

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

Fundamento, naturaleza y fuentes de la justificación penal

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Juan Carlos Carbonell Mateu

DIRECTOR:

Manuel Cobo del Rosal

Madrid, 2015

Juan Carlos Carbonell Mateu

TP

1983

026



* 5 3 0 9 8 6 0 1 4 3 *

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE

x-53-117854-3

FUNDAMENTO, NATURALEZA Y FUENTES DE LA JUSTIFICACION PENAL

Departamento de Derecho Penal
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
1983



BIBLIOTECA

Colección Tesis Doctorales. Nº

26/83

© Juan Carlos Carbonell Mateu
Edita e imprime la Editorial de la Universidad
Complutense de Madrid. Servicio de Reprografía
Noviciado, 3 Madrid-8
Madrid, 1983
Xerox 9200 XB 480
Depósito Legal: M-1705-1983

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

FUNDAMENTO, NATURALEZA Y FUENTES
DE LA JUSTIFICACION PENAL

(Especial referencia al art. 8, nº 11 del Código Pe-
nal español como cláusula general de justificación)

Tesis presentada para la colación del grado de Doctor
por el Licenciado, D. JUAN CARLOS CARBONELL MATEU.

(Director : Prof. Dr. D. MANUEL COBO DEL ROSAL)

Madrid, 1981-82

I N T R O D U C C I O N

I.- EL TEMA DE LA JUSTIFICACION Y LA JUSTIFICACION -
DEL TEMA

La elección de un tema como "fundamento, naturaleza y fuente de la justificación penal" para realizar -- una Tesis Doctoral debe... justificarse o, al menos, explicarse. Y ello por múltiples motivos.

En primer lugar, es un tema dogmático. Y sabido es -- que el equilibrio entre Dogmática y Política Criminal es una de las tareas, por no decir la tarea, más difíciles, pero, al mismo tiempo, más necesarias, que son exigidas a la Ciencia del Derecho Penal en la ac

tualidad. No puedo aspirar al logro de lo que no he conseguido probablemente nadie. No es eso, por tanto, lo que me propongo. Me basta con intentar buscar un fundamento material que sea capaz de inspirar la solución a los problemas formales que presenta el aspecto negativo del elemento esencial del delito: la antijuridicidad. La tarea no supone, es verdad, nada nuevo. Pero no existe, al menos no conozco, ninguna monografía en la doctrina española que haya buscado el fundamento material de la justificación para, a partir de ahí, pronunciarse sobre diversos aspectos polémicos de la misma, tales como si son o no las causas de justificación elementos negativos del tipo, cual es el alcance de los elementos subjetivos de la justificación, si estos son aceptables más allá de lo contenido en cada "tipo de justificación", etc., y abordar el tema de sus fuentes, otorgando, siempre a la luz de ese fundamento material, a una de las causas de justificación recogidas en el Código penal español -la comprendida en el número 11 del artículo 8º- la categoría de cláusula general. Es un intento de vinculación al Derecho y utilidad político-

criminal no se contradigan, recogiendo, si quisiera-
sea muy modestamente, el reto planteado por Roxin --
(1).

Se trata, por otro lado, de una cuestión aparentemen-
te inabordable, por su amplitud, en una tesis que, -
sin embargo, no es excesivamente extensa. Ello me --
obliga a delimitar el terreno hasta reducirlo a la -
más estrecha angostura posible. Tengo que partir de-
un concepto concreto de injusto, -y en seguida acla-
raré cual es-, para llegar al de justificación que,-
lógicamente, no puede diferir en nada del que se ten-
ga sobre el Derecho. En efecto, la justificación no
es otra cosa que la negación de la contrariedad a De-
recho; que la afirmación, por consiguiente, de que -
no se produce la antijuridicidad. Sería el colmo de-
la incoherencia mantener, en orden a la justifica- -
ción, criterios diferentes a los que se tengan acer-
ca del Derecho. Al realizar estas afirmaciones no se
me oculta que estoy dando la razón a quien sostenga-
que estamos ante un tema inabordable.

Pero tampoco se debe ocultar a quien así opine que - cualquier estudio jurídico, en mayor o, es verdad, - la mayoría de las veces, menor medida, habrá de plantearse idéntico problema. Y no voy a caer en la tentación de intentar explicar a través de remisiones, - citas bibliográficas, exposición de teorías y críti- ca de posturas divergentes, cuál es mi concepto de - Derecho. Eso sí que resulta absolutamente inaborda-- ble. Quede todo ello, pues, como un "preconcepto".

Así, las miras de esta Tesis quedan más reducidas. - Se trata de, a partir de una concepción determinada- del Derecho y del injusto, intentar desarrollar algu- nas cuestiones comunes a todas las causas de justifi- cación, con la máxima coherencia posible, tanto des- de el punto de vista dogmático cuanto político-crimi- nal.

Por cierto que se resuelve afirmativamente -como se- verá en el texto- la cuestión de si existe puntos co munes a todas las causas de justificación: también - es ésta una consecuencia de su fundamento material.

Por otra parte, y sin embargo, esta Tesis tampoco -- pretende ser una "Teoría general de la justificación": son muchas las cuestiones que no van a ser abordadas aquí, tales como las consecuencias civiles de la verificación de una conducta típica justificada, la -- participación, la justificación incompleta, el error sobre las causas de justificación --al que, no obstante, habrá que referirse tangencialmente--, etc. De esta forma, pues, el tema está ya mucho más limitado.

Se trata, por supuesto, de una cuestión nuclear de la disciplina. Abordarla ahora, cuando me encuentro completamente ayuno de conocimientos y experiencias, -- puede parecer pretencioso y hasta impertinente. Sin embargo, y aunque no se me escapan esos inconvenientes, creo que también pesan las ventajas; sobre todo si no se concibe la Tesis Doctoral como una obra definitiva sobre la que no se va a volver. No es la -- más pequeña de éstas, lo que el manejo de obras básicas, muchas de las cuales han jugado el papel de protagonistas en la evolución de la Ciencia del Derecho Penal, y el intento de digerirlas y sistematizarlas,

han de contribuir en la información y la formación - de quien se enfrenta a ellas. Así lo ha entendido -- también el Director de esta Tesis, prof. Cobo del Rosal, cuyo Magisterio y afecto constituyen un indele- ble honor para mí.

II.- LOS "PRECONCEPTOS" DE DERECHO E INJUSTO

Y, ¿cuáles son esos "preconceptos" de Derecho e injusto, de los que parto para desarrollar el tema escogido?

Entiendo que el Derecho penal tiene una misión fundamental: la protección de intereses socialmente valiosos. Y es el legislador el que, a través de la comisión penal, realiza esa valoración. De esa concepción se derivan ciertas consecuencias: en caso de conflicto de intereses, el Derecho habrá de proteger aquél que más valore en detrimento de los otros. No es momento ni lugar oportunos para recoger una amplia referencia entre los partidarios de las teorías imperativistas y los que lo son de las, por decir así, valoradoras. Baste, por ahora, con manifestarme partidario de la tesis de que la norma valora y de que, por consiguiente, la contrariedad a un Derecho cuya misión principal ya he dicho que es, en mi opinión, la salvaguardia de intereses, no puede entenderse desconectada de esos intereses. La mera desobe

diencia no puede ser el contenido de la antijuridicidad: éste de habrá de verse en el quebranto de alguno de los intereses protegidos. Y aún más, un quebranto que no esté neutralizado por la producción de otro interés de igual o superior valor. Rechazo, por tanto, la idea de delito formal. A lo largo de la presente monografía se perfilarán y ampliarán estas posiciones.

Estrechamente vinculadas a ellas se encuentra otra cuestión, que conviene delimitar: la de las relaciones entre el tipo y la antijuridicidad. Sería necesario analizar prácticamente la totalidad de las exposiciones de la "teoría jurídica del delito" que se han sucedido para recoger, siquiera sea exegéticamente, las opiniones vertidas al respecto, desde las de los autores que mantienen la tesis de la simple coordinación hasta las de los que conciben el tipo como ratio essendi de la antijuridicidad, pasando por las de los que lo entienden como ratio cognoscendi de la misma, así como la función atribuida por unos y otros a los elementos normativos del tipo (2). Como-

fácilmente se comprenderá, ello desbordaría, con creces, las posibilidades de esta Introducción. Si quiero, sin embargo, esquematizar mi posición, que se verá desarrollada a lo largo del trabajo.

Si el Derecho quiere cumplir una función protectora de intereses o bienes jurídicos, tipificará aquellas conductas que no quiere que, en general, se lleven a cabo (3), porque suponen, en principio, una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. De esta manera aquellas conductas que coinciden con la descripción recogida en la ley penal serán típicas, en la medida en que supongan dicho quebranto. Ello deja -- por fuera de la cualidad de típicas, todas aquellas acciones que incidan sobre bienes jurídicos, sobre los cuales el sujeto pasivo tiene un poder de disposición absoluta, siempre que medie su consentimiento; así como las que, aún produciendo un cierto quebranto en el interés protegido, proporcionen la única posibilidad de salvar ese mismo interés; así, una leve atención ilegal consentida no será nunca típica; como tampoco la conducta del cirujano que produce una incisión --conducta que puede coincidir con la descrip-

ción del tipo de lesiones (delito contra la salud e integridad de las personas)-, cuando éste sea el único medio de salvar esa misma salud o integridad física.

Para que una conducta típica sea, además, antijurídica, será necesario que el quebranto del interés que produzca no esté neutralizado por la producción de un interés igual o mayor, en un bien distinto: así será típica, pero no antijurídica, la conducta de quien arroje una piedra contra un cristal, rompiendo éste -conducta constitutiva de un delito de daños- para salvar la vida de una persona que se encontraba en trance de muerte como consecuencia de un escape de gas.

La concepción del injusto, contenido material de la antijuridicidad, como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, y del Derecho penal como protector de intereses conduce, en mi opinión, a un entendimiento fundamentalmente objetivo de la antijuridicidad (4), lo que, a su vez, llevará a mantener idéntico criterio respecto de la justificación.

III.- ESTRUCTURA DEL TRABAJO

La presente monografía se divide en dos partes: la primera está dedicada al fundamento y la naturaleza de la justificación, mientras que la segunda tiene por objeto de estudio las fuentes de la misma.

La búsqueda de un fundamento unitario para todas las causas de justificación me parece una cuestión inexcusable para comenzar el estudio de las mismas. Pero a ello ya me he referido y tendré que volver en el lugar oportuno. Sólo a la luz de la fundación material, podrán ser entendidas las posturas mantenidas en orden a la consideración o no de la teoría de los elementos negativos del tipo o a la concepción fundamentalmente objetiva de la justificación.

De nuevo la amplitud inicial de los temas me obliga a abandonar cualquier intento de exhaustividad. No voy, por ello, a realizar mayores referencias teóricas que aquellas que denoten aportaciones importantes para apoyar o rebatir mis concepciones. En reali

dad, a eso corresponde el concepto de Tesis Doctoral.

