampliamente, v. el mismo: «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad», en *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 224 ss.; el mismo: «Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im spanischen Strafrecht», en ESER, A. y PERRON, W. (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung III*, Friburgo de Brisgovia, 1991, pp. 74 ss. Respondiendo a las críticas de Küper, el mismo: Prólogo a CUERDA RIEZU, Antonio, *La colisión de deberes en derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 14 ss. En esta línea, también CUERDA RIEZU, Antonio, *La colisión de deberes en derecho penal*, cit. n. 42, pp. 242 ss., con más referencias en n. 9, y en relación con la colisión de deberes pp. 280 ss., y, en definitiva pp. 317 s.; LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal*, cit. n. 21, pp. 576 y 621; el mismo: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit. n. 16, pp. 589 s. n. 5; ROPERO CARRASCO, J., *La provocación del estado de necesidad en Derecho Penal*, Comares, Granada, 2002, pp. 8, 12 ss., 16 ss., y en especial, pp. 68 ss., 260 ss. Con matices MUÑOZ CONDE, F., «Rechtsvergleichende Gesamtbetrachtung», en ESER y PERRON

principio de ponderación de intereses que se recoge en el requisito primero del número quinto del artículo 20 del Código Penal merece una ponderación más positiva. Pues abarca todo el ámbito problemático posible de justificación a través del estado de necesidad, tanto los supuestos de preponderancia del interés tutelado – valoración positiva– como los supuestos de equivalencia –o ausencia de valoración o desvaloración, según entienden estos autores– (47).

Las propuestas de *lege ferenda* que se plantean desde el sector mayoritario de regular por separado el estado de necesidad como causa de justificación y como causa de inculpabilidad, para una mejor solución –según esta comprensión– de determinados supuestos problemáticos (48), deben, por tanto, contextualizarse. En este sentido, se advierte que un legislador que diferencia entre un estado de necesidad exculpante y justificante desconoce sus competencias. Según Gimbernat, el legislador debe limitarse a regular hechos, y no puede pretender decidir cuestiones de cierto grado de abstracción como es el caso de la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad (49). Sin embargo, en este punto coinciden buena parte de los autores.

(Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung III*, Friburgo de Brisgovia, 1991, pp. 376 s. Más abiertamente, MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 21, p. 329. En un sentido próximo también, v. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 2, pp. 451 ss. margs. 22 ss., quien propone reconducir los supuestos de estado de necesidad exculpante, bien a través de la eximente de miedo insuperable, bien a través de una eximente analógica; siguiendo a su maestro, SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, «Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español», cit. n. 34, p. 664. En la doctrina alemana, crítico con las tesis diferenciadoras, recientemente v. KÜPER, W., «Von Kant zu Hegel. Das Letimationsproblem des rechtfertigenden Notstandes und die freiheitsphilosophischen Notrechtslehren», cit. n. 35, pp. 107 s. Sobre ello también v. las reflexiones de GÜNTHER, H.-L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluß*, cit. n. 8, pp. 326 ss. En la doctrina italiana VIGANÒ, F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit. n. 35, pp. 468 ss., y especialmente, pp. 551 ss. Más recientemente también v. PALAZZO, F., *Corso di Diritto Penale*, cit. n. 36, pp. 381 s.

(47) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad», cit. n. 46, pp. 229 s. Más recientemente LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit. n. 16, pp. 597 s., matizando las diferencias entre desvalor e injusto en relación con el resultado.

(48) Así, v. CERZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 274.

(49) GIMBERNAT ORDEIG, E., «Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im spanischen Strafrecht», cit. n. 46, p. 74, según GIMBERNAT el legislador no puede pretender en cuestiones como esta «der Weisheit letzten Schluß aussprechen zu dürfen».

Desde la posición mayoritaria, también Cerezo entiende que desde el punto de vista de la técnica legislativa es correcto no determinar la naturaleza jurídica del instituto, pues condiciona la vigencia del precepto y el ulterior desarrollo de la dogmática (50).

En principio, la introducción en nuestro Código de dos cláusulas diferenciadas de estado de necesidad, en función de la situación de desequilibrio o equivalencia de los intereses en conflicto parece viable. A ello ayudaría el diferente tratamiento que proponen quienes rechazan la tesis mayoritaria en los supuestos de equivalencia de intereses: estado de necesidad *versus* estado de necesidad (51). Sin embargo, más allá de este primer criterio de ponderación, la elección de los restantes componentes para configurar sin sectarismos una regulación diferenciada de esta circunstancia plantea importantes dificultades. Porque para la doctrina mayoritaria se trata de una cuestión de fundamento, básicamente: ponderación de intereses frente a inexigibilidad –en los supuestos de equivalencia de intereses–. Por ello, criterios como la ausencia de provocación o la obligación de sacrificio que desempeñarían un papel orientador en la solución de los supuestos de estado de necesidad como causa de inculpabilidad pero no como causa de justificación (52), podrían condicionar en sede de ley su naturaleza en uno u otro sentido.

Finalmente, tampoco las magnitudes escogidas para expresar la ponderación de este primer principio escapan a la polémica. Los términos empleados por el legislador germano, intereses en lugar de males, parece responder en mejor medida a la realidad y fundamento que subyace a esta cláusula. Así, se ha señalado recientemente que «el concepto de interés es más amplio que el concepto de mal, porque se formula de un modo positivo y permite apreciar dentro de los extremos en conflicto los mismos factores que se comprenden dentro del concepto de mal, e introducir además nue-

(50) CEREZO MIR, J., «Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus spanischer Sicht», cit. n. 21, p. 18.

(51) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad», cit. n. 46, p. 230.

(52) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, pp. 286-9, señalando en relación con este último, que «únicamente debería hacerse referencia a este requisito en el estado de necesidad como causa de inculpabilidad, de modo que quedara excluida la aplicación de la eximente cuando, por la existencia de un deber de sacrificio, le fuera exigible al sujeto la obediencia al Derecho». Críticamente, señalando la ruptura de la unidad del precepto que provocan las comprensiones diferenciadores CUERDA RIEZU, A., *La colisión de deberes en Derecho penal*, cit. n. 42, p. 245.

vas valoraciones y perspectivas que mejoran y completan el juicio de ponderación ulterior, datos que reciben una valoración óptima dentro del concepto de interés» (53). Con otras palabras: «Que los intereses protegidos no superen los lesionados». E incluso se propone concretar, ya en sede de ley, algunos términos de la ponderación: «En la valoración deberán tenerse en cuenta todos los intereses y obligaciones jurídicamente reconocidos, directos e indirectos, generales y particulares, ponderándolos según su respectivo valor jurídico y el peligro que los amenace» (54). Ciertamente, esta terminología coincide en mayor medida con las magnitudes adoptadas por la opinión mayoritaria para expresar el fundamento. Sin embargo, en esta cuestión debe tenerse también presente la postura de quienes señalan el significado lesivo –esto es, la condición de mal– de la actuación en estado de necesidad para admitir dos estados de necesidad enfrentados (55). Aunque ambas magnitudes, frente al concepto de bien jurídico, ayudan a reflejar el marco más amplio que debe abarcar la valoración (56).

Más allá de la polémica suscitada por la concreta ubicación del estado de necesidad en uno o –también– otro lugar de la teoría jurídica del delito, lo cierto es que el legislador en el requisito primero de la definición legal de esta figura nos ofrece un principio de relativa claridad para solucionar estas situaciones de conflicto: hay que atender a la importancia de los intereses en juego (bienes jurídicos afecta-

(53) BERNAL DEL CASTILLO, J., «Algunas reflexiones sobre el principio de ponderación de intereses en el estado de necesidad», cit. n. 42, p. 92, no obstante v. las diferentes posiciones que recoge este penalista en pp. 92 ss.

(54) MOLINA FERNÁNDEZ, F., «El estado de necesidad como ley general», cit. n. 21, p. 229 n. 58, quien no obstante sigue hablando de causar o no evitar «un mal que, atendiendo a todos sus efectos directos o indirectos, resulta menor que el que se trataba de evitar».

(55) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad», cit. n. 46, p. 230. En el mismo sentido, v. CUERDA RIEZU, Antonio, *La colisión de deberes en Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 298 s. Más recientemente LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit. n. 16, pp. 95 ss. Sobre la trascendencia de las magnitudes –males, intereses, etc.– elegidas para realizar la ponderación, también v. las reflexiones de ROPERO CARRASCO, J., *La provocación del estado de necesidad en Derecho Penal*, cit. n. 46, pp. 204 ss., 303 ss., 479 ss., especialmente, 485 s.

(56) Así, por ejemplo, en referencia a la actual regulación, señala CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 243, que «no se comparan o ponderan bienes jurídicos, sino dos males», considerando por tanto otros aspectos como la gravedad de la lesión, reparabilidad, grado de peligro etc. En la doctrina alemana, ampliamente v. KÜHL, K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit. n. 34, pp. 290 ss. margs. 102 ss. También LENCKNER/PERRON en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit. n. 35, § 34, margs. 23 ss.

dos, grado de peligro o importancia lesiva de los cursos causales posibles, entre otros aspectos). Sobre ello –aunque no sólo– se debe valorar si la conducta del actor que, por ejemplo, sustrae el vehículo al vecino para llevar al hospital a su esposa se encuentra o no justificada. Si los intereses objeto de tutela (estado de salud de la mujer, importancia de la dolencia, etc.) prevalecen frente a la agresión de la esfera jurídica de este último y, en principio, podría justificarse la conducta o, por el contrario falta ya este primer presupuesto de justificación.

Frente a ello, en los requisitos siguientes el legislador se ha limitado a introducir matizaciones, según se viene señalando reiteradamente desde determinados sectores, innecesarias –e incluso, por la forma adoptada, contraproducentes– al principio de ponderación de intereses (ausencia de obligación de sacrificio) y una respuesta a un problema particular (los supuestos de provocación intencionada) ajenos, según entiende una importante doctrina, al fundamento y *ratio* de la misma. Pero vayamos por partes, porque, ante todo, en la definición del estado de necesidad se echa de menos la referencia expresa a un segundo criterio de valoración complementario o –como estimo más conveniente, para no quebrar la estructura unitaria del precepto– de matización de la ponderación de intereses, para la solución de estos supuestos.

En este sentido, se viene señalando reiteradamente desde la doctrina la importancia de asegurar unos márgenes de observancia y respeto al significado de la dignidad de la persona humana en la configuración de los deberes de tolerancia, para evitar así que se diluya o difumine su valor en el marco más amplio de la ponderación de intereses. Se argumenta, con razón, que no cabe «considerar como un simple interés más, a incluir en la ponderación, el respeto a la dignidad de la persona humana, dada su significación constitucional, como fundamento del orden político y la paz social (art. 10 de la Constitución) y al tratarse de un principio material de justicia, de validez *a priori*, que representa un límite inmanente del Derecho positivo» (57). Por ello, se muestra conveniente incorporar de forma

(57) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 270. Anteriormente también v. el mismo: «Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus spanischer Sicht», cit. n. 21, p. 11. Siguiendo al anterior QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F./PRATS CANUT, J. M., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 34, pp. 528 s. Recientemente, también v. BERNAL DEL CASTILLO, J., «Algunas reflexiones sobre el principio de ponderación de intereses en el estado de necesidad», cit. n. 42, pp. 95 s. Con matices KÜHL, K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit. n. 35, pp. 315 s. marg. 171. Críticamente, sobre los

expresa a la definición legal del estado de necesidad un segundo requisito con términos similares a los siguientes: «Segundo. Que no se infrinja esencialmente el respeto debido a la dignidad de la persona». De esta forma, se atiende a los aspectos señalados por Cerezo, y se precisa en mayor medida el marco en el que acontece la ponderación.

En cuanto a la ubicación de este límite en un segundo lugar de la definición legal, pese a su señalada significación jurídica en nuestro marco constitucional. Se trata de dotar a la causa de justificación, ya en sede de ley, de una estructura lo más unitaria posible. Esto es, de ubicar este segundo parámetro dentro de la perspectiva más amplia y unitaria que permite el principio de ponderación de intereses, pero, como ha propuesto recientemente Molina Fernández, dejando claro al mismo tiempo que «la dignidad es un elemento a ponderar aunque con un peso tan decisivo que ciertos atentados especialmente graves no pueden en ningún caso estar justificados» (58). De esta forma, la

intentos de matización de estas teorías, PAWLIK, M., *Der rechtfertigende Notstand*, cit. n. 25, pp. 53 ss., y, posteriormente también, v. pp. 245 ss., señalando, p. 54, las dificultades que este proceder plantea «zu einer einheitlichen Theorie des rechtfertigenden Notstands zusammenzuführen». En sentido contrario, sin embargo, ubicando este valor con su significado en el marco de la ponderación de intereses, desde nuestra doctrina v. MOLINA FERNÁNDEZ, F., «El estado de necesidad como ley general», cit. n. 21, pp. 214-8, 239 ss.