La segunda parte, repito, está dedicada a las fuentes de la justificación: es decir, al estudio de los diferentes sistemas normativos existentes para recoger formalmente aquellos casos de conductas típicas que, de acuerdo con lo mantenido en la primera parte, deban ser justificadas, haciendo especial hincapié - en la fórmula legislativa española, a la que se dedica un capítulo. En efecto, entiendo que la circunstancia undécima del artículo 8º del vigente Código penal español, "cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo", es una cláusula general de justificación. Su estudio será abordado tan sólo en cuanto se refiere a esta cualidad. - No se trata, por consiguiente, de un análisis tradicional de la disposición: no me voy a referir, por ello, al desarrollo de las típicas manifestaciones de la eximente, tales como el ejercicio del derecho de corrección o de la profesión de abogado; al menos, no lo voy a hacer a aquello que no sea específicamente relevante en orden a la consideración de la exi-

mente como cláusula general de justificación.

Sí serán analizados, por el contrario, algunos problemas que plantea la fórmula, tales como los límites del ejercicio de un derecho o el examen conforme a deber, junto con una referencia, siquiera sea tangencial, a la polémica cuestión de la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios en nuestro Derecho; problemas cuya resolución entiendo básica para comprender el significado y alcance de la eximente y de su función sistemática.

N O T A S

- (1) Vid. Roxin, C.: Política criminal y sistema del-Derecho penal, traducción e introducción de F. - Muñoz Conde, Barcelona, 1972, pág. 83.
- (2) Una completa exposición en Cobo del Rosal, M.: - La reciente dogmática de los caracteres del deli to, Tesis Doctoral parcialmente inédita, Univer- sidad Complutense, Madrid, 1960, págs. 207 y ss.
- (3) Vid. Mir Puig, S.: Función de la pena y teoría - del delito en el Estado Social y Democrático de- Derecho, Barcelona, 1979, págs. 40 y ss.
- (4) Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T.S.: Derecho- penal, Parte general, tomo II, Valencia, 1981, - pág. 70. En contra, por ejemplo, Mir Puig, S., - op. y loc cit. nota anterior.

PRIMERA PARTE

CAPITULO PRIMERO : EL FUNDAMENTO DE LA JUSTIFICACION

Las instituciones jurídicas responden, cualquiera -- que sea su naturaleza y su significación formal, a un fundamento material (1). Y ello porque el Derecho no es un capricho del legislador, sino, en palabras de Radbruch, un "fenómeno cultural, es decir, un hecho relacionado a un valor" (2), lo que ha permitido al citado autor definirlo como el "conjunto de las ordenaciones generales para la vida humana en común" (3). En otras palabras, si el todo jurídico persigue un fin, éste ha de verse lógicamente cristalizado en cada una de las partes, de modo que ninguna de ellas resulta caprichosa (4); toda institución jurídica -- tiene una razón de ser, está inspirada en un fundamento material.

En nuestro caso, se trata de fundamentar un elemento negativo del delito o, lo que es lo mismo, de explicar las razones por las que, dándose, en principio, las condiciones formales para ello, no surge la antijuridicidad de la conducta típica.

Sin duda, ello obligará a tener muy presente el fundamento de la antijuridicidad; lo que se ha dado en denominar "antijuridicidad material" (5): la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Así, puede formularse el tema de la fundamentación material de la justificación de la conducta típica de la siguiente manera: ¿Por qué no surge la antijuridicidad cuando se produce un hecho calificado, a priori, como de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico?. La dogmática penal ha dado, a lo largo de su evolución, dispares respuestas a esta pregunta.

I.- POSTURAS CONTRARIAS A LA SISTEMATIZACION SOBRE -
EL FUNDAMENTO DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

Algunos autores han negado la posibilidad de fundamentar genéricamente la justificación. Y quienes así han opinado, lo han hecho, bien porque han considerado que las distintas causas responden a fundamentos diferentes, bien porque han negado que la justificación tenga fundamento alguno, en la medida en que la antijuridicidad, en su opinión, tampoco la posee.

1.- Posturas que niegan un fundamento unitario

Así, la opinión de los partidarios de la primera postura puede resumirse con la categórica frase "No - - existe un denominador común para todas las causas de justificación", debida a Himmelreich (6). Según estos autores, resulta imposible reducir a un criterio uniforme el fundamento de las causas de justifica- -

ción; ni siquiera son éstas susceptibles de ser -- agrupadas en orden a sus respectivas razones de ser- (7).

Para Samson, sí es posible llegar a una fundamenta-- ción genérica; lo que ocurre es que cuando ésta se -- formula, resulta tan sumamente abstracta, que no di- ce nada, es vacía (8). Tampoco Albin Eser se muestra partidario de la tarea globalizadora; las causas de- justificación obedecen a razones diferentes, plura-- les; se da, en la realidad, un "pluralismo causal" -- (Zufallspluralismus) que intenta ser unificado, sin- demasiado éxito, por un sector de la doctrina (9).

Maurach, por su parte, se muestra menos radical, al- afirmar que "si bien falta un denominador común a to- das ellas (sin citar, las causas de justificación),- existen, sin embargo, determinados elementos de jus- tificación comunes a todas, por distintas que puedan ser en su manifestación externa, siendo siempre idé- nicas las consecuencias relevantes jurídico-penales- derivadas de las mismas" (10). Sin embargo, no dudó-

en incluirlo en este apartado, dada su tajante afirmación de que "no hay un principio general idóneo, - en la práctica, para todos los casos de justificación del hecho" (11).

A pesar de estas opiniones, inductoras al desánimo, - las páginas siguientes pretenderán encontrar una fundamentación genérica a las diferentes causas de justificación.

2.- Posturas que niegan todo fundamento

Pero existe un segundo grupo de autores que también se opone a la practicabilidad de esta tarea. Si los hasta ahora vistos negaban el adjetivo genérico, este segundo grupo basa su negativa ya en el sustantivo fundamento. Si, como se ha señalado, los criterios acerca de la justificación están estrechamente vinculados al concepto de "antijuridicidad material", e incluso éste a la idea que se tenga acerca del De-

recho, en general (12), es lógico que aquellos autores que niegan dicho concepto, en pura coherencia, - se opongan a que la justificación tenga fundamento - alguno: se trata simplemente de la concurrencia de - una norma permisiva que se opone, o, en ocasiones, - completa, al imperativo de la norma prohibitiva. Bas tará, por tanto, con referirse a la naturaleza jurídica -aspecto formal de la institución (13)- para -- que ésta quede totalmente explicada. Esta es la opinión de todos los autores que se muestran partidarios de las tesis imperativistas (14); tesis que ya han sido objeto de crítica en páginas anteriores - - (15).

II.- POSTURAS QUE TRATAN DE FUNDAMENTAR SISTEMATICAMENTE LA JUSTIFICACION

La doctrina, podemos decir que, mayoritaria, sin embargo, sí se muestra partidaria de buscar una fundamentación común a las causas de justificación; normalmente, con el fin de sistematizar éstas. Pero, -- dentro de esta posición dominante, no todos los autores están de acuerdo en la existencia de una fundamentación única, ni aún menos, en cual sea ésta, en caso de que la haya.

Así, hay autores que encuentren diferentes fundamentaciones para las distintas causas de justificación, sin que ello suponga que rechacen la existencia de una comunidad de principios en ellas. Por el contrario, sistematizan las causas de justificación en orden a su fundamento. Es posible referirse a las opiniones de este sector doctrinal, denominándolas teorías pluralistas. Por el contrario, llamaremos teorías monistas a aquellas que mantienen que todas las

causas de justificación responden a una única fundamentación material. Así, recoge Ranieri (16) como -- principales representantes del segundo grupo las teorías de la "conducta adecuada a la realización de un todo reconocido por el Estado", la del "medio justo para un fin justo", y la "valuación de bienes jurídicos", que permite la consideración de causas de justificación extralegales (17), mientras que como representativa de las tesis pluralistas cita la posición mezgeriana de la ausencia de interés y el interés preponderante. Entre nosotros, Del Rosal también formula una clasificación similar, recogiendo como -- tesis pluralistas, la ausencia de interés (que se manifiesta en el consentimiento del sujeto pasivo, -- bien expreso, bien tácito) y el interés preponderante; mientras señala como monistas la adecuación social, el principio de valuación de bienes jurídicos y el conflicto de deberes (18).

Por nuestra parte, y para la exposición de este apartado, nos sumaremos, en sus rasgos generales, a la -- clasificación aportada por Jescheck (19), quien reco

ge las siguientes teorías monistas: en primer lugar se refiere a la formulada por Schmidhäuser, sobre la situación del "previo derecho al bien" (20), y a continuación -sin que ello suponga orden cronológico- al "principio de la mayor utilidad que perjuicio", - formulado por Sauer (21), la teoría del "medio adecuado para la consecución del fin reconocido por el Estado", formulada por Graf zu Dohna (22), la ponderación de bienes, con referencia a Noll (23) y la regulación social de intereses o intereses opuestos, - de Roxin (24).

Podría añadirse diversas clasificaciones, como la -- formulada por Samson (25), quien alude a las tesis - de Graf zu Dohna, Sauer, Noll, Mezger y Stratenwerth.

Por último, cabe señalar, además de las ya citadas, - las tesis pluralistas mantenidas por Welzel (26), -- quien distingue entre tres grupos de causas de justificación: aquellas que responden a un fundamento de necesidad, entre las que incluye la legítima defensa, el estado de necesidad jurídico-civil y el estado de-

necesidad supralegal; las producidas en situaciones que exigen el empleo inmediato de la fuerza, con especial referencia a la autoayuda y la detención provisional y el consentimiento del ofendido; y Bockelmann (27), quien alude a la no contrariedad a los fines del Ordenamiento jurídico, el medio adecuado para el fin justo, la salvaguardia de intereses justos y el conflicto de deberes como fundamentos de las causas de justificación.

De todas estas fundamentaciones, convenientemente -- clasificadas paso a ocuparme.

1.- Teorías pluralistas

a) Interés preponderante y ausencia de interés

De entre las ya citadas opiniones descuellan, tanto por su importancia intrínseca cuanto por su influencia en la doctrina posterior, la aportación de Edmund Mezger (28). Parte Mezger del estudio sobre la-

naturaleza propia del injusto y su contenido material para enlazar con la búsqueda de la fundamentación y sistematización de las causas de exclusión de la anti-juridicidad. La lesión de intereses representa el contenido de todo injusto. De ahí cabe deducir que son dos los momentos determinantes de la admisión de una causa justificativa de la conducta (29). Ello -- permitirá hablar de "dos grandes grupos de tales causas de exclusión del injusto", "la situación es la siguiente: o desaparece por determinado motivo el interés que en otro caso sería lesionado por el injusto (principio de la ausencia de interés), o surge -- frente a dicho interés otro de más valor que trans--forma en conducta conforme al Derecho lo que en otro caso hubiera constituido un injusto (principio del -- interés preponderante)" (30).