(58) MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, «El estado de necesidad como ley general», cit. n. 21, p. 217, quien no obstante, y pese a lo que insiste en este punto, pp. 214-8, 239, 241 s., no hace mención expresa al valor de la dignidad en su propuesta de *lege ferenda*, cfr. pp. 228 s. n. 58. Así también QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F./PRATS CANUT, J. M., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 34, p. 528, sitúan a este principio «en el seno interno de la ponderación de intereses, como uno de los «criterios-vértice» alumbradores del mismo, dadas las funciones reguladoras que le son propias como principio general de rango constitucional». En sentido contrario, sin embargo, entiende CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 270, que su invocación «en el marco de la ponderación de intereses privaría a esta de límites y contornos precisos, al introducir en la misma un juicio de valor de naturaleza esencialmente diferente». Frente a ello mantiene MOLINA FERNÁNDEZ, F., «El estado de necesidad como ley general», cit. n. 21, pp. 215 s., que «no hay ninguna razón para excluir a la dignidad de la persona de la ponderación, por más que se trate de un bien especialmente importante. Es más, precisamente porque en su núcleo esencial es tan importante, puede otorgársele una protección absoluta de manera que nunca esté justificada una acción lesiva de la dignidad de un cierto nivel por muchos intereses que entren en conflicto».

El principal déficit de la construcción que ofrece Molina Fernández, como en las restantes que se asientan en tal principio, consiste en la escasa atención que presta a la posición jurídica del actor sujeto por el deber de tolerancia. En la construcción de Molina parece ser evidente que el Estado puede ponderar y decidir sobre los bienes de los ciudadanos. Sin embargo, ¿quién es el Estado para administrar sus bienes? La respuesta es obvia: nadie. Luego, ¿Por qué puede decidir si mi dignidad, integridad

introducción del segundo principio de ponderación no sólo no afecta a la coherencia interna de la definición legal del estado de necesidad, sino que se estructura como un segundo escalón que perfila en mayor medida el anterior criterio. Mediante ambos componentes, ponderación de intereses observando unos márgenes intangibles de respeto al derecho a la dignidad, se conserva un marco unitario de enjuiciamiento –en principio, sin perjuicio de la procedencia de ulteriores matizaciones– satisfactorio para la solución del estado de necesidad. Sin embargo, en lugar de esto, la definición legal incorpora dos requisitos, la no provocación intencionada del estado de necesidad y la ausencia de obligación de sacrificio, de difícil comprensión no tanto por su contenido como por el modo –como requisitos independientes, en lugar de matizaciones del escalón o escalones valorativos precedentes– en que se ha concretado su incorporación. Ambos elementos han merecido con razón, la crítica de la doctrina.

En relación con el primero: «Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto», aunque se señala su posible operatividad en una definición legal del estado de necesidad como causa de inculpabilidad de forma similar a los previsto en el § 35 del Código Penal alemán (59), perturba sin duda

física, patrimonio o intimidad valen más, menos o igual que las de un tercero en una situación de peligro que me es extraña? Aquí no basta con señalar, *op. cit.*, p. 221, que «la ponderación se hace conforme a las valoraciones del Derecho». La ubicación en el segundo nivel de justificación del principio de autonomía individual, tal y como propone este penalista (*op. cit.*, p. 230), no convence, si en algún momento previo no se ha señalado el sustento normativo que sostiene –también frente al perjudicado– tal ponderación.

(59) Según CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 286, de *lege ferenda* «debería mantenerse... este requisito en el estado de necesidad como causa de inculpabilidad, sustituyendo la palabra «intencionadamente» por la de «culpablemente»..., pero no debería incluirse en el estado de necesidad como causa de justificación. La provocación de la situación de necesidad, por parte del sujeto, podría ser tenida en cuenta en la ponderación de intereses y a pesar de la provocación –incluso intencional– el interés o los intereses salvaguardados podrían ser de superior valor a los lesionados y no implicar la conducta un grave atentado a la dignidad de la persona humana. En el estado de necesidad como causa de inculpabilidad si el sujeto provocó culpablemente la situación de necesidad le era exigible la obediencia al Derecho y no podría verse amparado en la eximente». En un sentido distinto SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, «Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español», cit. n. 34, pp. 683 s., para quien este elemento integra una «cláusula de adecuación objetiva de la conducta a Derecho», operando «de modo subsidiario a la ponderación de males. Así pues, sólo una vez determinado que el mal causado no es mayor que el que se trataba de evitar debe pasarse a examinar si la situación de necesidad ha sido provocada intencionadamente». Sobre su función en el § 35 StGB, v. ROXIN, C., *Política criminal y estructura del delito*, cit. n. 16, p. 59. Sobre sus orígenes, contexto histó-

como componente de una definición que comprende también la causa de justificación (60). Con carácter general, se entiende que la existencia de una situación de necesidad y de una provocación previa son

rico y doctrinal en el momento de sus introducción y sucesivas modificaciones, ampliamente, v. ROPERO CARRASCO, J., *La provocación del estado de necesidad en Derecho Penal*, cit. n. 46, pp. 30 ss., señalando la importancia en su adopción de diversas razones –casuísticas, influencias extranjeras, etc.– todas ajenas a su fundamento pp. 37 ss., 99 ss.

(60) Ampliamente, sobre distintos intentos de fundamento, v. ROPERO CARRASCO, J., *La provocación del estado de necesidad en Derecho Penal*, cit. n. 46, pp. 46 ss. Esta autora señala su incongruencia tanto desde la perspectiva de la ponderación de intereses como de la perspectiva, algo más matizada que defiende, v. pp. 59, 81, 95 ss., 177 s., 203 ss., 305, 393, 457 y 486, por ejemplo; e insiste en su supresión, v. pp. 218, 230, 393, 422, 473, 553, 586. ROPERO CARRASCO, *op. cit.*, pp. 57, 80, 98, 176, 265, 315 y 488, encuentra el fundamento en el principio de protección de bienes jurídicos buscando el menor perjuicio posible el cual debe ser matizado en atención a los principios de proporcionalidad, subsidiariedad, autonomía del ciudadano en la defensa de sus bienes y el criterio de la ponderación de intereses. Desde tal perspectiva entiende que el problema de la provocación no es un problema de causas de justificación, sino de imputación del resultado conforme a sus requisitos ordinarios o, en su caso, de imputación expresa como comportamiento peligroso (cfr. pp. 395 ss., 505 ss., 555 ss. Así ya también GIMBERNAT ORDEIG, E., «Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im spanischen Strafrecht», cit. n. 46, p. 78), si bien, dada su introducción en la definición legal, propone de *lege lata* una reducción teleológica que limita el alcance de esta cláusula a aquellos comportamientos que hayan buscado, de propósito, el estado de necesidad en sí mismo y las consecuencias que de él se derivan (cfr. pp. 145 ss., 173 ss., 220 ss.). Sólo en estos casos quedaría excluida la apreciación del estado de necesidad.

La postura de Roper Carrasco se encuadra, no obstante en un planteamiento más amplio cuya debilidad principal proviene del excesivo descuido de la posición jurídica del perjudicado. Desde el momento en que se advierte que los bienes e intereses afectados son titularidad del mismo, no basta con afirmar, *op. cit.*, pp. 407 s., que «en el caso del estado de necesidad la conducta necesaria es tolerada por el ordenamiento, ya que éste debe ceder ante la realidad que en ocasiones demuestra que determinados intereses sólo pueden ser salvados a costa de otros», dando la impresión de que, en su comprensión, «die einzelnen Personen tauchen blo noch als Orte des Nutzens, als beliebig austauschbare Vertreter eines “Befriedigungssystemes”, als Instrumente unpersönlicher Wertmaximierung auf», en palabras de PAWLIK, Michael, *Der rechtfertigende Notstand*, cit. n. 25, pp. 42 s. En la doctrina italiana v. PALAZZO, Francesco, *Corso di Diritto Penale*, cit. n. 36, p. 381. En cuanto al particular concepto de desvalor de resultado que se infiere de su trabajo (cfr. ROPERO CARRASCO, Julia, *La provocación del estado de necesidad en Derecho Penal*, cit. n. 46, pp. 407 ss.), tampoco puede ser compartido. En nuestra discusión, el desvalor de resultado es desvalor jurídico-penal, por tanto realización de la infracción de una norma jurídico-penal. En consecuencia no convence el método para su determinación ni su anteposición al problema de la valoración de la conducta (v. pp. 412 ss.). En sentido contrario, no obstante, también v. LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit. n. 16, pp. 95 ss., y 597 s.

cuestiones independientes: la primera opera en función de si la concreta situación responde o no a su fundamento –según la doctrina mayoritaria, ponderación de intereses con las matizaciones señaladas–, mientras que la segunda plantea un problema general de imputación. En este sentido, señala Ropero Carrasco que no se entiende «cómo la provocación, que es una conducta diferente y previa a la situación de colisión, repercute en el valor de los intereses implicados en este estado, ya que ni puede influir, en mi opinión, en la cualidad de los bienes o deberes en conflicto, ni tampoco en la entidad del mal evitado o causado» (61).

Ciertamente, si se atiende al grado de incumbencia de los actores en relación con la situación de necesidad –dentro un esquema estructurado sobre las ideas de autonomía individual y solidaridad intersubjetiva– y se encuadra dentro del amplio marco que ofrece la ponderación de intereses (62), la cosa cambia. Ahora bien, incluso partiendo de estas posiciones, la relevancia a la posible provocación intencionada –en cuanto fuente de incumbencias– dentro de la definición legal debe expresarse en otros términos. La solución que recoge Molina Fernández en la regla cuarta de su propuesta de *lege ferenda*, aunque se aproxima en mayor medida, no convence: «El cumplimiento de los requisitos anteriores no eximirá de responsabilidad a quien haya provocado dolosa o imprudentemente la situación de peligro» (63). Porque mezcla los conceptos. Una cuestión

(61) ROPERO CARRASCO, J., *La provocación del estado de necesidad en Derecho Penal*, cit. n. 46, p. 177. En este sentido, también entiende GIL GIL, A., *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, Comares, Granada, 2002, p. 68 s. n. 166; la misma: «Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto», *RDPC*, 2005/15, p. 140 n. 130, que este requisito ni responde al fundamento de la causa de justificación ni puede «tampoco legitimarse convenientemente desde exigencias político criminales, sino que más bien... [ha sido introducido] en la causa de justificación por su regulación conjunta con la de inculpabilidad dónde sí puede jugar un papel». En la doctrina italiana v. PALAZZO, F., *Corso di Diritto Penale*, cit. n. 36, p. 387, quien señala, con razón, que este «intento legislativo di limitazione dell'area applicativa della norma... sembra essere un po' estraneo alla sua *ratio* intesa nel senso oggettivo». En sentido contrario, sin embargo, desde la perspectiva del principio de solidaridad entiende KÜHL, K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit. n. 35, p. 254 marg. 9 y p. 205 marg. 142 s., que la provocación por parte del actor incide en «*seinen Anspruch auf fremde Solidarität in Form von Duldungspflichten*».

(62) En un sentido próximo al planteamiento de BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, cit. n. 17, *passim*.

(63) MOLINA FERNÁNDEZ, F., «El estado de necesidad como ley general», cit. n. 21, pp. 228 s. n. 58. En sentido contrario, v. ROPERO CARRASCO, J., *La provocación del estado de necesidad en Derecho Penal*, cit. n. 46, *passim*. Anteriormente también GIMBERNAT ORDEIG, E., «Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus

es la conducta justificada, se tenga o no en consideración el grado de incumbencia del agente en la ponderación de intereses, y otra cuestión, si es posible derivar responsabilidad jurídico-penal de la conducta previamente realizada. El problema de la provocación si se introduce, debiera hacerse, simplemente, señalándolo como un aspecto más dentro de la ponderación de intereses. Con otras palabras, dentro de la regla tercera de la propuesta de *lege ferenda* que realiza Molina Fernández, donde se hace referencia a «todos los intereses y obligaciones jurídicamente reconocidos, directos e indirectos, generales y particulares» que deben tenerse presente en la ponderación (64).

En cuanto al último componente: «que el necesitado no tenga por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse», según entiende una importante doctrina este requisito no puede entenderse como un principio o criterio de valoración independiente. Así, se señala, con razón, que «la existencia de un deber de sacrificio por parte del necesitado podría ser tenida en cuenta en la ponderación de intereses y a pesar de la existencia de dicho deber, en ocasiones, el interés o intereses salvaguardados podrían ser de superior valor a los lesionados y no implicar un grave atentado a la dignidad de la persona humana» (65). Luego, parece que —e insisto— si se introduce debe hacerse en términos similares al requisito anterior, esto es, en cuanto aspecto a tener en cuenta específicamente dentro de la ponderación intereses. Dicho con un ejemplo, «los intereses particulares jurídicamente reconocidos y las obligaciones que impongan deberes de sacrificio superiores, beneficiarán o perjudicarán respectivamente sólo a aquéllos en quie-

besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im spanischen Strafrecht», cit. n. 46, p. 78.

(64) *Ibidem*.