"Una justificación con arreglo al principio de la -- ausencia de interés se produce cuando la voluntad, -- que normalmente se entiende lesionada por la realiza--ción típica, no existe en el caso concreto. Esta -- ausencia puede haberse producido de manera conscien-

te o puede ser deducida de una especial situación de hecho determinante de que el lesionado, en el momento de realizarse la acción, no sea consciente de la falta de dicha voluntad. En consecuencia, surgen dos causas de exclusión del injusto con arreglo al principio de la ausencia de interés: el llamado consentimiento del ofendido y el llamado consentimiento presunto del ofendido (31).

"En cambio" añade Mezger, "la justificación con arreglo al principio del interés preponderante se produce cuando frente al interés lesionado por la realización típica aparece, en el caso concreto, un interés de más valor que desplaza al primero" (32). Sobre esta base, subdivide el citado autor este apartado en tres: las acciones realizadas en virtud de deberes preponderantes, las acciones realizadas en virtud de una especial justificación, y el fundamento de exclusión del injusto con arreglo al llamado principio general de la valuación de los bienes jurídicos (33).

Anota, por su parte, Rodríguez Muñoz que "en nuestro Derecho pueden también ordenarse las causas de justificación con arreglo a estos dos grandes principios- de la "ausencia del interés" y del "interés preponderante". Es de advertir", apunta, "que todas las causas de justificación formuladas por nuestro Código - Penal corresponden sólo al segundo de ellos, tanto - las que contiene el artículo 8º (números 4º, 5º, 6º, 7º y 11º) como las que pudieran hallarse en el libro II (...). En lo que concierne al último extremo, referente al "principio de la valuación de los bienes jurídicos" es igualmente aplicable en nuestro Código, - aunque en rigor la amplia formula del ya citado número 7º del artículo 8º, inspirada en él, abarca ya en sí casi todos los casos en que podría entrar en juego independientemente" (34). Es curiosa esta apelación al estado de necesidad como cláusula general; - apelación que, por otro lado, se repetirá en la doctrina. Más adelante intentaré explicar como, en mi opinión, no corresponde tal función al estado de necesidad, sino al "cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo", circuns

tancia recogida en el número 11º del artículo 8º del Código Penal español (35).

La transcendencia que la aportación de Mezger ha tenido en la doctrina ha sido inmensa, y en este punto concreto no lo ha sido menos. Sin embargo, se ha hecho más incipiente, como tendremos ocasión de ver, en la valuación de los bienes jurídicos como principio general, que abarca a todos los demás (36). En efecto, puede decirse que la toma en consideración de la ausencia del interés y de todos los casos de interés preponderante, sólo puede hacerse si previamente los bienes en conflicto (o no en conflicto, por ausencia del interés) han sido valuados. Y el propio Mezger, con finísima intuición, se da cuenta de ello, aunque sólo lo deje anotado: el principio del interés preponderante es sólo un principio formal; "se trata -- ahora de encontrar ante todo (...) la "causa de justificación formulada", que en tanto no intervengan formas especialmente establecidas por la Ley, ha de hallarse en el principio de valuación de los bienes jurídicos (una valuación de intereses) (37), al obje

to de determinar la exclusión del injusto. Pero, con ello, aún no aparece el problema definitivamente resuelto: es preciso aún hallar el módulo para llevar a cabo la necesaria valoración de los bienes jurídicos, que nosotros -en este punto de acuerdo con Eb.-Schmidt: ZStW 49, pp. 350 y ss.- yendo más allá del puro positivismo legal, creemos poder encontrarlo en última instancia (...) en una consideración "supralegal" del contenido material del injusto (38).

Lo que importa destacar ahora es que el propio Mezger ve en la valuación de bienes jurídicos el principio general que permite la formulación de causas de justificación supralecales. Al atribuirle dicha función, implícitamente está dándole el carácter de fundamento general; carácter que no otorga, por ejemplo, a la ausencia del interés. Más adelante quedarán matizadas las distintas variantes que presenta el principio de ponderación de bienes o intereses. Baste -- ahora con resaltar, como Mezger -citando a R. Merkel, su auténtico formulador- se hace eco de la necesidad de acompañar la valuación de bienes con el análisis-

de una serie de fundamentos materiales, que forman dicha valuación (39); concretamente, el "interés" más potente desde el punto de vista cuantitativo (Merkel, R.: págs. 76-77), los "valores concretos" (pág. 77), la "proximidad del peligro" (pág. 78) y otros (40).

La posición mezgeriana ha sido seguida en las reediciones que de su obra ha efectuado Blei y que aparecen firmadas, bien por Mezger-Blei, bien sólo por este último (41).

A la postura fundamental de Mezger se une, por su parte, Santoró, quien se refiere a la ausencia de interés (interesse mancante) y al interés preponderante (interesse prevalente) como fundamentos de las causas de justificación (42). El autor italiano añade, sin embargo, una importante matización: cuando prevalece el interés, el otro deja de ser tutelado, con lo que formalmente pueda hablarse siempre de ausencia de interés como fundamento general de la justificación (43). No puedo manifestarme de acuerdo con el citado autor, pues no parece correcto afirmar

que el interés dominado deje de existir; es verdad - que queda penalmente desprotegido frente al preponderante, pero eso es el efecto y no la causa de la justificación de la conducta típica; lo importante es - la valuación anterior a que son sometidos ambos intereses, que será determinante de la resolución en uno u otro sentido del juicio de antijuridicidad.

Otro autor italiano, Vincenzo Cavallo formula una teoría similar (44), si bien con referencia al fundamento del ejercicio legítimo del derecho que es entendido como cláusula general de justificación. Cuando se ejerce un derecho y, por consiguiente, se actúa jurídicamente pese a estar realizando una conducta típica, no surge la contrariedad a la norma prohibitiva, en virtud de que falta un interés penalmente protegido. Ciertamente, ello sólo no basta para fundamentar materialmente la justificación, pues habrá que preguntarse precisamente por qué el Derecho penal deja de proteger aquel interés que antes tutelaba. La respuesta de Cavallo es que el Derecho otorga preferencia legal (interés preponderante) al ejerci-

cio del derecho subjetivo concreto. Que esta postura está, en realidad, basada en la ponderación de intereses, lo demuestra el hecho de que el autor italiano reconozca que el ejercicio del derecho encuentra su linde en los límites de la utilidad (45); más allá de este punto, el Derecho otorgará preferencia al interés quebrantado, y la conducta será antijurídica.

b) Otras posiciones

Si es cierto que Welzel divide las causas de justificación en tres grandes grupos (46), no lo es menos -- que resulta aventurado deducir de ahí una defensa -- por parte del autor finalista de una fundamentación plural de las causas de justificación. En realidad, lo que caracteriza la posición de Welzel es la alusión a la adecuación social como previa a la comprobación de la concurrencia de una causa de justificación (47). Afirma, en la primera edición de su Tratado que "hay una doble excepción del precepto según el cual una conducta adecuada al tipo es en princi--

pio antijurídica: la primera la da la conducta socialmente adecuada, que impide, desde un principio, por su normalidad social, que la adecuación típica indique la antijuridicidad"(48), la segunda viene determinada por la concurrencia de una causa de justificación. En ediciones posteriores desaparece esta referencia; sin duda porque Welzel se apercibe de que la adecuación social no es un problema de antijuridicidad o, al menos, no cabe establecer un dualismo entre adecuación social y causas de justificación como elementos negadores de la antijuridicidad.

Reinhart Maurach, a su vez, niega, como hemos visto, la existencia de un "denominador común" a las distintas causas de justificación. Ello no le impide, sin embargo, referirse a criterios valorativos para explicar el fenómeno de la justificación. Así, afirma: "Por regla general, todo bien jurídico requiere y merece, en el caso particular, la protección valoradora y determinante de la norma. Existen sin embargo situaciones en las que el bien atacado renuncia libremente a la protección de la norma, o es desplazado por la presión de intereses contrapuestos, dota--

dos de mayor importancia en el supuesto concreto" -- (49). Ciertamente, esta explicación no se diferencia demasiado de la aportada por Mezger, y las consideraciones allí efectuadas pueden ser trasladadas aquí:-- si el bien atacado renuncia a la protección de la -- norma en favor de otro interés, o si es desplazado -- por otro; en el fondo, nos encontramos ante una ponderación de intereses.

Digna de mención es la postura de Paul Bockelmann --- (50), quien también se refiere al concepto de entijuridicidad material, que puede quebrar si la acción -- supone más utilidad que daño para los fines del ordenamiento jurídico, si es medio necesario para la consecución de un fin justo, si supone la salvaguardia de un interés preponderante, o el cumplimiento de un deber más alto en una colisión de deberes. Ninguno -- de estos casos constituye, en realidad, una aportación original, por lo que cabe afirmar que no son, -- sino ejemplos tomados de la doctrina, y que Bockelmann se limita a resumir posiciones ya comentadas.

Por fin, entre nosotros, se muestra de acuerdo con - las tesis pluralistas, Del Rosal descartando el "uni lateral criterio monista, por cuanto la acuñación de las causas de justificación obedece a principios dis tintos" (51).

2.- Teorías monistas

Las teorías monistas intentan encontrar, por el con trario, un fundamento genérico a todas las causas de justificación. Lo hacen, desde luego, no en aras a - un mero divertimento doctrinal, sino como una necesi dad sistemática. En efecto, sólo si la justificación tiene un fundamento unitario puede preconizarse - - igualmente una única razón de ser del injusto; y só lo si el injusto tiene una formulación esencial, ca be, si en un caso concreto éste no se produce, negar su surgimiento y afirmar, por consiguiente, la ausen cia de la antijuridicidad y la correlativa concurren cia de la justificación.

Dos son, básicamente, las teorías, o grupos de teorías, que podemos considerar como monistas: la teoría del medio adecuado para el fin justo y la ponderación de intereses; si bien, también cabe hablar, - con Jescheck (52), de la fórmula de Sauer "mayor utilidad que daño" que, en mi opinión, carece de sustantividad propia y de la teoría de la adecuación social, cuya propia función sistemática ha sufrido constantes revisiones por parte de sus mismos formuladores (53). En cuanto a las teorías de Schmidhäuser y Roxin, a las que también se refiere Jescheck, serán objeto de estudio dentro del apartado correspondiente a la ponderación de intereses, con las oportunas matizaciones.

a) La teoría del medio adecuado para el fin justo

Su principal formulador es Alexander Graf zu Dohna, - si bien pueden encontrarse precedentes, como ha puesto de manifiesto, entre nosotros, Luzón Peña (54), ya en Hertz, cuando afirma: "Si todo el que lesiona a otro por necesidad persigue un fin permitido; enton-

ces en la legítima defensa solamente se emplea un -- medio permitido para un fin permitido: ahora bien, - cualquiera puede servirse de medios permitidos para fines permitidos" (55), y Binding al afirmar que "el orden jurídico tiene que admitir todas las acciones-necesarias para conseguir los fines que le son necesarios" (56).

También Von Liszt se ha referido a ello, afirmando - que es justa la acción típica que es medio adecuado-para el fin adecuado, debiendo considerarse éste como el fin de la convivencia regulado por el Estado - (57).

Pero, en efecto, es Graf zu Dohna, quien proporciona la más importante de las aportaciones que pueden ser adscritas a esta teoría. Para él, no ya las causas - de justificación, sino en general "las instituciones jurídicas no se agotan en su particularidad de ser - efectos de causas; aparecen además y eminentemente - como medios para fines. Y además (...) con la exigencia crítico-valorativa de que sean medios idóneos pa

ra fines justos" (58).

"Es tarea del derecho", afirma más adelante, "reglamentar la convivencia social de los miembros de la comunidad; una de las normas de su destino consiste en ser medio idóneo para fines justos, un mecanismo adecuado para una regulación adecuada de la convivencia social" (59) y más tajantemente "cuando un orden jurídico califica de ilícita una conducta, no puede tratarse de una conducta que, en vistas del fin último de la comunidad social, signifique medio idóneo para un fin idóneo. Pues el orden jurídico que quiere precisamente incitar a los ciudadanos a obrar en tal sentido, se contradiría asimismo si lo prohibiera en un caso determinado" (60).

Graf zu Dohna pone claramente de manifiesto que ello no significa que, a la inversa, las acciones que no reúnan estas condiciones sean antijurídicas, sino -- que para ello se requiere además, y con anterioridad, estar recogidas en el correspondiente tipo (61).

Y, por otra parte, las afirmaciones de Dohna no pueden considerarse independientes del matiz valorativo, carácter absolutamente ligado al propio concepto de Derecho. Por ello, en otro lugar, afirma el citado autor, de forma más clarificadora que la antijuridicidad falta "cuando la acción concreta, medida con la idea básica del derecho como un orden de protección de nuestra cultura social aparece como un medio justo para un fin justo. Toda acción puede ser adecuada al tipo, pero nunca contraria a las normas de derecho. Una acción adecuada al tipo es formalmente antijurídica cuando es materialmente antijurídica" - (62).

llegados a este punto, es importante cuestionarse si la tesis de Dohna es realmente independiente de la teoría de ponderación de intereses. En primer lugar, porque, cuando se habla de la sumisión del medio al fin, ya se está otorgando prevalencia a un interés y, en segundo punto, porque la validez de la teoría del fin sólo puede sostenerse, en cuanto el interés quebrantado por la acción idónea no merezca igual o ma-

yor protección que el perseguido. Entenderla de otro modo equivaldría a dar por justa la acción de arrebatar forzosamente al deudor sus bienes con ánimo de hacerse pago (63), o incluso producirle la muerte -- (medio absolutamente injustificable, pero sin duda -- idóneo para lograr un fin que, puede aparecer como -- justo: por ejemplo, el ya señalado de cobrar la deuda).

Sin duda por eso, Eberhard Schmidt ha considerado -- oportuno combinar ambas teorías, si bien acaba limitando la ponderación de intereses por la tesis del -- fin, y no, al revés, como, en mi opinión, habrá de -- hacerse para dar a ésta su verdadero sentido (64).

Welzel se acerca más, en mi opinión, al camino -- correcto, cuando afirma que "se debe tomar en consideración la proporción de valor de los bienes jurídicos que están en colisión: la justificación juega solamente si la acción salva el derecho de mayor valor a costa del de menor valor" (65). Hasta aquí he de -- mostrarme plenamente de acuerdo; pero ya me parece --

excesivamente forzada su afirmación subsiguiente de- que "sin embargo, tampoco aquí, sólo el mayor valor- de un bien jurídico puede justificar la destrucción- del de menor valor, que ha caído en colisión con él, sino unicamente cuando la acción considerando todas- las otras circunstancias (por ejemplo, también la -- salvaguardia de la paz del derecho) aparece como el- medio adecuado para el fin adecuado justificado", o- que "los casos de colisión de varios bienes jurídi- cos (...) constituyen solamente un subgrupo del prin- cipio del fin adecuado" (66). El que haya que ponde- rar, no sólo los bienes en conflicto, sino también -- las demás circunstancias concurrentes, es algo que ya toma en consideración la teoría de la ponderación de intereses (67), y el que sólo puede estar justifica- da la acción si es realmente adecuada, aún más, si - es la única adecuada para la consecución del fin, es algo que se encuentra ínsito en el propio concepto - de colisión. Si no se da esta exigencia, en realidad no existe colisión alguna de intereses; si uno puede salvaguardarse sin perjudicar el otro, obviamente la acción lesiva no estará justificada: a esa solución-

llega la teoría de la ponderación de intereses, sin necesidad de complementación alguna.

En la última edición de su obra, Welzel sustituye el epígrafe IV del § 14, que había titulado "El principio general de justificación: el medio apropiado para el fin apropiado" por "El estado de necesidad supralegal justificante" (68). Sin duda, la diferente función sistemática atribuida a la "adecuación social" puede haberle inducido a ello.

Pero las claves de la relación entre ambas teorías - podemos hallarlas en el propio Dohna, quien comienza otorgando al Derecho penal la función de proteger intereses; las leyes penales son normas de protección de intereses humanos útiles (69). Así, ha de resultar coherente que se considere conforme a Derecho, - toda aquella acción encaminada a lograr una mejor - salvaguardia de esos intereses: "No se hace culpable de una ilicitud quien sacrifica a un interés supe- - rior en peligro otro interés opuesto a él pero infe- - rior, aún cuando no se den los supuestos del estado-

de necesidad penal" (70). Se pregunta el autor alemán si es necesario el § 904 del BGB (estado de necesidad civil) para que los bomberos puedan impunemente dirigir sus mangueras a una casa para protegerla (71); ¿en qué se funda la potestad del médico para intervenir quirúrgicamente en el cuerpo de su enfermo o aún para destruir un ser vivo en el vientre de la madre? (72). La respuesta puede ser, o bien porque tienen estos profesionales patente para obrar -- contra el Derecho, lo que no parece acertado; o bien porque tales potestades deben su validez formal a -- que su ejercicio responde al espíritu y al fin del -- Derecho (73).

En definitiva, si el fin justo, tantas veces citado, no puede apartarse de la función íntima del Derecho, y ésta es precisamente la protección de intereses, no podrá estar justificada ninguna acción tendente a lesionar un interés cualquiera, a no ser que con ella se evite el daño a otro superior. Así, por ejemplo, "no obra antijurídicamente quien rompe el cristal de una ventana ajena para salvar a un niño de un incen-

dio. Pues tal individuo 'actúa razonablemente desde el punto de vista del interés social' de acuerdo con 'los valores éticos predominantes'. El Derecho es un órgano de estos intereses y juicios de valor. Sería por ello absurdo que el Derecho prohibiera y declarara contrarios al Derecho y al deber tales acciones -- impuestas por la necesidad que la sociedad no puede menos que aplaudir y fomentar" (74).

Podemos, pues, concluir, que en la misma posición de Graf zu Dohna, si bien no existe identidad entre las teorías del medio adecuado para el fin justo y la -- ponderación de intereses, sí existe una gran rela- -- ción entre ambas; puede afirmarse que sólo se considerará una acción como medio adecuado en el caso de que no vulnere el principio de ponderación de intereses, pues, de lo contrario, no estaría de acuerdo -- con el fin último del Ordenamiento jurídico-penal: -- la protección de intereses vitales humanos; la ponderación de intereses actúa, de esta manera, como límite de la teoría del fin, que pierde así, al estar su peditada a aquella, sustantividad (75). Quizá por --

ello, el propio Dohna calificara su teoría como "la-máxima formal" (76). Afir-mar que el contenido mate-rial le viene dado por el principio de ponderación de intereses no es, en absoluto, incompatible con -- las tesis de Graf zu Dohna.

b) La teoría de la adecuación social

Como ya se ha dicho, la teoría de la adecuación so-cial fue formulada por Welzel, quien le atribuyó dis-tintos significado y alcance a lo largo de su evolu-ción doctrinal. Ya nos hemos referido al carácter -- que Welzel le otorga en la primera edición de su -- obra: niega la antijuridicidad, no porque opere como una causa de justificación, sino porque actúa ya so-bre la llamada función indiciaria del tipo, interfi-riéndose en ella: en una acción típica socialmente -- adecuada, el tipo no indica la antijuridicidad (77). La dificultad puede estribar en la conciliación de -- esta postura con el principio de legalidad (78). En-el ámbito del injusto en los delitos culposos, Wel--zel atribuye una distinta significación sistemática-

y un matiz conceptual distinto a la teoría de la adecuación social: "Una significación especialmente digna de mención tiene la adecuación social en los delitos culposos: el peligro socialmente adecuado de bienes jurídicos se elimina, desde un principio, de los tipos de injusto de los delitos culposos, aún que en el caso concreto tenga como consecuencia una lesión de bienes jurídicos" (79). En los delitos culposos, - el principio de la adecuación social funciona como - un límite a la diligencia objetiva, consistente en - la "observancia de la medida dirección finalista impuesta en la vida social para evitar lesiones de bienes jurídicos" (80). Esto era mantenido por Welzel - en la primera edición de su Derecho penal alemán. En la última afirmará que "no toda acción que según un juicio razonable provoca un peligro para bienes jurídicos es contraria al cuidado; sino tendría que omitirse casi toda acción en el ámbito social. Piénsese solamente en el moderno tránsito urbano: en él, no sólo aquel movimiento locomotor que sobrepasa la medida de velocidad del cuerpo humano encierra un peligro para los bienes jurídicos del prójimo, sino que-

prácticamente cada momento del tránsito en virtud -- del complejo engranaje de todos los procesos de éste. La participación en el tránsito es imposible absolutamente sin asumir un cierto riesgo. Aquí, se añade el segundo aspecto, el del "obrar prudente", que restringe al primero: contrario al cuidado es sólo aquella puesta en peligro que va más allá de la medida normal en el ámbito de relación o de la medida 'adecuada socialmente'" (81).