(65) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, pp. 288 s. Con matices, también MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 21, p. 333, señalando, con razón, que en ningún caso cabe «exigir a nadie un comportamiento heroico o virtuoso»; QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F./PRATS CANUT, J. M., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 34, p. 533. En la doctrina italiana, señalando la necesidad de «una particolare cautela applicativa del limite stesso in tutti i casi di forte sproporzione tra il pericolo corso e il danno inferto a terzi», PALAZZO, F., *Corso di Diritto Penale*, cit. n. 36, pp. 389 s. En la doctrina alemana, por ejemplo, v. KÜHL, K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit. n. 35, p. 307 marg. 148. No obstante, sobre ello, también v. BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, cit. n. 17, pp. 252 s. Más recientemente PAWLIK, M., *Der rechtfertigende Notstand*, cit. n. 25, pp. 215 ss.

nes concurren» (66). De esta otra forma se evita la quiebra del principio de ponderación de intereses advertida por la doctrina (67).

Como se habrá apreciado, buena parte de las objeciones apuntadas no se deben tanto a los concretos elementos introducidos en la definición legal como a la forma en que se ha hecho. Tampoco permite mucho más el discurso de *lege lata*. El proceder de nuestro legislador, más que a una reflexión sobre los principios que deben inspirar la resolución del estado de necesidad, parece responder a una orientación casuística, a la preocupación de que quien provoque una situación de conflicto de estas características pueda esgrimir sin más la causa de justificación en un momento posterior, o que quienes ocupan posiciones jurídicas especiales crean rebajados el rigor de las mismas en las situaciones de riesgos a las que éstas responden. Sin embargo, la introducción de este tipo de excepciones puede quebrar la estructura del instituto. Toda excepción o apunte casuístico, si no se reconduce al principio o principios que rigen la estructura de cualquiera de las causas de justificación, en tanto que responden a un problema particular o, en el mejor de los casos, grupo de problemas particulares, desdibujan y entorpecen su desarrollo doctrinal y jurisprudencial. Por ello es preciso su encuadre y valoración desde la perspectiva –más general– que ofrecen los principios estructurales de la eximente (68). Si se entiende que una determinada clase de conflictos debe resolverse en sede de antijuridicidad a través de la ponderación de intereses y el derecho a la dignidad, no por ello tiene que agotarse la definición legal en su enunciación. Dado el grado de abstracción, puede parecer conveniente la introducción de matizaciones como las señaladas. Sin embargo, una incorporación asistemática resta flexibilidad, justamente, en una categoría de la teoría jurídica del delito que, dada su orientación político-criminal, es la que más precisa de cintura (69).

(66) Tal y como establece el tercer principio de la propuesta que nos hace MOLINA FERNÁNDEZ, F., «El estado de necesidad como ley general», cit. n. 21, p. 229, n. 58, si bien surgen dudas sobre si obvió u optó por no conceder relevancia a su conocimiento a estos efectos.

(67) Así ya GIMBERNAT ORDEIG, E., *Introducción a la parte general del Derecho Penal español*, cit. n. 23, p. 65

(68) Así por ejemplo, en relación con la posición del sujeto activo, también v. PAWLIK, M., *Der rechtfertigende Notstand*, cit. n. 25, pp. 198 ss.

(69) Señala este aspecto MOLINA FERNÁNDEZ, F., «El estado de necesidad como ley general», cit. n. 21, p. 223. Anteriormente también, v. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito*, cit. n. 16, pp. 279 s. En la doctrina alemana GÜNTHER, H.-L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschlu*, cit. n. 8, p. 294.

La comprensión de la antijuridicidad como una categoría que, más allá de las funciones antes comentadas relativas al examen de justificación, asume igualmente funciones de graduación de lo injusto (70), explica la inclusión en ella de una serie de institutos heterogéneos reductibles —a su vez— a fundamentos de carácter, incluso, antagónico. En concreto, se tiende a ubicar aquí los restantes elementos referentes a lo injusto ulteriores a los que fundamentan lo específico de cada concreta figura delictiva, con otras palabras, tanto las circunstancias atenuantes como las agravantes —insisto, no abarcadas por la tipicidad y— relevantes en este plano (71). Frente a las causas

(70) Ampliamente, ya ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito*, cit. n. 6, pp. 436, 438, 441 s., por ejemplo. Más recientemente, también BOLDOVA PASAMAR, M. Á., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 36 ss.; Díez RIPOLLÉS, J. L., «La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal», cit. n. 16, p. 139; PÉREZ ALONSO, E. J., *Teoría general de las circunstancias*, cit. n. 26, pp. 98, 122 s.; aludiendo junto a razones de proporcionalidad y certeza SALINERO ALONSO, C., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, Comares, Granada, 2000, pp. 4, 6 y, con amplias referencias, pp. 66-9. En la doctrina alemana, fundamental, GÜNTHER, H.-L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsauschlu*, cit. n. 8, pp. 114 ss., 126 ss., 373 ss.

(71) Pues, como explican MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 21, p. 476, se trata de elementos que recorren «la Teoría del Delito en la medida en que es posible apreciar en ellas elementos que, sin afectar a la existencia del delito, hacen que la gravedad del hecho o la culpabilidad del autor aumente o disminuya». Con anterioridad, también v. ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito*, cit. n. 6, pp. 435 ss.; la misma: «Circunstancias del delito e inseguridad jurídica», *CDJ*, Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, 1995, pp. 51 ss.; BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, cit. n. 70, p. 43; Díez RIPOLLÉS, J. L., «Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito, y el artículo 60 del Código penal español», *ADPCP*, 1977, pp. 597 ss., especialmente, pp. 642 ss.; más recientemente, el mismo: «Las Circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992», cit. n. 5, p. 899; TERRADILLOS BASOCO, J. M.^a, «Incidencia de la posición o situación personal, pública y privada, en la responsabilidad criminal», cit. n. 2, pp. 72 s. Acentuando la importancia autónoma de razones político-criminales FLORES MENDOZA, F., *El error sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada, 2004, p. 10; SALINERO A., C., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, cit. n. 70, pp. 5, 41, 46, 53, 55, 72 ss. Más allá GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Presente y futuro de las circunstancias modificativas», cit. n. 4, pp. 15, 26, 27 y 30-3, concluyendo —en p. 32— que «éstas no se refieren, ni pueden concretarse sin más con los elementos esenciales de la infracción, esto es, con injusto y culpabilidad. Más bien inciden en la gravedad del hecho, que no se mide exclusivamente en consideración al injusto y a la culpabilidad, sino también atendiendo a la mayor o menor necesi-

de justificación, se trata de institutos que no persiguen resolver situaciones de conflicto en el sentido que acabamos de ver en relación con el estado de necesidad, sino que «como la etimología indica (de *circum stare*)» introducen principios de valoración de «aquello que se encuentra en torno a un hecho –delito– sin afectar a su esencia» (72). Ello permite una notoria simplificación de las definiciones legales, dada la mayor sencillez del supuesto de hecho –no se trata de delimitar una situación de conflicto, sino de pincelar los elementos accesorios objeto de (des)valoración– y de los criterios de ponderación, muchas veces fundidos en el elemento anterior. Sin embargo, la excesiva orientación casuística que aún muestra nuestro legislador –pese a los esfuerzos realizados– aconseja, igualmente, una redefinición de las mismas conforme a principios.

Así, por ejemplo, una simple lectura del artículo 22 de nuestro Código Penal basta para llamar la atención sobre el hecho de que se haya introducido en un mismo apartado de la cláusula general de agravantes el uso de disfraz y, seguidamente, una serie de circunstancias agravantes tan distintas como la ejecución del hecho «con abuso de superioridad o aprovechando de las circunstancias de

dad de tutela»; ampliamente, v. el mismo: *Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, en *Colección de estudios del Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia*, 1988, pp. 93 ss., 145 ss., 149, 150, 177, 200. Críticamente, también PÉREZ ALONSO, E. J., *Teoría general de las circunstancias*, cit. n. 26, pp. 46 s.

(72) ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito*, cit. n. 6, p. 193; más recientemente, la misma: «Circunstancias del delito e inseguridad jurídica», cit. n. 71, pp. 49, 55 ss. Sobre las notas de secundariedad y accidentalidad SALINERO ALONSO, C., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, Comares, Granada, 2000, pp. 27 s. Señalando su carácter accesorio FLORES MENDOZA, F., *El error sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el ordenamiento jurídico español*, cit. n. 71, p. 10. Ampliamente, también GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, cit. n. 71, pp. 85 ss. Se trata, según BOLDOVA PASAMAR, M. A., La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva, cit. n. 70, p. 41, de elementos que cumplen «una función secundaria o inesencial en la caracterización de su objeto referente», «mientras la delimitación y los contornos de lo punible vienen dados por los elementos permanentes de la estructura del delito, las circunstancias favorecen únicamente el juicio de caracterización singular o particular de cada aspecto esencial de lo punible» (p. 43).

Sobre su desarrollo histórico, ampliamente, v. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, cit. n. 71, pp. 7 ss.

lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente». Al importante grado de heterogeneidad de estas circunstancias se añade una referencia *–in fine–* a los que parecen ser sus dos posibles fundamentos: debilitación de la defensa o facilitación de la impunidad. Sin embargo, parece que la técnica legislativa debió ser más bien la inversa: partir de la *ratio* agravatoria, y erigir así la definición sobre el núcleo de la circunstancia, y añadir *–a modo de explicación–* una serie sucesiva de ejemplos. Y, en vez de quebrar la estructura del apartado, pensar en una redistribución de su contenido a través de un siguiente apartado en función de que se expliquen por una u otra razón agravatoria.

Por ejemplo, en relación con la primera circunstancia, el uso de disfraz, parece que si la *ratio* que subyace a su previsión como agravante es, por una parte, «una mayor gravedad de lo injusto y concretamente del desvalor de acción si se realiza con el fin de facilitar la comisión del delito» (73), y por otra, la facilitación de la impunidad del delincuente (74), su definición legal deberá atender no tanto a una

(73) Tal y como entiende CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 394, con ulteriores referencias bibliográficas y jurisprudenciales en n. 93 y 96. En esta línea también, v. POLAINO NAVARRETE, M., «Artículo 22.2», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Edersa, Madrid, 1999, pp. 925 ss., quien encuentra su fundamento, según señala en el primer lugar citado, «en el desvalor de la forma *fraudulenta* de comisión de comportamientos delictivos».

(74) Acentúa, ante todo, este aspecto MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 2, p. 617 marg. 5. Aprecia esta *ratio* también FLORES MENDOZA, F., *El error sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el ordenamiento jurídico español*, cit. n. 71, p. 23 n. 91. Desde una perspectiva de *lege ferenda*, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Las Circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992», cit. n. 5, p. 903, quien propone como fórmula: «ejecutar el hecho por el sujeto mediante circunstancias de lugar, tiempo o modo que tiendan directa y especialmente a asegurar la ejecución del delito o a facilitar la impunidad del delincuente». Críticamente, sin embargo, BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, cit. n. 70, pp. 111 ss., quien cuestiona tanto este tipo de fundamento agravatorio como la racionalidad de su reproche. Según este penalista, *op. cit.*, p. 111, se trata de razones agravatorias que parecen responder «a una visión caballeresca del Derecho Penal o a una absurda concepción del *fair-play* en el delito». En términos similares, también GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Presente y futuro de las circunstancias modificativas», cit. n. 4, p. 33, señalando que no cabe «pretender que el delincuente lleve a cabo la infracción posibilitando su fracaso y dando ventajas... a la administración de justicia»; y anteriormente, el mismo: *Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, cit.

forma o medio concreto empleado por el sujeto activo para «facilitar la ejecución del delito o evitar su identificación, rehuendo responsabilidades» (75), como es el disfraz, cuanto a los principios materiales sobre los que se sustenta la agravación misma. Con otras palabras: «Art. 22. Son circunstancias agravantes:

1.^a ...

2.^a Ejecutar el delito con medios o formas tendentes a dificultar la identificación del delincuente o/y facilitar su impunidad». Por razones de determinación y operatividad, este tipo de fórmula precisa complementarse mediante ejemplos: «... impunidad. Procede la apreciación de esta agravante cuando se ejecute el hecho mediante disfraz...» (76), aprovechando así la elaboración conceptual de los conceptos recogidos en las definiciones legales por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Ciertamente, un sistema más casuístico de agravación como el recoge nuestro Código proporciona también mayores límites gramaticales a su ámbito posible (77), pero mientras se opte por una cláusula de ejemplos de carácter cerrado –y sin perjuicio de ulteriores correcciones y simplificaciones– no se aprecian diferencias sustanciales en este aspecto. Sin embargo, el legislador ha optado por el proceder inverso, y en la definición de esta circunstancia parte de la casuística –esto es, del uso del disfraz o de concretas formas de manifestación de su *ratio* como las de tiempo o lugar– y sólo al final de la definición añade las que parecen ser sus dos principios materiales. Más allá de cuestiones de estricta técnica legislativa, la racionalización en el sentido expuesto de nuestro sistema de agravantes ayudaría a simplificar y dotar de mayor coherencia al discurso sobre las mismas. Siguiendo con el anterior ejemplo, el objeto de la argumen-

n. 71, pp. 151, 152 y 202, reclamando, en el segundo lugar citado, «una revisión de las circunstancias que permita la introducción de criterios político-criminales más acompañados con nuestro tiempo y que de paso posibilite una revisión del sistema de medición de la pena».