Por fin, el contenido de la acción adecuada a la cosa o "de acuerdo al ámbito de relación" (esto es, el -- cuidado requerido en el ámbito de relación) en el caso concreto, no es posible derivar de principios y -- reglas generales de experiencia, tampoco de precep--tos policiacos de seguridad, sino sólo del siguiente principio metodológico: qué acción habría efectuado un hombre razonable y prudente en lugar del autor" -- (82). Estamos en el ámbito del riesgo permitido, con figurado por Welzel como una especie del género "ade--cuación social", aplicable al ámbito del injusto de los delitos culposos. Mientras, para los delitos dolo

sos, Welzel ya no se refiere a la adecuación social como negadora del injusto. En efecto, en la 11ª edición, ya no se encuentra referencia alguna a la adecuación social en el ámbito del injusto de los delitos dolosos. Será preciso acudir a la teoría del tipo para encontrarla; sin duda, un lugar mucho más -- idóneo (83). Y allí será posible hallar su conocido ejemplo: "Un sobrino no realiza una acción típica de homicidio si anima a su tío, del que es heredero, a utilizar con frecuencia los medios de transporte con la esperanza (fundada) de que muera prematuramente -- en un accidente" (84). Que la adecuación social es -- ahora, para Welzel, un problema de tipo lo demuestra su afirmación de que "constituye en cierto modo la -- falsilla de los tipos penales: es el estado "normal" de libertad social de acción, que le sirve de base y es supuesto (tácitamente) por ellos" (85). En definitiva, la relación entre adecuación social y causas -- de justificación no es ya la de dos formas yuxtapuestas de evitar que surja la antijuridicidad de las acciones típicas. En el siguiente párrafo, el propio Welzel explica la evolución de su pensamiento en es-

ta materia (86): "La distinción insuficiente entre - la adecuación social y las causas de justificación - pesó sobre la teoría de la adecuación social desde - su elaboración. Ya en el desarrollo del concepto de - adecuación social (en ZStW 58, 516, 527) (87), y a - pesar de la distinción de principio entre ella y las - causas de justificación (pág. 529), incluí en ella - casos de auténtica justificación y la concebí des- - pués (de la 4ª a la 8ª edición de este libro), en -- atención al tipo infortunado del § 240, incluso como - una causa de justificación de derecho consuetudina-- - rio. Las investigaciones de Hirsch (Lehre von den ne - gativen Tatbestandmerkmalen, 160; Sozialadäquenz und - Unrechtslehre, ZStW 74, págs. 78 y ss.), sobretudo - en polémica con Schaffstein (ZStW 72, pág. 369) (88), - trajeron claridad en los conceptos. Hirsch no da la - debida importancia, sin embargo, a la función y a la - significación fundamental de la adecuación social -- (sobre todo en su segundo trabajo): el mismo concep- - to utilizado frecuentemente por él de "menoscabo in- - significante", sólo puede ser comprendido desde un - punto de vista social (como lesión socialmente irre-

levante). Véase también D. Krauss, ZStW 76, págs. 47 y ss." (89). Termina Welzel atribuyendo a la adecuación social la categoría de "principio general de interpretación", cuya significación no se limita de -- ningún modo sólo al Derecho penal sino que abarca al Ordenamiento jurídico general" (90).

No es éste el lugar adecuado para profundizar en la evolución del pensamiento de Welzel, ni en las aportaciones, ciertamente importantes, de Schaffstein y Hirsch, a las que ya me he referido (91). Si la adecuación social ya no es un problema de justificación, desborda los límites de este trabajo. Si ha sido -- traído aquí, es porque en algún momento del pensamiento de su formulador jugó ese papel (92).

c) La tesis de la "mayor utilidad que daño"

En la varias veces citada clasificación de Jescheck (93) se alude como tesis independiente a la defendida por Wilhelm Sauer, calificada allí como de la "mayor utilidad que daño".

La esencia del injusto consiste, para Sauer, en la "contradicción" con la justicia social, así como en el bien común (estatal), es decir, la dañación social, o por lo menos la peligrosidad social (94).

Afirma que los principios del Derecho son tres facetas del mismo pensamiento jurídico: "El bien común es la faceta psicosociológica, la justicia, la ético-social-normativa y la seguridad jurídica la formal-jurídica de la idea de Derecho" (95). Puede notarse como la dimensión social del Derecho aparece muy destacada en este autor (96), quien señala que es "jurídico (en sentido material) el obrar (proceder, actuar, omitir), que en su tendencia general generalizada procura a la comunidad estatal (a la comunidad popular insertada en el Estado) más utilidad - (ideal, cultural) que daño. Por el contrario, se manifiesta el concepto muy buscado de la antijuridicidad material como un obrar que en su tendencia general generalizada procura a la comunidad estatal más-daño (ideal, cultural) que utilidad; acarrea a ella más desvalores culturales que valores" (97). El últi

mo inciso es, de suyo, suficientemente significativo por si no lo fueran las ideas anteriores: el proporcionar más utilidad que daño supone aportar más valores que desvalores. Ciertamente, la tesis de Sauer no es sino un exponente más de la teoría de la ponderación de intereses o, si se prefiere y de momento, de valores.

Más adelante y en atención a los tres principios antes citados, dividirá sistemáticamente Sauer las causas de justificación en los tres grupos correspondientes: en primer lugar, el ejercicio formal de derechos y facultades acuñados típicamente, en el que incluye los derechos de coacción y violencia (BGB), derecho de educación de los padres y maestros, mandato del superior y consentimiento del ofendido. "Aquí -- prepondera ante todo el principio de la seguridad jurídica; el derecho formal decae sin embargo en el -- mal uso, (...), en la falta contra algunas costumbres; en esto se manifiesta el principio material de la justicia y el bien común" (98). El segundo grupo está compuesto por aquellas circunstancias que supo-

nen un fomento de intereses vitales en dirección al bien común, e incluye los "establecimientos de utilidad general a pesar de su carácter peligroso (minas, medios de comunicación (sic), ejercicios militares, (...), etc.), bien del prójimo (tratamiento de la salud) (...), defensa de intereses más justos (§ 193 - del StGB), reprimenda (corrección de niños ajenos).- Aquí aparece como principio especial el de valuación de los bienes; pero lo que decide no es sólo el interés privado más elevado sino el "bien público", la Justicia. Una voluntad contraria del ofendido es en parte atendible, así en la operación médica; aquí se hace perceptible nuevamente el principio de la seguridad jurídica" (99). Por fin, el tercer grupo justifica por la protección de intereses vitales, en especial por la desviación del peligro y la ayuda en la necesidad e incluye "los derechos de legítima defensa y del estado de necesidad (también el § 193). - - Aquí se acredita ante todo la Justicia; en cuanto resulta aquí adecuada la máxima medio justo para un fin justo. Pero en parte vale también el principio del Bien Común, y nuevamente también el principio de

la evaluación de los bienes (derecho de necesidad);- es menos apropiado, sin embargo, para la legítima de fensa. Para la última como para todos los derechos - de coacción es ampliamente decisiva la seguridad jurídica; debía ser atendible también en la corrección por terceros" (100).

Ciertamente, esta sistematización de Sauer dista mucho de ser clara; es más, ni siquiera puede afirmarse que todo lo incluido responda a criterios justificativos. En ocasiones, se trata de cuestiones totalmente atípicas (piénsese en los denominados "establecimientos de utilidad general", incluidos en el segundo grupo). Pero lo que nos importa de las opiniones de Sauer es que, pese a sus defectos sistemáticos, alude a unos principios que bien pueden ser - - abarcados (aunque no siempre lo sean en la formulación del autor) por su máxima general: es justa toda acción que reporte mayor utilidad que daño. Naturalmente, sólo podremos saber si esta característica se da, si previamente evaluamos el daño (o el peligro), así como la utilidad aportados; en definitiva, nos -

hallamos ante un problema de valuación de intereses en conflicto.

d) El principio de ponderación de intereses. Variantes doctrinales

Pero, sin duda, es en el principio de ponderación de intereses donde los autores han visto con mayor frecuencia el fundamento de la justificación, bien en su pureza (101), bien sometido a ciertas modificaciones (102). Sin embargo, la doctrina ha utilizado diversas terminologías para referirse a este principio. En ocasiones, ello ha respondido a ciertas diferencias de matiz en su significación; otras veces, sin embargo, los términos se han hecho equivalentes.

a') La ausencia de interés.- Para algunos autores, al concurrir una causa de justificación, el Derecho pierde todo interés en la salvaguardia del bien agredido. Ya hemos visto que, en parte, esa era la formulación de Cavallo (103), y ya quedó dicho en

tonces que eso era efecto y no causa de la justificación. Ya Florian había argumentado que, con motivo de la justificación, se producía en la acción típica una falta de peligrosidad, por lo que se hacía innecesaria e inmerecida la imposición de una pena (104). Y, aún antes, el propio Carrara había aludido a la falta de daño social, si bien como veremos más tarde, llegó a esta conclusión tras aceptar la ponderación de bienes. En suma, el gran maestro italiano no incurrió en el defecto en que cayeron sus más modernos compatriotas citados. "No todos los actos externos procedentes de una intención perversa pueden ser elevados a la categoría de delitos, sino sólo aquellos que causen daño a los derechos ajenos, o que tengan aptitud de causarlo, o aquellos que, en su desarrollo, pongan al derecho en peligro actual. Sin esas condiciones, el acto externo es legalmente inocente, aunque pueda ser reprochado por la moral o por la religión", vino a decir, textualmente, F. Carrara - - (105).

En el mismo sentido, afirma Ugo Pioletti que cuando no hay lesión ni peligro de lesión desaparece la ilicitud del hecho, ya que el Derecho no tiene interés alguno en conminar dichas acciones (106). La falta de daño social es, en opinión de Antolisei, el fundamento último de la justificación (107), si bien aclara que ello se debe a que la acción no contrasta con el interés de la comunidad, porque en estas determinadas situaciones es necesaria para salvar un interés que tiene un valor superior, o por lo menos - - igual a aquel que se sacrifica. También Antolisei, - por tanto, y al igual que Carrara, llega a la ausencia de interés por la vía de la ponderación de intereses contrapuestos.

En el mismo sentido, alude Romano-di Falco a la falta de interés penalmente tutelada (108).

Por su parte, Malinverni, se refiere directamente a la ausencia de antijuridicidad material; el delito - ya no es dañoso, porque falta la ofensa (antijuridicidad) consistente en la lesión o puesta en peligro-

de un bien jurídico (109).

Por el contrario, afirma Noll que cuando se da la total ausencia de interés -si bien aquí se refiere el autor alemán al momento anterior a la ponderación-, es decir, cuando ni siquiera hay conflicto de intereses, no nos encontramos ante un problema de justificación, sino de ausencia de tipo, de atipicidad - - (110). Para que surja la tipicidad y se plantee el problema acerca de la antijuridicidad, es necesario un mínimo daño -o peligro- en el bien jurídico; así, es atípica, y no sólo justificada, la acción del peluquero que corta excesivamente el cabello al cliente, sin que el consentimiento de éste hubiera llegado a permitir el exceso (111).

Tampoco, cuando hay intereses en conflicto, pero estos pertenecen al mismo sujeto, hay tipicidad (112). Así, una acción que favorezca más que perjudique a la salud del paciente no está abarcada por el tipo de lesiones. De esta manera, responde Noll a la objeción planteada por Welzel de que la justificación va

más allá de la simple ponderación de intereses en -- aquellos casos en que la acción supone el ataque a -- un bien jurídico, o su puesta en peligro, pero aparece como la única posibilidad de salvar ese mismo -- bien. Así, un bombero puede salvar a un niño de la -- muerte segura en las llamas, tan sólo arrojándolo ha cia una lona, aún con el riesgo de una muerte desgraciada: "Si ese lanzamiento constituye la única posibilidad de salvar al niño", afirma Welzel que "está justificado aún cuando fracase" (113). La respuesta de Noll es que la acción ni siquiera es típica, pues no hay conflicto alguno que resolver. En mi opinión, ese debe ser precisamente el criterio: que de verdad surja algún conflicto, es decir, que la realización de la conducta redunde en un perjuicio para el bien jurídico que no se produciría de no llevarse a cabo ésta. El criterio es preferible al de la pertenencia o no de la titularidad del bien al mismo sujeto. Pen semos en aquellos bienes de los cuales el sujeto es titular, pero sobre los que no ejerce el dominio absoluto; por ejemplo, y en el caso expuesto por Wel--zel, la vida del niño. Si éste, suponiendo que fuera

imputable, no consintiera en ser lanzado, se plantearía el conflicto entre su interés en mantener la autodeterminación de la voluntad y el interés, en parte suyo y en parte de la comunidad, en salvar su vida. Si el bombero, pese a su oposición, lanza al sujeto; habrá cometido una acción típica, pero, al menos en mi opinión, justificada (114). Como veremos - más adelante, el propio Noll solucionará el tema satisfactoriamente, al considerar, en estos casos, el consentimiento como un interés más, objeto de ponderación (115).

b') Cuestiones terminológicas. - No son pacíficas las expresiones con que se refieren los autores a este principio, al que prefiero denominar "ponderación de intereses en conflicto". A lo largo de las siguientes páginas podremos darnos cuenta, de que, - al menos en los planteamientos de algunos autores, - la opción por una u otra terminología encierra una diferencia de contenido; así, la "valuación de bienes jurídicos" (Güterabwägung) (116) no tiene exacta

mente el mismo significado que la expresión de - - Schmidhäuser "Protección preferente del bien" (vorgehendes Gutsanspruch) (117), o la utilizada por Noll "ponderación de valores" (Wertabwägung) (118) o la - de Bettioli "ponderación de intereses" (119); las diferencias de matiz radican fundamentalmente, como se verá más adelante, en los términos "bien" y "valor"-o "interés", siendo utilizadas estas dos últimas expresiones en sentido muy similar.

No es posible referirme aquí y ahora a los postulados de la Jurisprudencia de intereses de las que, -- sin duda, surgen estos conceptos (120). Basten unas palabras del pensamiento de Von Liszt para apreciar la dificultad de estos matices: "Nosotros llamamos - bienes jurídicos a los intereses protegidos por el - Derecho. Bien jurídico es el interés jurídicamente - protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital a bien jurídico" (121). Se ha dicho, además, que la Juris--

prudencia de intereses descansa, en cierto modo, sobre un concepto ambigüo (122). De esta manera, Karl-Larenz ha señalado que "junto a numerosos pasajes en los que aparece el 'interés' como 'factor causal', - que ha 'causado' las representaciones del legislador- y, mediante ellas, el mismo mandato legal, se encuentran otros en los que el interés significa, más - - bien, el objeto al que se refiere la valoración realizada por el legislador" (123).

Por su parte, Binding rechaza el uso de la expresión "interés" en lugar de "bien jurídico"; pues respecto de éste pueden existir varios y hasta opuestos intereses. Por esta razón, se da una mejor expresión a la concepción del legislador cuando se habla de protección de un bien (124).

En general, puede decirse, respecto de lo que nos -- concierne, que mientras con la expresión "valuación de bienes" sólo nos referimos a la de éstos en abstracto, el concepto "ponderación de intereses" no sólo supone una valuación cualitativa, sino también --

cuantitativa, con referencia a la intensidad del ataque, la inminencia y gravedad del peligro, etc. - - (125). No puede afirmarse, con todo, que los autores hayan sido siempre plenamente conscientes de la distinta significación de los conceptos que han usado; - de tal manera que, en ocasiones, han empleado distintas expresiones para referirse a una misma idea - - (126).

c') La ponderación de intereses como fundamento de la justificación.- Ya vimos con anterioridad - como Carrara considera la ponderación de intereses - el fundamento material de la justificación; fundamento que procede, como la otra cara de una misma moneda, de su concepción del injusto: "Del principio de que la sociedad dispone del derecho de castigar tan sólo para asegurar el mantenimiento del orden externo", afirma, "se deduce que cesa el derecho de ejercitar una justicia que sea externamente dañosa, cuando en un caso concreto, el principio de justicia exige la represión, pero al mismo tiempo su aplicación-

produzca en el orden perturbaciones mayores que las que podría ocasionarse sin aplicarlo" (127).

Entre nosotros, la idea tampoco es nueva. Así, los hermanos Alvarez Cid ya fundamentaban la justificación en base a la "existencia de un derecho o un deber superior y más poderoso que el derecho violado o el deber infringido por el delito" (128).

La justificación supone, para Battaglini (129) la solución de un conflicto de intereses. En realidad, no cabe hablar de justificación, toda vez que este autor niega la relevancia sistemática de la antijuridicidad, sino de "declaraciones de no punibilidad": -- "Alla base della dichiarazione di non punibilità sta la soluzione di un conflitto di interessi: si hanno cioè ipotesi, in cui l'interesse normalmente protetto deve cedere di fronte ad un altro interesse, che assume maggior valore per la società e per lo Stato" (130).

Bettiol se refiere a las causas de justificación como el reverso de la medalla de las normas penales; - el principio formulado es el siguiente: en el caso de un conflicto entre dos intereses tutelados, el interés de menor relieve social debe ceder el paso al interés prevalente (131). Es la idea de la proporción entre los intereses en conflicto la que hace -- prevalecer a las normas que toman por hipótesis las causas de justificación (132). Respecto de quien determina el valor de los bienes a ponderar, responde Bettiol que nos encontramos ante un problema de índole no sólo cuantitativa sino cualitativa: no hay un criterio matemático o naturalístico, sino ético-social-político (133). Se ha manifestado expresamente en contra de esta opinión, y en la doctrina en castellano, Luis Carlos Pérez, quien enlaza la ponderación de intereses con los mandatos constitucionales (134): el Derecho recoge los datos sociales (sobre el valor que se da a los bienes) y "el juez debe buscar la norma superior" (135).

Entre nosotros, Antón Oneca ha visto en la apreciación del Tribunal Supremo alemán del estado de necesidad supralegal, la necesidad de que, siendo la finalidad del precepto penal la protección de intereses, quede sin aplicación cuando lo exija la salvación de un interés superior (136).

Por su parte, Hans Schultz estima que materialmente, las causas de justificación suponen una ponderación y contraposición de distintos valores. Se da entonces, un conflicto de normas, que supone, a su vez, un conflicto de deberes. La ponderación de valores, en suma, resuelve este conflicto en favor del deber de salvaguardar el bien más valioso (137). Schultz enlaza así con la idea del conflicto de deberes, mantenida, entre otros, por T. Lenckner (138).

Para Jescheck la justificación significa que, pese a que se ha violentado una norma prohibitiva, "en el concreto caso ocurre que la lesión o puesta en peligro del objeto protegido, es aceptada en favor de un bien más alto y por exigirlo el fin perseguido por -

el autor. En otras palabras, debe producirse la in--
terferencia de la norma contraria, de modo que desa--
parezca (o quede desvinculado) en todo, o en gran --
parte el desvalor de la acción y el desvalor del re--
sultado" (139). Al referirse al conflicto de normas,
también Jescheck para enlazar con las ideas de --
Schultz y de Lenckner.

Roxin, por su parte, enlaza también expresamente el--
tema del fundamento de la justificación con la idea--
de la antijuridicidad material (140). Así, la antiju--
ridicidad es el "sector de las soluciones sociales a
los conflictos, el campo en el que chocan los intere--
ses individuales opuestos o las exigencias sociales--
con las necesidades del individuo" (141). Ello le --
conduce a una referencia a la "ponderación regulado--
ra de intereses sociales en situaciones conflicti--
vas" (142). "Con las causas de justificación", afir--
ma más tarde, "penetra en la teoría del delito la di--
námica de los cambios sociales" (143).

Esta idea es compatibilizada por el actual catedrático de Derecho penal de la Universidad de Munich con la aceptación de principios plurales inspiradores de la justificación: "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 ordenados 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" (144). Naturalmente, la Política Criminal inspirará a Roxin sus opiniones sobre el tema, y con la mirada puesta en esa meta considera que la misión de la sistemática en el ámbito de la antijuridicidad consiste en "elaborar del modo más completo posible el catálogo de los no muy numerosos principios configuradores sociales y poner en claro su relación -el entramado de los principios en cierto modo-" (145), lo que, a mi juicio, no logra - el autor, precisamente por no apreciar que todos estos principios -valuación de bienes, prevalencia del

Derecho, autoprotección de bienes jurídicos, etc. -- no son, sino manifestaciones del principio de ponderación de intereses.

Tampoco Stratenwerth, para quien el principio general de la justificación es la valuación de los bienes (146) llega a sus últimas consecuencias, al combinarlo, como veremos, con el principio de la autodeterminación de la voluntad. Y es que para él, la valuación de los bienes tan sólo pondera el valor abstracto de los objetos en conflicto. Más acertado, en mi opinión está Schmidhäuser cuando, tras afirmar -- que el fundamento material de la justificación radica en la colisión de bienes y deberes (147), se refiere al contenido de desvalor del tipo de injusto, -- consistente en la lesión de un bien jurídico: y al -- contenido de valor que radica en la justificación y -- que comprenderá la salvaguardia de un bien, y la convicción de que es mayor el valor que el desvalor. Pero la comprobación del conflicto ha de hacerse valuando no sólo el bien, sino también el grado de peligro o lesión a que éste se ve sometido (148). Así,

estará justificada la acción del médico que, ante el gravísimo peligro en que se encuentra la vida de su paciente, conduce, en horas de muy escaso tráfico, - por una calle de dirección prohibida, poniendo así - en peligro remoto otras vidas -las de los potencia-- les conductores que pudieran chocar con su automóvil- y por ende la suya propia y la de su paciente, que -- es precisamente la que pretende salvar. Y ello, por- que no sólo hay que medir los bienes en conflicto, - sino también y sobre todo, el grado de peligro -o en- su caso, de lesión- a que éstos se ven sometidos - - (149). Es así como puede comprobarse en su más am- - plio sentido la "protección preferente del bien en - la situación concreta" (in der konkreten Situation - vorgehendes Gutsanspruch) que formula Schmidhäuser - como principio general de justificación (150).