(75) STS 5 de mayo de 2004 (A. 2836), fundamento jurídico segundo. En nuestra doctrina ya ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito*, cit. n. 6, pp. 536 s. Más recientemente, por ejemplo, v. MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 21, p. 488.

(76) Si bien no se trata tanto de evitar reparos constitucionales, pues se hallan descritos sus elementos normativos (cfr. PÉREZ ALONSO, E. J., *Teoría general de las circunstancias*, cit. n. 26, p. 377), como de carácter político-criminal. En la definición del régimen de agravantes, no es satisfactorio permanecer en un grado tan elevado de abstracción.

(77) En este sentido, v. GÜNTHER, H.-L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschlu*, cit. n. 8, pp. 287 ss.

tación no tiene por qué consistir entonces tanto en convencer de que quien se cubre con una bufanda hasta el borde de la nariz va disfrazado a efectos jurídico-penales (78), como de argumentar que la vestimenta elegida, al ocultar buena parte del rostro, dificulta –según se propone para este precepto– su identificación y, por tanto, la atribución de las correspondientes responsabilidades jurídico-penales pudiendo subsumirse, concretamente, en los supuestos de disfraz.

En cuanto al resto de circunstancias recogidas en esta cláusula, el abuso de superioridad y las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas, podrían incorporarse como ejemplos a la explicación de este hipotético artículo 22 apartado segundo del Código Penal o/e integrar un apartado siguiente. Por ejemplo, continuando con este esquema, al apartado tercero se le podría dotar de una estructura similar a la siguiente: «3.ª Ejecutar los hechos con medios, modos o formas tendentes a facilitar la comisión del delito», y en la serie de ejemplos que ayudan a explicar la misma se puede introducir el «abuso de superioridad, aprovechamiento de las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas» y si se quiere, también, el uso de disfraz, dada la versatilidad jurídico-penal de su significación en términos de desvalor (79).

Sin duda, se habrá advertido la proximidad de esta última definición, para un hipotético apartado tercero del artículo 22 del Código Penal con la prevista actualmente en su número primero, la definición de la alevosía. No es casualidad. Como se sabe, en este apartado se castiga a quien «comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido». A ello el legislador ha denominado expresamente alevosía. Sin embargo, en el número siguiente incluye, como se ha visto, el abuso de superioridad junto con las mencionadas circunstancias de lugar, tiempo y el auxilio de otras personas «que debiliten la defensa del ofendido». Los

(78) Cfr. con ulteriores ejemplos GIMBERNAT ORDEIG, E., *Introducción a la parte general del Derecho Penal español*, cit. n. 23, p. 97.

(79) No obstante, v. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 2, p. 617 marg. 5 y 620 marg. 20, quien agota su fundamento en el anterior aspecto señalado, esto es, la especial facilidad de la impunidad. Señalando la trascendencia de las mismas en sede de culpabilidad MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte general*, cit. n. 21, p. 478. En el sentido apuntado, señalando la necesidad de «reagrupar y redefinir todas las agravantes fundadas en una disminución de la capacidad de defensa», con anterioridad v. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Presente y futuro de las circunstancias modificativas», cit. n. 4, p. 35.

posibles solapamientos entre el abuso de superioridad, auxilio de otras personas, la alevosía y otras circunstancias agravantes –además de las aludidas más arriba– como puede ser el abuso de confianza son evidentes. Por poner un ejemplo, el uso sorpresivo de una navaja, que permite sustentar el abuso de superioridad en la última sentencia referida, puede entenderse también como un medio, modo o forma idóneo para asegurar la ejecución del resultado (80). Así, recientemente, en relación con un supuesto de uso sorpresivo del arma, se mantiene en la STS 28 de enero de 2004, fundamento jurídico segundo, que en los supuestos de alevosía «proditoria o a traición destaca como elemento esencial el *abuso de confianza* o de una *situación confiada* en el que actúa el sujeto activo respecto al pasivo que no teme, dada la relación o situación de confianza existente... En la modalidad de *alevosía sorpresiva*, que participa en gran medida de la caracterización de la proditoria, lo característico es que la víctima no llega a poder reaccionar al ataque realizado por el agresor al verse sorprendido en ese actuar contra su persona... El relato fáctico refiere una *actuación sorpresiva*, al expresar que el arma se extrae *repentinamente*... que asegura la producción del resultado con imposibilidad de defensa por parte del perjudicado» (81). Aquí sólo pretendo llamar la atención sobre el solapamiento conceptual y material que se favorece, ya en sede de ley, entre las circunstancias recogidas en los números primero, segundo y sexto del artículo 22 de nuestro Código: en el discurso sobre la alevosía se alude a situaciones de confianza o

(80) En este sentido, también v. Díez RIPOLLÉS, J. L., «Las Circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992», cit. n. 5, pp. 902 s.

(81) A. 4112, cursiva añadida. En la doctrina, anteriormente, v. ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito*, cit. n. 6, p. 472 y, en relación con su delimitación frente al abuso de confianza, pp. 509 ss. También GIMBERNAT ORDEIG, E., *Introducción a la parte general del Derecho Penal español*, cit. n. 23, p. 91 con sucesivas referencias en n. 84. En relación con el abuso de confianza, también v. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 2, pp. 619 s. marg. 18. Señalando el dudoso componente de culpabilidad que puede incorporar la denominada alevosía «proditoria o a traición», MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 21, p. 478. En este último sentido ya advierte ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito*, cit. n. 6, pp. 340, 342, 357, 468 ss., que la *ratio* agravatoria de la alevosía incorpora históricamente, junto con componentes objetivos referentes al modo de ejecución, «una actitud espiritual más o menos censurable» consistente en la cobardía, si bien matiza su carácter secundario, v. pp. 492-5, por ejemplo. En relación con el abuso de confianza, también PÉREZ ALONSO, E. J., *Teoría general de las circunstancias*, cit. n. 26, p. 181.

al factor sorpresa que, en otras sentencias, ayuda a sustentar la apreciación de, por ejemplo, el abuso de superioridad. Con independencia de la complejidad del discurso, y los esfuerzos a los que se obliga a doctrina y jurisprudencia, todo ello genera riesgos evidentes de –entre otros aspectos– doble (des)valoración, riesgos que provienen y, por tanto, debieran afrontarse también en sede de ley. Pues serían superables, simplemente, con un mejor ejercicio de técnica legislativa.

La racionalización del régimen de agravantes en el sentido expuesto abre la puerta a ulteriores discusiones como, por ejemplo, la relativa a una posible graduación y diferenciación en términos de desvalor. La estructuración del sistema de circunstancias agravantes –de forma principal– sobre principios como «ejecutar los hechos con medios o formas tendentes a facilitar la comisión del delito», «ejecutar el delito con medios o formas tendentes a dificultar la identificación del delincuente o/y facilitar su impunidad» o, simplemente, «aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito» tal y como se recoge en la circunstancia quinta de nuestro actual artículo 22, facilita una ulterior racionalización del sistema de agravantes en el plano de las concretas consecuencias jurídicas (82). En principio, cabría pensar en múltiples opciones: la introducción de un sistema de consecuencias de carácter escalonado en función de la importancia en términos de desvalor, etc. Sobre ello, me limito a apuntar aquí mis dudas sobre el acierto político-criminal de la equiparación de quien, como en el supuesto aludido más arriba, se limita

(82) En este sentido, señala el desequilibrio entre las circunstancias según su ubicación en la parte general o especial BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, cit. n. 70, p. 44, aludiendo en n. 49 a clasificaciones según los efectos como la sugerida por GIMBERNAT en relación con los delitos contra la vida. En concreto, diferenciaba este último autor, en «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», *ADPCP*, 1990, pp. 438 s., entre agravantes «leves», «intermedias» e «hiperagravantes» según su incidencia en el título de imputación y la pena. Señalando su diversa operatividad, recientemente, también FLORES MENDOZA, F., *El error sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el ordenamiento jurídico español*, cit. n. 71, pp. 25 s.; SALINERO ALONSO, C., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, cit. n. 70, pp. 24 s. Señalando la necesidad de una mejor acotación de los marcos penales, también GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Presente y futuro de las circunstancias modificativas», cit. n.4, p. 34; anteriormente, también v. el mismo: GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, cit. n. 71, pp. 90, 150 s., señalando la necesidad de una urgente racionalización.

a cubrirse la cara con una bufanda con la conducta de quien en la comisión de los hechos, además de una mayor complejión física hace «uso de un arma muy peligrosa y también el hecho sorpresivo de sacar la navaja que llevaba escondida en su calcetín» (83). Los desequilibrios aumentan cuando, en vez del abuso de superioridad, analizamos cualquier supuesto de ensañamiento, sin perjuicio de su especial consideración en la parte especial. Por ejemplo, cuando se compara la conducta del sujeto de la bufanda con quien infiere «cortes o puñaladas y multitud de golpes violentos, entre ellos una patada que causó a éste el arrancamiento de un diente incisivo central y del diente incisivo lateral superiores izquierdos, buscando con todo ello..., aumentar innecesariamente el dolor de la víctima» (84). Parece que, con carácter general, el grado de desvalor de quienes tratan de ocultar su identidad y/o facilitar su impunidad deberá ser menor que el que muestran los actos «tendientes a facilitar la comisión del delito», pues aquí ya se trata de elementos que inciden de forma importante sobre el nivel de riesgo que amenaza el bien jurídico; y estos a su vez, pueden mostrarlo frente a aquellos que más allá de aspectos de desvalor —de acción y resultado— adquieren relevancia incluso, en sede de culpabilidad, como pueda ser aumentar «deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima». La racionalización del sistema de agravantes podría facilitar una eventual discusión sobre la conveniencia y, en su caso, posibles soluciones a la equiparación general de las agravantes en sus consecuencias jurídicas, según se dispone en la regla tercera del actual artículo 66 de nuestro Código Penal. También un mayor engarce con sus manifestaciones en la parte especial. Sin embargo, sobre ello poco más puede decir quien no es un especialista en la materia.

Aunque la mayor orientación del sistema de circunstancias hacia los principios, frente a la casuística, podría traducirse en una pérdida de determinación, dada la mayor abstracción de las razones que subyacen a las agravantes frente a definiciones como la de «ejecutar el hecho mediante disfraz» o la alusión a circunstancias como las de lugar o tiempo, debe matizarse que se trata de conceptos jurídico-penales cuyo significado viene determinado por propuestas de fundamento como los enunciados (85). En consecuencia, frente a una regu-

(83) STS 22 de diciembre de 2003 (A. 615), Fundamento jurídico segundo.

(84) *Ibidem*.

(85) Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 394.

lación casuística que deja en un segundo plano los principios materiales de resolución, la orientación de las definiciones hacia estos coloca en primer plano las razones materiales que, en definitiva, sustentan su apreciación. Asimismo, la traducción de los principios a un nivel de ejemplos no sólo les confiere una margen razonable de claridad (86), también, conservar los límites gramaticales que –pese a la matización realizada, también– genera un modelo de regulación como el vigente (87).

Las anteriores reflexiones, particularmente, las referentes a las de mayor certeza y coherencia del discurso jurídico son extrapolables, con matices, al régimen de las circunstancias atenuantes recogido en el artículo 21 de nuestro Código Penal. Así, por ejemplo, frente a una regulación como la prevista en la circunstancia cuarta de este precepto: «la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades» (88), se muestra más razonable partir de la posible *ratio* de la misma, por ejemplo, la «facilitación de la investigación criminal» (89), e introducir posteriormente una serie de ejemplos que concreten y faciliten su significado: la realización de actos de confesión, colaboración, etc. Más allá de razones de injusto, culpabilidad o –como en este caso– oportunidad, la diversa eficacia jurídica de las circunstancias atenuantes frente a las agra-

(86) Así ya Maiwald, cit. por PÉREZ ALONSO, E. J., *Teoría general de las circunstancias*, cit. n. 26, p. 365, con ulteriores referencias en n. 816.

(87) En cuanto a la naturaleza e idoneidad de los concretos componentes que se elijan para formular las definiciones –*ratio* y ejemplos– de estas circunstancias: elementos descriptivos y desvalorativos; vale, en buena medida, lo avanzado en otro lugar en relación con la categoría de la tipicidad, SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., «¿Cómo se elabora una propuesta de *lege ferenda*? Reflexiones sobre la formulación de los preceptos jurídico-penales. Primera parte: tipicidad», cit. n. 1, apartado II.

(88) Aunque en este caso ya no se trata de cuestiones de injusto sino, fundamentalmente, razones de carácter político-criminal, cfr. MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 21, p. 486. También BOLDOVA PASAMAR, M. Á., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, cit. n. 70, p. 90, señalando la tendencia en su comprensión «a hacer primar esencialmente la utilidad objetiva de ciertas conductas, sea para la sociedad, la Administración de justicia o la víctima»; FLORES MENDOZA, F., *El error sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el ordenamiento jurídico español*, cit. n. 71, pp. 13, 25, 132 s.; SALINERO ALONSO, C., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, cit. n. 70, pp. 81 y 85, aludiendo a razones utilitaristas y pragmáticas relativas a la persecución de los hechos.