Por su parte, también Peter Noll distingue entre pon- deración de bienes y ponderación de valores, afirman- do que la primera, por sí sola, no alcanza la justifi- ficación, puesto que el injusto incluye tanto el des- valor de la acción como el de resultado (151). Por -

otra parte, la ponderación debe incluir, no sólo el valor de los bienes jurídicos, sino también la intensidad de su potencial peligro (152).

d') Ponderación de bienes jurídicos y principio de autodeterminación. - Como hemos apuntado, Stratenwerth combina el principio de valuación de bienes con el de autodeterminación y autonomía de la voluntad. Según él, el primero no es capaz de abarcar determinadas situaciones de justificación. Así, el consentimiento del sujeto pasivo puede justificar en base a dos razones: o el contenido de injusto radica en la desestimación de la voluntad del sujeto pasivo, o lo que ocurre es que la protección jurídica sólo puede recaer sobre ciertos bienes, cuando así lo quiere el titular de los mismos. En el primer caso, la voluntad del sujeto sería el objeto de la protección jurídica y, por tanto, cuando se diese el consentimiento, no podría ser injusta la conducta acorde con el mismo; en el segundo, la protección jurídica recaería sobre el objeto, sólo si el sujeto -

pasivo no consintiese en su lesión o puesta en peligro (153).

El injusto tiene, para Stratenwerth, el carácter de la agresión al otro en su personalidad autónoma, es decir que la quiebra del bien o interés sólo tiene el carácter de injusto cuando éste es ajeno y su lesión o puesta en peligro se realiza en contra de la voluntad de su titular, invadiendo con ello la esfera de su autonomía personal (154). De tal manera, -- que si hay consentimiento del sujeto pasivo, no se produce la agresión y, consecuentemente, no surge el injusto por falta del objeto de protección: es decir que la correcta es la segunda de las posibilidades -- antes señaladas (155). En definitiva, no es suficiente, dice él, la ponderación de intereses; hay que -- atender al principio de la autonomía de la voluntad, pues el sujeto puede preferir que se quebrante el interés objetivamente más valioso y, por tanto, consentir.

Tampoco respecto del consentimiento presunto, es suficiente el principio de valuación de bienes. Aquí, normalmente, se va a producir un conflicto de intereses cuya titularidad recae en un mismo sujeto. Así, en la gestión de negocios ajenos. En el clásico ejemplo de la carta enviada a un destinatario ausente, en el que se plantea el abrirla, violando el secreto de la correspondencia, ante la posibilidad de que exista un interés por parte del propio destinatario en conocer inmediatamente el contenido. Aquí, no bastará con la simple valuación de intereses, sino que será necesario acudir a la suplantación de la voluntad del titular de ambos intereses: es decir, a ponerse en lugar de aquél y decidir: se trata de suponer que el sujeto titular consentiría (156). Y aún más, pensemos en que el interés en la apertura de la carta no es del destinatario, sino el del sujeto que procede a abrirla. Aquí, aún es más evidente que no basta con la valuación de ambos intereses contrapuestos -el secreto de la correspondencia, del que es titular el destinatario de la carta, que indica que ésta no se abra, y el que pueda tener el sujeto que po

see el sobre y que se dirige en sentido contrario.-- Será necesario, para que la conducta esté justificada presumir que el destinatario consentiría. Y eso, dice Stratenwerth, nada tiene que ver con la valuación de intereses (157).

Será, además, requisito absolutamente indispensable, para que se dé la justificación por consentimiento presunto, que no haya ninguna posibilidad de recabar la opinión expresa del titular (158). En definitiva, la idea fundamental de la justificación por consentimiento presunto puede ser formulada, según el profesor de Basilea, de modo que no se dé la infracción a la autodeterminación del sujeto; sólo así decae el injusto (159).

Consideraciones similares realiza Stratenwerth en orden al estado de necesidad civil, del § 904 del BGB (160), el del § 228 del mismo cuerpo legal (161) y la legítima defensa (162); todas ellas destinadas a demostrar que, en la esfera del dominio individual, no rige el principio de valuación de bienes.

En definitiva, nos podemos encontrar ante alguno de estos casos: a) que el bien lesionado por la acción típica tenga un titular individual: será entonces decisivo saber si se ha perjudicado o no la autonomía de la voluntad del sujeto. Si éste es el único titular del bien y consiente, expresa o presuntamente, se dará la justificación; de lo contrario, sino consiente, la acción será antijurídica; b) si no fuera el único titular del bien, obviamente el consentimiento sería ineficaz y estaríamos ante el mismo caso que si no hubiera titular alguno (163). Si quiebra el principio de autodeterminación, pero salvamos un interés mayor, en perjuicio del menor, nos encontramos ante un problema de adecuación típica; regirán entonces las soluciones apuntadas por Welzel (164);- c) en caso de que se trate de un bien sin titular determinado, es decir, de un bien comunitario, habremos de estar al principio de valuación de bienes, según el Ordenamiento jurídico (165).

Como resumen final de sus opiniones, recoge Stratenerth el siguiente esquema:

- 1) El principio de valuación de bienes proporciona a la tesis objetiva de la justificación, tan sólo suficientes datos, si se confrontan bienes jurídicos pertenecientes a la comunidad.
- 2) En los demás casos, hay que considerar la autonomía del particular (o del grupo de particulares) en la coordinación de bienes jurídicos, como uno de los principales elementos del Derecho vigente.
- 3) Las distintas modalidades específicas en que la autonomía de la voluntad puede manifestarse -la concreta escala de valores del particular- no pueden ser formuladas genéricamente.
- 4) La influencia de la autonomía del particular se concreta exactamente en sus matices, como muestran las causas de justificación -consentimiento, consentimiento presunto, es

tado de necesidad agresivo, defensa propia y defensa de bienes.

- 5) Para los casos de exclusión de la pena del Derecho vigente existe la fórmula general - de que sólo pueden ser causas de justificación aquellas que se ajusten al principio - de la valuación de bienes, con la modificación de que ha de ser combinado con la autonomía de la voluntad en la coordinación de los intereses (166).

Sin duda, tiene razón Stratenwerth cuando afirma que la autonomía de la voluntad es un principio esencial del Derecho, que no puede ser desconocido. Pero, precisamente por eso, el Derecho tiene interés en que ese principio sea salvaguardado y, precisamente por eso, cabe hablar de dicho principio como uno más de los intereses dignos de entrar en el juego de la ponderación.

El tema ha sido resuelto, a mi juicio, muy satisfactoriamente, por Peter Noll quien, so pretexto de una crítica a Mezger, responde directamente a la cuestión planteada por Stratenwerth. No es cierto, viene a decir Noll, que cuando se dé el consentimiento nos encontremos ante un caso de ausencia de interés -- (167). El consentimiento juega, según Noll, como un valor más a ponderar (en realidad, lo que se pondera es el principio de la libertad personal, de la autonomía de la voluntad). Así, entra a formar parte de los valores en conflicto, cuya resolución exige una ponderación de los mismos. En los casos de consentimiento se produce otra colisión: por un lado, está -- el principio de la autonomía de la voluntad y, por -- otro, el valor que el bien jurídico tiene de suyo -- (168). Estoy, en este punto, de acuerdo con Noll. -- Así, existen bienes tan valiosos -- pensemos en la vida humana -- que, el Derecho no puede dejarlos a la libre determinación de su titular. Pues bien, puede decirse que para el establecimiento de cuales sean -- esos bienes, también se requiere una valuación previa de los mismos. Problema distinto es el de si la con-

currencia del consentimiento aminora o no el injusto en los casos en que el titular no posea el dominio absoluto sobre el bien. Noll se inclina por esta solución: cabe, por la ponderación de valores, que el injusto no se excluya totalmente, pero sí que se aminore. Ello puede ocurrir en dos casos: o no se da -- completo el tipo de justificación, entendiéndose por -- tal la suma de los valores tendentes a justificar, y ello ocurre cuando de la confrontación de éste con -- el contenido del tipo de injusto prevalece éste último porque no se dan suficientes elementos de justificación; o, en segundo lugar, el injusto sobrepasa el ámbito de lo justificado, es decir, se dan demasiados elementos en el injusto (169). Pues bien, cuando falta algún elemento de justificación, la doctrina dominante plantea que nos encontramos con la presencia -- de una atenuante debida a la menor culpabilidad del agente, o incluso, ante una excusa, dada la no exigibilidad de una conducta adecuada a la norma. Por el contrario, afirma Noll, que ante lo que nos encontramos es ante una menor cantidad del injusto, que comporta una menor pena (170). Un precioso ejemplo es --

utilizado por el citado autor: un hombre, movido por sentimientos de venganza, mata al asesino de su hijo cuando ya había subido al cadalso para cumplir la pena de muerte a que había sido condenado. Para el autor alemán, el sujeto merece menor pena porque el contenido del injusto es menor que si la muerte se hubiera producido en otras circunstancias. En este punto no puedo mostrarme de acuerdo con Noll, y menos con su ejemplo, tan bonito como inapropiado, toda vez que el Derecho dispensa exactamente la misma protección al sujeto condenado a muerte que a cualquier otro individuo; es más, tiene interés en que las sentencias sean ejecutadas por los órganos encargados de ellas. Si la acción del ejemplo merece menor pena -lo que, desde luego, con el Ordenamiento jurídico en la mano, no puede ser establecido a priori-, es precisamente porque concurre una menor culpabilidad.

También Stratenwerth se muestra, sin embargo, de acuerdo, en esta ocasión, con Noll, y afirma que cabe una disminución del injusto: así, y de nuevo con-

referencia al consentimiento del sujeto pasivo, afirma que cuando éste se da, el contenido del injusto, - respecto de la agresión a aquellos bienes de los que el titular no puede disponer libremente, es menor: - una lesión corporal consentida tiene menor contenido de injusto que una acción idéntica sin consentimiento; incluso, lo mismo ocurre con la muerte consentida (171). Sin duda, el planteamiento de Stratenwerth es algo más convincente, aún cuando no lo sea del todo. Si el contenido del injusto es mayor o menor, - eso es algo que habremos de encontrar precisamente - en el tipo y en la conminación penal que se prevea.- Un ejemplo claro de esta discusión lo ofrece la polémica que, en nuestra doctrina, se suscitó respecto - de la posible relevancia del consentimiento en las - lesiones. No es posible abarcarla aquí (172). En definitiva, es el tipo el portador del contenido de injusto. Pero, regresemos al tema principal sobre el - que versan estas páginas.

También el consentimiento presunto puede ser enteramente explicado, para Noll, por el principio de la -

ponderación de valores (173). Aquí, se produce un -- conflicto de intereses pertenecientes al mismo titular que deberá resolverse previa una ponderación.

Tampoco existen obstáculos, respecto del estado de -- necesidad, o al menos no los existen en cuanto al -- principio de la autonomía de la voluntad: en la esfera del dominio individual, es bien cierto que un sujeto puede sacrificar un bien de mayor valor para salvar otro, que objetivamente lo tiene menor; siempre que pueda disponer de ambos. Pero, ¿es eso estado de necesidad?. Aquí, como Noll había explicado suficientemente antes (174), ni siquiera nos encontramos ante una conducta típica.