(89) STS 13 de febrero de 2004 (A. 2217), fundamento jurídico segundo.

vantes permite un mayor margen de configuración, en tanto que determinan una –también– diferente relación con el principio de legalidad. Así, frente a la necesidad que veíamos respecto a este último componente de la definición legal de cerrar la cláusula de ejemplos de cada una de las circunstancias agravantes, aquí aunque parece igualmente razonable su introducción por motivos de claridad y operatividad, es posible flexibilizar e, incluso, prescindir de los –mayores o menores– límites gramaticales que también incorporan las mismas, con otras palabras: introducir cláusulas de ejemplos de carácter abierto. Ello, sin duda, incidiría en el actual contenido de la circunstancia sexta del artículo 21 de nuestro Código Penal. En cualquier caso, de *lege ferenda* las atenuantes genéricas ofrecen escaso margen de discusión en sede de antijuridicidad.

Hace algunos años se manifestaba Cerezo Mir en contra de la determinación de la naturaleza jurídica y de los principios fundamentales de las causas de justificación ya en sede de ley (90). Argumentaba que así se evita «que la regulación legal deba considerarse pronto como superada y suponga un obstáculo para el posterior desarrollo de la Ciencia del Derecho penal» (91). En relación con la primera cuestión, sólo puedo coincidir con sus razones (92). De haber procedido, como hace el legislador germano, a establecer cuando el estado de necesidad tiene naturaleza justificante y cuando es relevante en sede de culpabilidad, hubiese obstaculizado una discusión como la –aquí tan solo– esbozada (93). En cuanto a la segunda, debo disentir. Porque entiendo que no es una regulación orientada a principios la que puede limitar la flexibilidad y desarrollo de las causas de justificación. Basta pensar en algunas de las pautas señaladas más arriba para solucionar las situaciones de necesidad: el derecho a la dignidad, solidaridad intersubjetiva, autonomía individual o, simplemente, la idea de ponderación de intereses. Como vemos, no se trata de valores o principios jurídicos cuya superación pueda plantearse de un día para otro. Entre otras razones, porque muchas veces se trata de los mismos cimientos valorativos sobre los que asienta la constitu-

(90) CEREZO MIR, J., «Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus spanischer Sicht», cit. n. 21, pp. 18 s.

(91) *Ibidem*.

(92) Así, también v. GIMBERNAT ORDEIG, E., «Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im spanischen Strafrecht», cit. n. 46, p. 74.

(93) Sobre la misma, ampliamente, v. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, pp. 246 ss.

ción jurídica de nuestra sociedad (94). En cuanto a su posible déficit de flexibilidad, creo que precisamente su mayor grado de abstracción –y en tanto que meros criterios de ponderación– facilita una adaptación satisfactoria a la, sin duda, vertiginosa realidad a que pretende responder nuestra disciplina. Es, por el contrario, una regulación orientada al problema concreto: al disfraz, al despoblado, etc.; y en definitiva al aspecto circunstancial frente a su *ratio*, la que puede introducir y ha introducido elementos que, como hemos visto más arriba, plantean importantes problemas en su desarrollo y aplicación.

III. REFLEXIONES SOBRE EL TIPO SUBJETIVO

La discusión sobre los aspectos subjetivos de esta categoría muestra importantes particularidades, disociándose incluso en cierta medida –por la acentuación de otros aspectos sistemáticos– del enfoque político-criminal apuntado. Aquí ya no se trata tanto de resolver «conflictos sociales en contextos complejos» (95), como más concretamente, de compensar –en términos de valor– los elementos que constituyen o/e integran lo injusto –desvalor de acción y resultado– en el ámbito de la tipicidad. Al igual que se acepta la existencia de elementos subjetivos en el primer escalón de la teoría jurídica del delito, la doctrina mayoritaria conviene en la existencia y necesidad de elementos de tal carácter en las causas de justificación (96), y se habla, incluso, de ánimo o voluntad de defensa en relación con la causa de justificación de la legítima defensa o, por poner otro ejemplo, de evitar un mal propio o ajeno en relación con el estado de necesidad (97). Así, mantiene Cerezo Mir, que «del mismo modo que

(94) Desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, también GÜNTHER, H.-L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, cit. n. 8, p. 234.

(95) Cit. n. 17.

(96) Sobre ello, fundamental, v. TRAPERO BARREALES, M.^a A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, Comares, Granada, 2000, *passim*. Sobre la problemática relativa a su ausencia, también GIL GIL, Alicia, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, cit. n. 61, *passim*.

(97) Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, pp. 196-9. En la doctrina alemana, por ejemplo, HIRSCH, H. J., *StGB. Leipziger Kommentar*, cit. n. 35, § 34 margs. 45 y 47. En sentido contrario, señalando la suficiencia del elemento intelectual, entre otros v. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., Prólogo a TRAPERO BARREALES, M.^a A., *Los elementos subjetivos en las causas de*

lo injusto de los delitos de acción dolosos e imprudentes sólo queda constituido cuando al desvalor de acción se añade el desvalor de

justificación y de atipicidad penal, Comares, Granada, 2000, p. XXIV; GIMBERNAT ORDEIG, E., «Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im spanischen Strafrecht», cit. n. 46, pp. 71, 72 y 77, con referencia al tenor literal de las definiciones legales; LUZÓN PEÑA, D.-M., «Causas de atipicidad y causas de justificación», cit. n. 21, p. 38, salvo en supuestos de inequívoca exigencia legal; el mismo: *Curso de Derecho Penal*, cit. n. 21, pp. 580 s.; el mismo: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit. n. 16, pp. 550 s.; MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, p. 89; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 21, pp. 312 s.; ROPERÓ CARRASCO, J., *La provocación del estado de necesidad en Derecho Penal*, cit. n. 46, pp. 139 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad», cit. n. 34, p. 652. En la doctrina alemana, por ejemplo v. FRISCH, W., «Grund- und Grenzprobleme des sog. Subjektiven Rechtfertigungselements», en *Festschrift für Karl Lackner*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1987, pp. 135 ss., y en relación con las denominadas causas de justificación mutiladas de dos actos, pp. 145-8; KÜHL, Kristian, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit. n. 35, p. 131 marg. 11a y, en relación con el estado de necesidad, p. 321 margs. 183 s.; LENCKNER, T./PERRON, W. en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit. n. 34, § 34, marg. 48. Con matices GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *El ejercicio legítimo del cargo*, cit. n. 16, pp. 134 ss., quien entiende, p. 140, que el conocimiento «enmarcado en un determinado contexto dogmático sobre la acción y el injusto, es... absolutamente suficiente para el incluir el momento volitivo». Más recientemente TRAPERO BARREALES, M.^a A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, cit. n. 96, pp. 287 s., quien considera «que la solución correcta ha de ser la afirmación del presupuesto subjetivo en el sentido de conocimiento de la concurrencia de la situación justificante. Este contenido cognoscitivo supone admitir también un cierto componente o elemento volitivo, a semejanza del contenido volitivo del dolo... Al igual que el dolo se compone de dos elementos, intelectual y volitivo, y estos deben abarcar los elementos del tipo positivo o tipo indicario... Se rechaza la necesidad de que el sujeto deba actuar con una cierta finalidad o propósito como contenido de los presupuestos subjetivos de justificación; el concepto de dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias pone de relieve cómo ha de ser concebido el elemento volitivo en el presupuesto subjetivo de justificación». En esta última línea, también v. RATH, J., *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit. n. 42, pp. 196 ss., 583 ss., 600 ss., quien reduce el elemento volitivo a los siguientes términos, *op. cit.*, p. 200: «Ein Wollen ist dabei grundsätzlich bereits gegeben mit dem Verhalten in der hinreichend sicheren Kenntnis, durch die mit diesem gesetzten Faktoren Risiken bzw. Chancen - eine bestimmte Realitätsveränderung, hier im Sinne eines bestimmten Rechtfertigungsgrundes, zu bewirken»; coincidiendo, por tanto, con los autores anteriores. Sobre los elementos intelectual y volitivo en la construcción de este penalista, definición y presupuestos, ampliamente: *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit. n. 42, pp. 383 ss.

En relación con esta clase de elementos también son interesantes las reflexiones de MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, cit. n. 13, pp. 723, 724, 740 s. Sobre todo esta cuestión, exhaustivamente v. TRAPERO BARREALES,

resultado, la exclusión de lo injusto requiere la concurrencia del valor de la acción y del valor del resultado de las causas de justificación, es decir, la concurrencia de todos los elementos subjetivos y objetivos que sirven de base a las mismas» (98). Y más recientemente, Trapero

M.^a A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, cit. n. 96, pp. 78 ss., y desde un posicionamiento crítico con el contenido volitivo, 148 ss., en especial, 172 ss.

(98) Con amplias referencias bibliográficas, v. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, pp. 196 ss. En el mismo sentido, CUELLO CONTRERAS, J., «Elemento objetivo y elemento subjetivo de las causas de justificación», cit. n. 16, p. 148; señalando la necesidad de «que las valoraciones positivas aportadas por las causas de justificación superen a las negativas del tipo», DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal», cit. n. 16, p. 132; GIL GIL, A., *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, cit. n. 61, pp. 58 s., quien mantiene que «los elementos subjetivos de justificación tienen para el tipo de justificación el mismo valor y estructura que los elementos subjetivos de lo injusto para los tipos de injusto»; expresamente, también v. la misma: «Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto», cit. n. 61, pp. 131 y 144, hablando, por razones de coherencia, de un necesario «paralelismo entre la formación y la exclusión de lo injusto»; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito*, cit. n. 16, p. 287; HUERTA TOCILDO, S., Sobre el contenido de la antijuridicidad, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 84 y 123; MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, cit. n. 13, p. 395 n. 68, señalando que esta «concordancia entre fundamentación y exclusión del ilícito no debería merecer especial atención, por su obviedad»; SÁNCHEZ GARCÍA, M. I., Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad, cit. n. 28, pp. 78 s.; SANZ MORÁN, Á. J., «Los elementos subjetivos de justificación», en Gonzalo Quintero Olivares/Fermín Morales Prats (coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 723, 725 s., quien, siguiendo a Frisch, sitúa su fundamento normativo en la decisión legal de castigar la tentativa inidónea; SUÁREZ MONTES, R. F., «Breve apunte histórico sobre el elemento subjetivo en la legítima defensa en los Códigos Penales españoles», en José Luis Díez Ripollés, Carlos María Romeo Casabona, Luis Gracia Martín y Juan Felipe Higuera Guimerá (edits.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 1015; VALLE MUÑIZ, J. M., *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, cit. n. 15, pp. 52, 71 ss., quien entiende, en la segunda página citada, que «norma de determinación, injusto personal y relevancia del elemento subjetivo en las causas de justificación, aparece como una ecuación difícilmente cuestionable». En la doctrina alemana, por ejemplo, v. FRISCH, W., «Grund und Grenzprobleme des sog. Subjektiven Rechtfertigungselements», cit. n. 97, pp. 122 ss., quien, en última instancia, sustenta la necesidad de elementos subjetivos en el objeto de justificación; GÜNTHER, H.-L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschlu-*, cit. n. 8, pp. 242-6; KÜHL, K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit. n. 35, pp. 131 s. marg. 12; RUDOLPHI, H.-J., «Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», cit. n. 16, p. 381; el mismo: «El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal», en Bernd Schünemann (compilador), *El sistema*

Barreales reafirma monográficamente estos términos de discusión: «para la exclusión total del injusto es necesario que se produzca la compensación del injusto fundamentado a través del desvalor de acción y de resultado... La situación objetiva de justificación tiene la virtualidad de compensar el desvalor objetivo de acción, y para contrarrestar el desvalor subjetivo de acción será necesario que concurren los presupuestos subjetivos de la correspondiente causa de justificación» (99).

moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales, introducción, traducción y notas de Jesús María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1991, p. 91; SCHMIDHÄUSER, E., «Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht», cit. n. 31, pp. 77 s.; SCHÜNE-MANN, B., «La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal», trad. castellana de Margarita Martínez Escamilla, ADPCP, 1991, p. 705; WOLTER, J., «Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*», en Bernd Schünemann (compilador), *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, introducción, traducción y notas de Jesús María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 112, 113 y 132, señalando, en el primer lugar citado, que las relaciones «surgidas en el plano de la fundamentación del injusto, se repiten, al modo de la imagen reflejada en un espejo, en el plano de las *normas permisivas* de las causas de justificación, es decir, de la exclusión de lo injusto». Más recientemente, en esta línea también, RATH, J., *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit. n. 42, p. 353, señalando, desde su concepción de lo injusto como lesión-restablecimiento de relaciones jurídicas, que «aus diesem Ansatz ist zunächst abzuleiten, wie das intakte normative Verhältnis der Subjekte zueinander - der vorgängig anwesende Gegenstand unrechtlicher Verletzung - beschaffen ist. Von dieser Strukturbestimmung des Rechtsverhältnisses aus ist es sodann möglich, in einer Art Negation den Begriff des kriminalrechtlichen Unrechts bzw. des Verbrechen zu definieren. Dieser wiederum ist in seinen Komponenten die Basis für die Voraussetzungen der Rechtfertigung. Denn Rechtfertigung bedeutet in näher zu bestimmender Weise den "Ausgleich", die "Kompensation", unrechtlicher Verletzung - und damit die (Wieder-)Herstellung rechtlicher Verhältnisse». En un sentido distinto, también v. CARBONELL MATEU, J. C., «El sistema de la justificación en el artículo 20 CP/1995», cit. n. 21, pp. 124 ss., quien señala que «no se trata de neutralizar los desvalores que comportaron el injusto típico que a su vez puede fundamentar el injusto genérico sino de comprobar que se mantiene ese fundamento desvalorativo y, si se quiere, político-criminal del injusto específico en su confrontación con la totalidad del ordenamiento jurídico».

(99) TRAPERO BARREALES, M.^a A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, cit. n. 96, pp. 4 s., insistiendo, p. 2, en la necesidad de «abordar el estudio de los elementos subjetivos de la parte negativa del tipo (principalmente de las causas de justificación) desde el establecimiento de un paralelismo entre fundamentación y exclusión del injusto como única fórmula correcta de aclarar el contenido y función del elemento subjetivo en las causas de justificación». En sentido contrario, en relación con los criterios de compensación que emplea esta penalista, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 203, señalando que «el desvalor de resultado no puede fundamentarse ni quedar excluido con independencia del desvalor o el valor de la acción». De otra opinión, a su vez, apunta la divergencia de enjuiciamientos del desvalor de acción y resultado CARBO-

Ciertamente, existe discrepancia sobre múltiples aspectos. Así por ejemplo, sobre la suficiencia de elementos intelectuales o la necesidad además, de elementos volitivos, sobre su importancia y función en la justificación de los comportamientos imprudentes (100) o sobre las concretas soluciones para los supuestos de ausencia de los elementos subjetivos, en particular, sobre el hecho de si la ausencia del componente subjetivo de justificación permite apreciar el desvalor de resultado o, por el contrario, sólo cabe tentativa (101). Sin embargo,

NELL MATEU, J. C., «El sistema de la justificación en el artículo 20 CP/1995», cit. n. 21, pp. 123 ss., quien entiende que la exclusión de la antijuridicidad tiene lugar ya con la neutralización de cualquiera de sus componentes.

En cuanto a ulteriores componentes de este carácter, en concreto, en relación con la problemática relativa al examen conforme a deber, ampliamente, v. TRAPERO BARREALES, M. A., «El examen conforme a deber: ¿especial elemento subjetivo de justificación?», en G. QUINTERO OLIVARES/F. MORALES PRATS (coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 827 ss., señalando las inconsecuencias, pp. 835, 836, 856 s., e innecesariedad de este elemento, pp. 860 ss.

(100) Así, por ejemplo, v. FRISCH, W., «Grund- und Grenzprobleme des sog. Subjektiven Rechtfertigungselements», cit. n. 97, pp. 130 ss. En sentido contrario RATH, J., *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit. n. 42, pp. 319 s., quien entiende que «steht aber das Fahrlässigkeitsunrecht... in der Kategorie der Subjektivität, so vermag auch die Rechtfertigung fahrlässiger Deliktsbegehung die (Wieder-)Herstellung rechtlicher Verhältnisse keine Ebene mehr darzustellen, in welcher subjektive Elemente entbehrlich sein können; sie ist keine gleichsam “naturhafte” Kategorie, inhaltsbestimmbar jenseits des konkret-tataktualen Vollzugs aus Subjektivität». Si bien este autor, *op. cit.*, pp. 631 s., en los supuestos de ausencia de tal elemento subjetivo, llega igualmente a la solución de la impunidad por «Wegfalls der objektiven Unrechtsvoraussetzungen».

(101) Recientemente, de forma exhaustiva, TRAPERO BARREALES, M.^a A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, cit. n. 96, pp. 327 ss., quien entiende, p. 63, en este último sentido, que la realización de la conducta típica «desconociendo la concurrencia de la situación objetiva de justificación supone llevar a cabo una conducta peligrosa para el bien jurídico, el mismo grado de peligro que se produce en los casos de tentativa inidónea por falta de algún elemento del tipo (positivo). Si en este caso sí se castiga la conducta del sujeto, lo mismo se tendrá que contestar cuando falta el presupuesto subjetivo de justificación, ya que el desvalor subjetivo de acción es idéntico en los dos supuestos». Según TRAPERO, *op. cit.*, p. 75, «la acción del sujeto realizada sin tener conocimiento de que concurren los presupuestos objetivos de la legítima defensa revela una acción dirigida a la lesión del bien jurídico... pero que en el caso concreto no se produce por causas independientes de su voluntad –por la concurrencia de la situación objetiva de justificación–; en definitiva queda restante un desvalor de acción constitutivo de un supuesto de tentativa imposible». Plantea esta solución también GIMBERNAT ORDEIG, E., *Introducción a la parte general del Derecho Penal español*, cit. n. 23, p. 51; HUERTA TOCILDO, S., *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, cit. n. 98, pp. 121 ss., señalando, en el primer lugar citado, que en estos supuestos concurre «una disminución del desvalor de resultado idéntica a la que es propia de la tentativa... puesta en peligro del bien jurídico a través del principio de ejecución

todas estas cuestiones muestran un carácter accesorio en el marco de la presente investigación. De relevancia aquí es la incidencia de esta comprensión —de la relación injusto-antijuridicidad— en el discurso de lege ferenda, si los términos de discusión sobre la relevancia y función de los elementos subjetivos en las causas de justificación y, más concretamente, la importante orientación de la antijuridicidad hacia la tipicidad que se infiere del discurso mayoritario debe incidir

de los actos encaminados a lesionarlo aunque, desde luego, inferior al presente en el delito consumado»; LUZÓN PEÑA, D.-M., «Causas de atipicidad y causas de justificación», cit. n. 21, p. 39, quien entiende que en estos casos como «no hay desvalor del resultado o del hecho (ni puede haberlo en el momento de la actuación), al intentarlo dolosamente, ello es punible como *tentativa imposible*», deduciendo así la impunidad de la modalidad imprudente; el mismo: *Curso de Derecho penal*, cit. n. 21, p. 579; el mismo: Aspectos esenciales de la legítima defensa, cit. n. 16, pp. 107-8 y 552; MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, cit. n. 97, p. 89. También SILVA SÁNCHEZ, J.-M.^a, «Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad», *ADPCP*, 1987, p. 661, señalando la posibilidad, en n. 49, de castigar por la vía de la eximente incompleta si se estima, que la estructura resultante es sólo analógica a la tentativa. En la doctrina alemana, por ejemplo, v. GÜNTHER, H.-L., *Straf rechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschlu-*, cit. n. 8, pp. 244 n. 58 y 377; KÜHL, K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit. n. 35, pp. 132 s. margs. 15 s. y, en relación con el estado de necesidad, p. 322 marg. 185; LENCKNER, T./PERRON, W. en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit. n. 35, § 34, marg. 48.; RUDOLPHI, H.-J., «Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», cit. n. 16, pp. 379 s.; el mismo: «El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal», cit. n. 98, pp. 91 s., señalando que «cuando el dolo del autor, abarcando la peligrosidad jurídicamente desaprobada, no se extiende, a la vez, a la referida actitud salvadora de su conducta, que se estima de mayor valor. En efecto, en tales casos el autor ha realizado el injusto de la tentativa inidónea, constituido únicamente por un desvalor doloso de la intención». En sentido contrario, sin embargo, señalando la dependencia de los juicios de (des)valoración de acción y resultado, entre otras razones, v. CEREZO MIR, J., Prólogo a Gil Gil, A., *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, Comares, Granada, 2002, pp. XIII-V; GIL GIL, A., *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, cit. n. 61, pp. 114 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., El ejercicio legítimo del cargo, cit. n. 16, pp. 13, 167 ss., 173 ss., 193 y 289, señalando, p. 175, «que la existencia de la situación objetiva de justificación es irrelevante penalmente si está desvinculada de la pretensión del sujeto... Pero no es sólo que dicha existencia resulte irrelevante, sino que, por añadidura, esa irrelevancia deja entrever una estructura típica de injusto consumado»; el mismo: *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 293 s.; SUÁREZ MONTES, R. F., «Reflexiones en torno al injusto penal», cit. n. 42, p. 196. Crítico con tal modo argumentación, también RATH, J., *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit. n. 42, pp. 92 ss., señalando, con razón, p. 95, que «der Kompensationsgedanke letztendlich material nicht beantwortet, wie der Ausgleich inhaltlich vollzogen werden soll. Durch das Vorliegen eines subjektiven Rechtfertigungselements verschwindet die Verletzungsentention als solche nicht einfach». Sobre la solución de la tentativa, v. ult. cit., pp. 635 ss.

—orientando en alguna medida también hacia la tipicidad— en la configuración de las definiciones legales. Desde una perspectiva de *lege ferenda*, la reducción del marco del debate —sobre la función de los elementos subjetivos— a términos de compensación, frente a las más amplias orientaciones político-criminales que se suelen asignar a esta categoría (102), genera dudas sobre la estructuración de su tipo subjetivo y la conveniencia de su orientación —también y en alguna medida— hacia esta idea de compensación —de lo injusto— ya en sede de ley.

La acentuación de los aspectos subjetivos en los términos que se infiere del discurso mayoritario tropieza, con carácter general, con el cambio valorativo tendente —cada vez más— a priorizar la tutela de las normas y, a través de ellas, de los «bienes jurídicos frente a perspectivas ético-sociales de internalización de valores...», a dar prioridad al elemento externo del peligro frente al interno de la actitud interna» (103). Este desplazamiento de perspectivas subjetivas —por intersubjetivas— en la determinación de lo injusto se traduce metodológicamente en una progresiva normativización de las categorías y de las perspectivas de enjuiciamiento que desaconsejan igualmente una acentuación de los elementos subjetivos en el sentido apuntado (104). Desde perspectivas problemáticas, se añaden las dificultades de determinación que ofrecen los componentes de esta naturaleza. Más concretamente, la comprensión expuesta, la reducción de la antijuridicidad a unos términos paralelos o de equivalencia a los componentes del tipo descuida, en cierta medida, su diferente significado y función político-criminal. Razones de intervención mínima y *ultima ratio* invitan tam-

(102) Según veamos más arriba, apartado II: «Resolución objetiva de conflictos sociales en contextos complejos», etc.

(103) ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Comares, Granada, 2000, pp. 389 s. En relación con la problemática aquí tratada, también v. SANZ MORÁN, A., *Elementos subjetivos de justificación*, J. M. Bosch, Barcelona, 1993, p. 10, quien, desde una perspectiva clásica del Derecho penal que concreta su función primordial en la protección de bienes jurídicos, señala la preferencia del «aspecto objetivo-final (peligrosidad de la acción para el bien jurídico) frente al subjetivo». No obstante, recientemente, v. GIL GIL, A., «Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto», cit. n. 61, pp. 98 ss. y, específicamente, en relación con las causas de justificación, pp. 133 ss., señalando entre otros aspectos los límites que, a su juicio, encuentra la normativización en las causas de justificación mutiladas de varios actos y en las de resultado cortado.

(104) Así, recientemente, v. ROXIN, C., «Das strafrechtliche Utrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit», *ZStW*, 116, (2004), pp. 930 ss.

bién a flexibilizar los términos de compensación expuestos, y ampliar en esta sede el marco de las posibles soluciones.

Frente a una teoría de la tipicidad, sujeta a determinadas garantías y condicionantes, también jurídico-constitucionales, tendentes a asegurar la racionalidad en la atribución de responsabilidad –esto es, de su fundamento: lo injusto– jurídico-penal, la antijuridicidad permite un margen más flexible. Por esta razón, una configuración objetiva de lo injusto, por ejemplo, mediante la introducción –por cualquier tipo de razones preventivo-generales– de la posibilidad de imputación más allá del dolo o la imprudencia sobre presupuestos estrictamente casuales encontraría importantes obstáculos de carácter jurídico-constitucional, salvo que se maticen bastante los términos de tal atribución en sede de injusto y se recomponga la cuestión posteriormente en sede de culpabilidad (105). Sin embargo, importantes voces plantean la posibilidad de apreciar una causa de justificación sobre la concurrencia de sus elementos objetivos (106).

(105) No obstante, en relación con la perspectiva de la antijuridicidad que subyace a estas reflexiones, básicamente, la clásica comprensión de la Ley penal como garantía del delincuente, v. las inquietantes tendencias apuntadas por SILVA SÁNCHEZ, J.-M.^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2^a ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 53 ss.

(106) Así, recientemente, entiende CARBONELL MATEU, J. C., «El sistema de la justificación en el artículo 20 CP/1995», cit. n. 21, p. 131, que el «ordenamiento jurídico no necesita motivar a la no realización de las conductas que pueden resultar positivas y debe renunciar al castigo cuando éstas efectivamente lo son. En nada afecta a la prevención general el hecho de que los ciudadanos sepan que cuando producen un resultado positivo, aun cuando éste no esté abarcado por su voluntad, su conducta estará justificada». En relación con los comportamientos imprudentes, entiende TRAPERO BARREALES, M.^a A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, cit. n. 96, p. 486, que dada la importancia en este ámbito del desvalor de resultado, «porque sin él la mera conducta imprudente o infractora del deber objetivo de cuidado resulta irrelevante penalmente... si el sujeto desconoce la concurrencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación, realiza sólo una tentativa imprudente de lesión del bien jurídico, y por tanto realiza una conducta no sancionable penalmente... se excluye la relevancia penal de esa acción objetivamente justificada» (en sentido contrario, no obstante, v. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, p. 200. En la doctrina alemana, también v. FRISCH, W., «Grund- und Grenzprobleme des sog. Subjektiven Rechtfertigungselements», cit. n. 97, p. 131, quien mantiene que aquí lo injusto, «das wesensmäßig in der objektiv sorgfaltswidrigen Gefahrschaffung besteht oder diese zumindest konstitutiv voraussetzt, entfällt, wenn die Rechtsordnung die Handlung in ihrer Gefahrendimension im Blick auf die in concreto konfligierenden Güter zulassen muß»). La construcción de esta autora entronca, no obstante, con la propuesta de LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit. n. 16, pp. 75

Más recientemente, se viene señalando también la necesidad de ceder mayor espacio a consideraciones de oportunidad en los distintos peldaños de la teoría jurídica del delito (107). A ello se abren los principios estructurales de esta categoría (108): ponderación de inte-

n. 326, 76 n. 335, 103 ss., 597 ss., de diferenciar entre causas que excluyen el desvalor de resultado y causas que excluyen solamente el desvalor de acción. Este planteamiento genera dificultades si se entiende que el desvalor de resultado no es más que realización de desvalor de acción (GIL GIL, A., *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, cit. n. 61, p. 114; en el mismo sentido, v. pp. 89, 115, 116, 118, 119, 138 n. 335, 140 y 168, por ejemplo. En un sentido próximo, también v. CUELLO CONTRERAS, J., «Elemento objetivo y elemento subjetivo de las causas de justificación», cit. n. 16, pp. 148 y 157), porque, entonces, la justificación de aquél no es dissociable de la de éste. Últimamente, con matices, señala LUZÓN PEÑA, D. Manuel, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit. n. 16, p. 597 s., que «en sentido estricto no se puede hablar de “injusto del resultado”, ya que el (o lo) injusto es el hecho antijurídico, y antijurídica sólo puede ser una acción, en su caso productora de un resultado, pero el resultado mismo no es antijurídico, no infringe norma jurídica alguna, aunque sí puede ser jurídicamente desvalorado como algo indeseable». Con anterioridad, también, cuestionando la esencialidad de los elementos subjetivos, v. VALLE MUÑIZ, J. M., *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, cit. n. 15, pp. 124-7, quien reduce los presupuestos esenciales de justificación a «la presencia insuficiente de intereses preponderantes»; siguiendo al anterior, CUELLO CONTRERAS, J., «Elemento objetivo y elemento subjetivo de las causas de justificación», cit. n. 16, p. 158.

(107) En este sentido, v. LUZÓN PEÑA, D.-M., «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», cit. n. 15, pp. 204 ss., y especialmente, p. 207, pues también aquí se piensa, ante todo, en supuestos de «limitación del merecimiento de pena por la necesidad de pena». En la misma línea puede entenderse lo sostenido por Díez RIPOLLÉS, J. L., «La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal», cit. n. 16, p. 166, cuando señala que «tan importante como identificar correcta y diferenciadamente los contenidos político-criminales a incluir en el sistema de imputación jurídico-penal lo es el determinar dónde deben integrarse de modo exclusivo o cuasi-exclusivo cada uno de ellos. De ahí que lo acertado sea proceder a una identificación precisa e individualizada de los componentes de oportunidad y conveniencia propios de cada categoría, en la cual deberán insertarse directamente, es decir, sin necesidad de conceptos abstractos mediadores, así como asegurando lo más posible su estaqueidad. Sólo en tales condiciones la incorporación de elementos político-criminales a la teoría jurídica del delito asegura un enriquecimiento del sistema de imputación paralelo a un mayor aprovechamiento de sus potencialidades sistemáticas: La integración de los nuevos componentes en las categorías actuales no sólo las completa valorativamente sino que simultáneamente la consolida en su especificidad».

(108) Cfr. FRISCH, W., «Grund- und Grenzprobleme des sog. Subjektiven Rechtfertigungselements», cit. n. 97, pp. 120 ss. Más recientemente también RATH, J., *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit. n. 42, pp. 89 ss., señalando, p. 92, que tales principios «können verwirklicht sein ohne den Einfluss von Wirkungsmacht aus Subjektivität. Diese ist im Kontext jener Prinzipien zunächst bedeutungslos».

reses, etc. Las razones –principalmente– jurídico-constitucionales que informan la imputación de lo injusto responden a la naturaleza de su objeto, en consecuencia, no imponen la traducción a esos mismos términos de este segundo escalón (109). Ni siquiera imponen la adopción de una idéntica perspectiva de enjuiciamiento (110), mientras el

(109) Por ello, no convence el planteamiento de RATH, J., *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit. n. 42, pp. 353, 484, 490 ss., 573 ss., 610, 613 ss., cuando señala, p. 578, que «das Subjekt muss diese Optimierung mitin aus seiner Normativität heraus bewirkt haben. Sonst handelte es sich dabei um eine Realität, mit welcher er als Selbst nichts zu tun hat... Die Anwesenheit des Subjekts in seiner Normativität im Rechtfertigungskontext setzt nun aber - wie erläutert - den Vollzug der Entscheidungssituation in einem geistigen Akt voraus». Porque su comprensión, como las anteriores, incurre en una simplificación injustificada de los términos de la discusión en este ámbito. La antijuridicidad no tiene por qué agotarse en la valoración de la contraprestación del ciudadano desde la perspectiva de «die (Wieder-)Herstellung rechtlicher Verhältnisse. Porque, más allá de la «Leistung des Subjekts als Subjekt in Anbetracht der tatbestandlichen Läsion» (p. 610), pueden concurrir razones preventivas ajenas a la subjetividad –normatividad– del mismo que también aconsejen su consideración en este ámbito. La procedencia de atender a las mismas se explica por los principios que inspiran tal valoración: se trata de maximizar el ámbito de libertad o, en otras palabras, de razones de *ultima ratio* y proporcionalidad (en este sentido, con razón ya GÜNTHER, H.-L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, cit. n. 8, pp. 1, 3 ss., 35 ss., 55 ss., 83 ss., 100 ss., 114 ss., 133 ss., 189 ss., 204 ss., 224 s., 232 ss., 244 ss., 255 ss., desarrollando su comprensión, principalmente en pp. 281 ss.). La solución que propone RATH para los supuestos de ausencia de elemento subjetivo, pp. 616-9, «Wegfalls der objektiven Unrechtsvoraussetzungen», en tanto que categoría de exclusión de lo injusto, encontraría un mejor engarce mediante la ampliación de los términos de discusión en esta sede. En un sentido distinto, desde la perspectiva que ofrece el marco normativo italiano, y en particular el artículo 59 de su Código penal, también v. VIGANÒ, F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit. n. 35, pp. 324 ss.

(110) Sobre ello, defendiendo la necesidad de individualizar el juicio *ex ante* sobre la antijuridicidad desde la perspectiva de la norma como instrumento directivo de conducta, ampliamente v. MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, cit. n. 13, pp. 373 ss., pronunciándose expresamente a favor de la identidad de criterio de enjuiciamiento en sede de tipicidad y antijuridicidad en pp. 398 ss. Proponiendo la introducción de la perspectiva de enjuiciamiento en la definición legal, también v. el mismo: «El estado de necesidad como ley general», cit. n. 21, p. 229 n. 58. En la doctrina alemana, por ejemplo, RUDOLPHI, H.-J., «El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal», cit. n. 98, pp. 88 s. En un sentido distinto, desde la particular estructura del estado de necesidad, señala PAWLIK, M., *Der rechtfertigende Notstand*, cit. n. 25, p. 171, que «für beide Seiten verbindlich kann die Situationseinschätzung nur dann sein, wenn sie auf einer kognitiven Basis beruht, die nach unparteiischem Urteil beide Konfliktparteien als für sich gültig anzuerkennen haben: Nur was verbindend ist, kann Verbindlichkeiten begründen». En nuestra doctrina, también en sentido contrario, BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, cit. n. 17, p. 112 ss., señalando, en el primer lugar citado, que «si existe una certeza intersubjetiva ex

sujeto pueda determinar si «está actuando correcta o incorrectamente en el momento de llevar a cabo la acción» (111). Luego, puede cuando menos discutirse la posibilidad de que un golpe de suerte sólo apreciable *ex post* –por ejemplo, la producción accidental de un resultado positivo– condicione también positivamente, dado su significado preventivo –por ejemplo, reduzca de forma considerable la necesidad de pena (112)– y proximidad sistemática, la procedencia e intensidad de la intervención jurídico-penal en sede de antijuridicidad.

En términos de técnica legislativa, todas estas cuestiones se traducen en una recomendación de cautela, esto es, en lugar de decisiones unívocas, mediante referencias expresas en un sentido u otro, se muestra preferible abrir las definiciones legales a la discusión que acontece sobre la necesidad y –en tal caso– importancia de los elementos subjetivos de las causas de justificación y demás aspectos señalados. Con otras palabras, evitar expresiones como «impulsado por», «para evitar» –tal y como se recoge en la definición legal prevista en el actual artículo 20 apartado quinto de nuestro

ante acerca de un hecho o de una ley científica o experimental, aunque el único sujeto con una percepción «correcta» de la realidad sea el que pretendidamente para los demás se halla en error –y los equivocados sean ellos–, existe error»; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *El ejercicio legítimo del cargo*, cit. n. 16, pp. 292 s., proponiendo, incluso, positivizar la perspectiva intersubjetiva en la regulación del error de prohibición; MUÑOZ CONDE, F., «¿Legítima defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación», en *Presupuestos para la Reforma Penal*, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, 1992, pp. 131 s.; NIETO MARTÍN, A., *El conocimiento del Derecho*, Atelier, Barcelona, 1999, p. 42, contraponiendo esta categoría a la culpabilidad. Respondiendo a BALDÓ, MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, cit. n. 13, pp. 411-3 n. 88. En un sentido distinto, señalando la divergencia de enjuiciamientos del desvalor de acción y resultado, CARBONELL MATEU, J. C., «El sistema de la justificación en el artículo 20 CP/1995», cit. n. 21, pp. 128 ss.

(111) Como señala MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, cit. n. 13, p. 390.

(112) En este sentido v. MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, cit. n. 97, pp. 70 s. En los mismos términos, más recientemente el mismo: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 65. Recientemente también v. CARBONELL MATEU, J. C., «El sistema de la justificación en el artículo 20 CP/1995», cit. n. 21, pp. 130 ss. No obstante, en sentido contrario, ya GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *El ejercicio legítimo del cargo*, cit. n. 16, pp. 173 ss. Más recientemente, también GIL GIL, A., *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, cit. n. 61, pp. 114 y 184; SUÁREZ MONTES, R. F., «Reflexiones en torno al injusto penal», cit. n. 42, pp. 195 s.; TRAPER BARREALES, M.^a A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, cit. n. 96, p. 72.

Código Penal– y similares que condicionen en exceso y ya en sede de ley la discusión sobre los extremos señalados (113), y saludar aquellas otras, como –en mayor medida– la proposición «en» (114), que facilitan sus distintas formas de desarrollo e interpretación. Las frecuentes referencias en la doctrina a la necesidad de dotar de un grado de flexibilidad importante a esta segunda categoría de la teoría jurídica del delito (115), aconsejan orientar sus definiciones más hacia sus razones político-criminales generales que a la comprensión concreta que subyace a la discusión sobre sus componentes subjetivos.

En cuanto a la problemática intrínseca de estos elementos, en particular sobre el hecho de que, muchas veces nos reenvían al mundo «arcano profundo y escondido del alma humana» para concretar el contenido de las prohibiciones a través de los elementos de carácter subjetivo y la tensión que ello crea con el denominado mandato de determinación, ya me he pronunciado anteriormente en otros lugares (116). A ello sólo quiero añadir dos puntualizaciones. Primero, que la diferente relación con el principio de legalidad, y

(113) Cfr. LUZÓN PEÑA, D.-M., *Curso de Derecho penal*, cit. n. 21, pp. 627 s.

(114) Cfr. GIL GIL, A., *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, cit. n. 61, pp. 36 s.; LUZÓN PEÑA, D.-M., «Causas de atipicidad y causas de justificación», cit. n. 21, p. 39; el mismo: *Curso de Derecho penal*, cit. n. 21, p. 580; el mismo: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit. n. 16, p. 550; TRAPERO BARREALES, M.^a A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, cit. n. 96, pp. 106-8, 123-4, 127-9, 132 ss., 217 s.; SANZ MORÁN, Á., Elementos subjetivos de justificación, cit. n. 103, p. 99; el mismo: «Los elementos subjetivos de justificación», cit. n. 98, p. 745; SUÁREZ MONTES, R. F., «Breve apunte histórico sobre el elemento subjetivo en la legítima defensa en los Códigos Penales españoles», cit. n. 98, pp. 1010 s. En sentido contrario, sin embargo, v. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, pp. 198 s. También GIMBERNAT ORDEIG, E., «Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im spanischen Strafrecht», cit. n. 46, pp. 71 s., quien infiere de las mismas la necesidad de un componente intelectual. En la doctrina alemana v. FRISCH, W., «Grund- und Grenzprobleme des sog. Subjektiven Rechtfertigungselements», cit. n. 97, pp. 116 ss. Con amplias referencias bibliográficas y jurisprudenciales, TRAPERO BARREALES, M.^a A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, cit. n. 96, pp. 96 ss., especialmente 132 ss.

(115) Cfr. nn. 8 y 69.

(116) SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., «¿Cómo se elabora una propuesta de *lege ferenda*? Reflexiones sobre la formulación de los preceptos jurídico-penales. Primera parte: Tipicidad», cit. n. 1, apartado II. Sobre ello también v. NIETO MARTÍN, A., *El conocimiento del Derecho*, cit. n. 110, pp. 45 ss., especialmente, p. 58.

más concretamente con el mandato de determinación, de las circunstancias atenuantes y causas de justificación frente a las figuras delictivas y circunstancias agravantes, no permite obviar que también aquellas pueden generar importantes problemas de seguridad jurídica, si bien se plantean en un sentido inverso: en relación con la posible apreciación –o no– de una causa de justificación o una circunstancia atenuante. Por ello parece que también sus definiciones legales deberán responder a un nivel razonable de exigencia en tal sentido, con independencia de la previsión –o quizá, también por esto– de ulteriores cláusulas de apertura o integración. Y segundo, en cuanto a las circunstancias agravantes o la posibilidad de configurar agravantes por tendencia subjetiva, móvil o ánimo, aunque generalmente plantean problemas de culpabilidad (117), quiero avanzar ya que, desde una perspectiva de técnica legislativa, la cuestión, más allá de los diversos problemas que plantea su conveniencia y fundamento, debe centrarse –también– en la necesidad de introducir en su configuración legal elementos de carácter objetivo –desvalorativos o descriptivos– que permitan cierta racionalidad en el control de las soluciones (118). En este sentido, y con independencia de su naturaleza, algunos de los componentes recogidos en la circunstancia agravante tercera del artículo 22 del Código, particularmente las circunstancias de «precio» y «recompensa», nos merece una valoración positiva (119).

(117) Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG III. Teoría Jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 159 s. No obstante, en relación con la circunstancia de precio, recompensa o promesa, también v. MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 21, p. 489, quienes advierten, que en el supuesto del inductor, puede determinar una mayor facilidad de comisión. Aprecia un mayor desvalor en la conducta del autor, también PÉREZ ALONSO, E. J., *Teoría general de las circunstancias*, cit. n. 26, p. 190.

(118) Así ya v. MADRID CONESA, cit. por PÉREZ ALONSO, E. J., *Teoría general de las circunstancias*, cit. n. 26, p. 380 n. 844. Más recientemente, también, advirtiendo de los graves problemas de delimitación, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992», cit. n. 5, p. 904. Siguiendo al anterior GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Presente y futuro de las circunstancias modificativas», cit. n. 4, p. 40.

(119) Con matices, sin embargo, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992», cit. n. 5, p. 903, propone «zanjar el problema de si también es aplicable a quien da, como hace la jurisprudencia, o no».

IV. UN ÚLTIMO APUNTE SISTEMÁTICO

El concepto de antijuridicidad y, en general, el esquema tripartito que he adoptado en éste y otros trabajos para la explicación de los principios y problemas que presenta la configuración de los diferentes de preceptos jurídico-penales sigue, en particular, el sistema de exposición de la teoría jurídica del delito que recoge en los tomos II y III de su Curso de Derecho Penal español el profesor Cerezo Mir (120). También la ubicación del parentesco (121). Como casi todo en nuestra disciplina, se trata de una estructura que no es indiscutida, y recientemente, desde nuestra doctrina, ha sido objeto de una profunda y elaborada crítica a partir de la naturaleza imperativa de la norma (122). Ante la –supuesta– imposibilidad de una antijuridicidad no culpable, nos propone Molina Fernández como alternativa una distinción entre el desvalor material del hecho –desde la perspectiva del ordenamiento jurídico de cara a terceros– y la infracción –por tanto, según tal esquema, culpable– de la norma de conducta (123). Sin

(120) Si bien la importancia del concepto de acción en el sistema de CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, pp. 19 s., permitiría su calificación como sistema cuatripartito, los problemas de técnica legislativa sólo afectan a sus posibles predicados: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; de ahí la estructura adoptada. Señala la conveniencia de clasificar los sistemas en función de estos últimos elementos MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, cit. n. 13, p. 29.

(121) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. n. 2, pp. 400 ss.

(122) Especialmente, señalando la necesidad y presupuestos de la relación comunicativa entre emisor y destinatario para la perfección del acto prescriptivo v. MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, cit. n. 13, pp. 508 ss. No obstante, mostrando sus reservas frente a las argumentaciones de teoría de las normas, con carácter general, también v. SCHÜNEMANN, B., «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal», cit. n. 19, pp. 76 s.

(123) MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, cit. n. 13, *passim*, especialmente, pp. 489 ss. En sentido contrario, sin embargo, también v. HIRSCH, H. J., «La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana», cit. n. 16, pp. 10 ss. Anteriormente SCHÜNEMANN, B., «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal», cit. n. 19, pp. 71 s. En la doctrina italiana, por todos, VIGANÒ, F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit. n. 35, pp. 144 ss., 148 ss., y sobre su relevancia problemática, pp. 310 ss. En nuestra doctrina, entre otros, BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, cit. n. 17, pp. 35 s.; CEREZO MIR, J., «Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus spanischer Sicht», cit. n. 21, pp. 22 ss.; MUÑOZ CONDE, F., «¿Legítima defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación», cit. n. 110, p. 133, aludiendo a razones problemáticas y sistemáticas en n. 24.

embargo, las dudas sobre su construcción van tomando cuerpo a medida que desarrolla su planteamiento, y en particular, cuando aborda el tratamiento de la imprudencia inconsciente.

En relación con esta última cuestión, propone Molina bien la impunidad, bien encontrar un momento previo de infracción consciente de una norma de peligro de grado inferior (124). Sin embargo, es precisamente esta necesidad de encontrar siempre una infracción consciente de la norma directiva, la que revela la inidoneidad de su modelo de análisis, los actos de habla de contenido directivo, para la explicación de la juridicidad (125). Según Molina Fernández, «cualquier sistema teórico que conciba la existencia de normas al margen... de su conocimiento está tácitamente renunciando a entender las normas como órdenes o mandatos, y con ello también... a una explicación directiva del derecho..., supone incurrir en una patente contradicción o en una impropia utilización del concepto de mandatos u órdenes» (126). El defecto de esta comprensión reside en la equiparación sin más de un acto de habla de contenido directivo (por ejemplo, A ordena a B levantarse: ¡levántate!) con una norma jurídica (por ejemplo, controlar dentro de unos márgenes los riesgos que genera un vehículo, según prevé el artículo 19.1 de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial (127)) y en particular, con una norma jurídico-penal (conducir con determinado margen de prudencia, tal y como se infiere –también– del artículo 142 de nuestro Código Penal). Frente al ciudadano A, quien para dar a conocer y perfeccionar el contenido prescriptivo de su mensaje debe entablar una relación comunicativa con B, la norma jurídico-penal posee una existencia previa, mediante un contexto de comunicación, al establecimiento efectivo de la relación con su destinatario. Por ello, advierta o no el conductor que excede de los límites de velocidad, existen múltiples elementos (señalización previa, habilitación y formación precisas, la situación típica...) que anticipan y sustentan la norma. Luego, si finalmente, y aún inconscientemente, no se digna

(124) MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, cit. n. 13, *passim*, especialmente, pp. 550, 581, 712, 721, 724 ss.

(125) En este sentido también, recientemente SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas», *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 2002/3, pp. 398 ss., señalando las insuficiencias de condicionar las expectativas a las opciones fácticas de los individuos.

(126) MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, cit. n. 13, pp. 587 s.

(127) Real Decreto 339/1990, de 2 de marzo.

a actualizarla, pueden recaer sobre él las consecuencias (128). Al igual que el acto de habla del ciudadano A, la fuerza vinculante de una norma jurídico-penal no es una decisión unilateral de quien la emite: requiere la configuración de un contexto. Ahora bien, configurado el mismo, su imperatividad ya no depende de la –mayor o menor– disponibilidad del destinatario a atender su contenido. Frente al acto de habla de A, el artículo 142 del Código Penal parte con ventaja, pues la relación comunicativa que permite el perfeccionamiento del mandato le precede: se sitúa en un momento anterior a la «decisión» –consciente o no– que tome su destinatario sobre la actualización de su contexto de comunicación (129).

Los términos de la discusión con Molina Fernández, aunque permiten a este penalista desarrollar –y de forma apabullante– su comprensión de la antijuridicidad y deshojar las posibles razones de su distinción frente a la culpabilidad hasta que concluye su carácter prescindible, no agotan el marco de debate. Porque en la distinción entre tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad no se trata sólo de una posible función relacionada con la aplicación de normas frente a terceros o de la viabilidad de un criterio de juridicidad de carácter intersubjetivo (130). Frente a una posible simplificación de la teoría jurídica del delito que atienda, por un lado, a la infracción de normas directivas de conducta y por otro a la lesividad del comportamiento,

(128) Por ello, en relación con la reciente propuesta de SILVA SÁNCHEZ, J.-M.^a, «¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas», cit. n. 125, pp. 400 ss., especialmente 403 ss., en la que pretende conciliar las concepciones de la norma como directiva de conducta y como expectativa institucionalizada, habría que apuntar que también el concepto de norma como expectativa se dirige al ciudadano como potencial delincuente o sujeto interesado prioritariamente en la libertad de acción, y puede ser base racional suficiente –con independencia de ulteriores mandatos o prohibiciones– sobre la que sustentar responsabilidad. En sentido contrario, sin embargo, entiende SILVA SÁNCHEZ, J.-M.^a, «¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas», cit. n. 125, p. 409, la infracción del imperativo como presupuesto de la norma de sanción.

(129) En cuanto al contenido de racionalidad de esta comprensión, entiendo que se plasma en el momento de creación del contexto. El legislador debe establecer un contexto racional de comunicación, entonces si el particular –consciente o inconscientemente, en cualquier caso– por desidia no lo actualiza deberá soportar las posibles consecuencias (en este último sentido, también v. NIETO MARTÍN, A., *El conocimiento del Derecho*, cit. n. 110, pp. 32 ss.). Sólo cuando la no actualización es atribuible a otros factores ajenos su incumbencia entonces, y sólo entonces, no hay elementos sobre los que asentar su responsabilidad. Pero esto ya es otra cuestión.

(130) No obstante, v. MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, cit. n. 13, pp. 678 ss., por ejemplo.

hay que oponer que las causas de justificación, las circunstancias atenuantes, agravantes y las diferentes figuras delictivas muestran principios, elementos e incluso diferentes perspectivas de enjuiciamiento suficientemente heterogéneos como para reclamar una teoría propia (131). Por ello no convence siquiera un esquema bipartito (132). Desde la perspectiva de estudio abordada, sigue siendo preferible distinguir entre tipicidad, antijuridicidad y –como se verá, también– culpabilidad (133).

(131) En este sentido también PERRON, W., «Principios estructurales de la justificación en los Derechos penales español y alemán», en D.-M. LUZÓN PEÑA y S. MIR PUIG (coords.), *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 74.

(132) En sentido contrario, también, manifiesta MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, cit. n. 13, p. 663 n. 95, que «la concepción que mejor explica la relación que debe darse entre circunstancias fundamentadoras y circunstancias excluyentes de la lesividad es la denominada *teoría de los elementos negativos del tipo*... se trata de la opción más satisfactoria, tanto desde un punto de vista de teoría de la norma...; como desde un punto de vista valorativo (no hay diferencia alguna en que un hecho no lesione bienes jurídicos o que los lesione para preservar otros de mayor importancia, e incluso en este segundo caso el hecho puede ser obligatorio); como atendiendo a las consecuencias...; como por último desde una perspectiva sistemática (sólo con esta solución se puede superar la confusa exposición tripartita, en la que un elemento, la antijuridicidad, es a la vez un *examen* de las circunstancias que la excluyen y un juicio sobre las que la fundamentan)».

(133) No obstante, desde la teoría de los elementos negativos del tipo, señala igualmente esta conveniencia de diferenciación ya MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, cit. n. 97, p. 87. En los mismos términos, más recientemente, el mismo: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, cit. n. 112, p. 77. En cualquier caso, como señala BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, cit. n. 17, p. 35, esta distinción analítica «no obsta en modo alguno a la consideración de que sólo el sistema general de mandatos y prohibiciones jurídico-penales puede establecer lo «prohibido» o lo «prescrito»... [pese a ello] resulta metodológicamente fructífero el distinguir analíticamente entre ambos subsistemas, pues ambos establecen, respectivamente, las «reglas» de determinación del aspecto de disvalor de un comportamiento y las «reglas» de determinación del aspecto de valor de un comportamiento... Sin embargo, la verdadera *norma de comportamiento*, única que impone «deberes jurídico-penales concretos», surge de la «comprensión sintética de ambas clases de reglas»».