El principio de ponderación de intereses explica también perfectamente los casos que, durante una etapa de su pensamiento, entendió Welzel amparados por la "adecuación social" o el "riesgo permitido" (175), -- ya que en el fondo, no se trata sino de ponderar intereses en conflicto: de un lado se sitúa los intereses concretos vulnerados y del otro, el interés so--

cial en que la actividad de que se trate continúe -- desempeñándose y, de esta manera, prosiga el desarrollo (176). Del tema ya nos hemos ocupado y, como vimos, el propio Welzel terminó considerando su formulación como un "principio general de interpretación" (177).

La aplicación del principio de ponderación de bienes al estado de necesidad y a la legítima defensa ha sido también cuestionada por otros motivos. De intentar responder a esas objeciones nos ocupamos a continuación. Para cerrar el presente epígrafe, resumamos ahora que las matizaciones al principio rector en cuestión, planteadas por Stratenwerth, de que debe combinarse con la autonomía de la voluntad y la autodeterminación del individuo, han sido, a mi juicio, suficientemente contestadas por Noll: o no hay un verdadero conflicto de intereses, porque todos ellos pertenecen al sujeto que toma la decisión, en cuyo caso la conducta es atípica; o sí lo hay, bien porque el agente ha de escoger entre intereses pertenecientes a un sujeto que no tiene el dominio absoluto

sobre ellos -o porque no está presente, o porque la-
disposición sólo le pertenece en parte-, bien porque
ha de hacerlo entre intereses que pertenecen a dis-
tintos sujetos. En todos estos casos, la autonomía -
de la voluntad es un valor más que entra en el juego
de la ponderación.

e') Ponderación de intereses y estado de necesi-
sidad.- En la doctrina española, ha sido Córdoba Ro-
da quien ha formulado unas objeciones a la aplica-
ción de la ponderación de bienes al estado de necesi-
dad. Concretamente, afirma el catedrático de la Facul-
tad de Derecho de la Universidad de Barcelona que --
no estamos ante una comparación de bienes, sino de -
males. "El matiz es importante", dice, "ya que con-
tribuye mucho a aclarar la propia naturaleza de la -
eximente, tan alejada de una simple ponderación de
bienes que resuelva el conflicto entre los intereses
en colisión según el simple criterio de atribuir la-
primacía al más valioso. No cabe, sin embargo, desco-
nocer la acusada tendencia a extender la naturaleza-

del estado de necesidad según este último sentido, - por la doctrina dominante y cierto sector de la Jurisprudencia española, como nefasta influencia sin - duda del pensamiento objetivo-causalista" (178). Dejando a un lado el problema de si la influencia del pensamiento objetivo-causalista es o no nefasta, e - incluso el de si la naturaleza del estado de necesidad es siempre el de una causa de justificación - - (179), es obvio que la ponderación del mal (es decir, de la negación del bien), no puede hallarse tan alejada de la ponderación de éste como pretende Córdoba. La clave de lo que, entiendo, constituye una - incorrecta afirmación la encontramos en la solución - que aporta el citado autor para valorar el mal: "El - mal se define y gradúa, por lo tanto, no tan sólo - por la importancia del bien jurídico a que afecta, - sino por la significación del ataque a él dirigido - y particularmente por una serie de consideraciones - ético-sociales determinantes del indicado juicio -- desvalorativo de la sociedad. La Ley punitiva no es la única fuente a la que se recurre con el fin de - tomar los datos precisos para la graduación y compa

ración de los males" (180). Lleva razón Córdoba cuando afirma que no se trata de una simple ponderación de bienes y que la Ley penal no es la única fuente - para ponderar ni, por tanto, para justificar. Pero a todo ello ya nos hemos referido. Ya hemos visto como el principio de ponderación de intereses incluye, no sólo la valuación del bien, sino también el grado de peligro o de lesión a que éste se ve sometido, si el principio de la autonomía de la voluntad se ve o no invadido, etc. Lo determinante, en suma, es el interés que el Derecho tiene en la protección de uno u otro bien. Por tanto, las objeciones de Córdoba estaban ya respondidas en los trabajos de Stratenwerth, - Noll y Schmidhäuser, tantas veces citados a lo largo de la exposición de este capítulo, y el mismo Córdoba apunta que lo que se trata es de resolver un ^{caso} ejemplo de intereses.

Como ejemplo de que no es sólo el valor de los bienes jurídicos en juego, lo que hay que ponderar en el estado de necesidad, se refiere Noll al tópico su puesto de la tabla de Carneades: A se encuentra asi-

do, en medio del océano, a una tabla que sólo es capaz de soportar el peso de un hombre. La acción de A sobre B, evitando que éste le desplace, lo que intenta hacer con el fin de salvarse él a costa de A, estará justificada, mientras que la de B sobre A, intentando desplazarle, tan sólo será excusable. Pues bien, la vida de B es un bien tan valioso para el Derecho como la de A. Sin embargo, la ponderación de intereses incluye, en favor de A la conservación del status quo que es, sin duda, uno de los fines últimos del Derecho (181).

f') Ponderación de intereses y legítima defensa.— Muchos más problemas ha visto la doctrina en la fundamentación de la legítima defensa en base al -- principio de ponderación de intereses.

Se ha considerado que los fundamentos básicos de la legítima defensa pueden encontrarse en los de auto--protección y prevalencia del Derecho (182), haciendo más hincapié en uno o en otro (183).

El problema que plantea la doctrina radica básicamente en que, en la legítima defensa no se exige la absoluta proporcionalidad entre los intereses en juego. En base al fundamento de prevalencia del Derecho, se plantea Luzón que "si lo único que se protege en la legítima defensa son bienes jurídicos, entonces resulta incomprensible por qué la defensa no está ligada a una proporcionalidad tan estricta como el estado de necesidad: es decir, si lo único que hay necesidad de defender es un bien jurídico, entonces lo lógico es que el Derecho sólo permita la acción protectora en tanto en cuanto no lesione un bien jurídico de mayor valor que el que se intenta proteger - -que es lo que la Ley, ante tal presupuesto, ha establecido para el estado de necesidad-" (184).

Roxin, por su parte se refiere a una cierta "proporcionalidad", "principio rector de todo Ordenamiento jurídico" (185), y Rodríguez Mourullo toma esta idea para afirmar que "por la vía de la 'proporcionalidad' reaparece en materia de legítima defensa el principio de la ponderación de bienes" -que Roxin había, -

en cierta manera desplazado-. "En efecto", añade el-
catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, --
"nos encontramos ante un supuesto en que los 'bienes
están en conflicto' y que debe resolverse sobre la -
proporcionalidad o desproporcionalidad" (186).

Luzón Peña, en cambio, insiste en negar la concurren-
cia de este principio, y lo hace tajantemente: "No -
hay ponderación de bienes; no ya sólo porque desde -
el lado del defensor, al figurar no solo un bien ju-
rídico particular, sino el orden jurídico mismo, se-
hace muy difícil hablar de colisión entre bienes ju-
rídicos, sino fundamentalmente porque hablar de coli-
sión de bienes o intereses jurídicos resulta total--
mente imposible cuando nos volvemos hacia el lado --
del agresor puesto que, por su enfrentamiento con el
orden jurídico, los bienes de éste dejan de ser bie-
nes jurídicamente protegidos, en tanto en cuanto -na-
turalmente- sea preciso para la defensa: por ello no
hay bien jurídico del agresor que pudiera colidir --
con el del agredido" (187).

Creo, por mi parte, que no es cierto que los bienes del agresor queden absolutamente desprotegidos -perdiendo, con ello, la categoría de bienes jurídicos-- ni que no haya más colisión que la existente entre Derecho e injusto (188), como lo demuestra el hecho de que los bienes del agresor no queden desprotegidos frente a un tercero que actúe con motivaciones injustas -y ésta es precisamente, la razón de ser de la exigencia de motivación justa en la legítima defensa de extraños, regulada en el número 6º del artículo 8º del Código Penal español-. Quien mata al agresor que iba a matarle, ha causado un mal, aunque haya evitado otro. Pero, por supuesto, la vida del agresor no era un injusto; lo injusto era su acción, y para evitar ésta ha sido necesario quebrar otro bien digno, merecedor y necesitado de protección -la vida del agresor-, aunque ciertamente menos digno que la vida del agredido. Y ello, porque la salvaguardia del Ordenamiento jurídico es también un valor a ponderar que, como veremos en seguida, alcanza una magnitud fundamental. Como ha señalado Stratenerth, "ante agresiones antijurídicas, el interés --

preponderante siempre está de parte del agredido, -- porque éste defiende en su derecho simultáneamente - los intereses comunes y el Derecho objetivo" (189).

En efecto, la salvaguardia del Ordenamiento jurídico, la autoprotección del Derecho, es el interés de máxi mo valor. Y ello, porque si el Ordenamiento se negara a sí mismo, negaría absolutamente todos los valores que proclama y defiende. Hasta tal punto es así, que se ve obligado, cuando él está en peligro, a levantar la protección absoluta que dispensa a determinados bienes: así, la máxima kantiana de que existen ciertos valores que jamás pueden ser considerados me dios porque son fines en sí mismos, es lo que ha con ducido al Ordenamiento jurídico a dispensarles una - protección absoluta: y el bien de más valor es consi derado, en nuestro nivel ético-cultural, sin duda, - la vida humana. Sin embargo, hay un momento, en que la propia vida humana pierde la protección jurídica: cuando su titular, en claro enfrentamiento con el De recho, pretende quebrar otro bien del mismo valor: - la vida de otro sujeto. En ese caso, el Ordenamiento

jurídico ha de permitir que la acción defensiva del sujeto agredido, matando a su agresor -siempre, naturalmente, que ello sea necesario- sea justa, conforme a Derecho. Porque si no fuera así, también el Ordenamiento se negaría a sí mismo; pues tampoco estaría protegiendo de manera absoluta la vida del atacado.

Estamos ante una paradoja: el Ordenamiento jurídico sólo puede defender de manera absoluta el valor vida humana si, al mismo tiempo, deja en un caso, y sólo en un caso, de proteger... el valor vida humana. Y, sin duda, es el principio de ponderación de intereses el que está detrás: frente al interés -elevadísimo- que tiene el Derecho en proteger siempre la vida humana (del agresor), se alza el interés que tiene - en proteger la vida humana (del agredido) y además - el de afirmarse a sí mismo (defendiendo preferentemente a quien no se rebela contra él).

III.- CONSIDERACIONES FINALES

Puede afirmarse que si el Derecho es, fundamentalmente, resolución de conflictos de intereses, y la anti-juridicidad, en sentido material, lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos (es decir, quebranto de intereses), no podrá ésta surgir ni cuando no exista interés alguno que quebrar ni, por tanto, conflicto que resolver; ni cuando el interés en favor del que se resuelva sea mayor que el que se quebrante, pues precisamente esa es la función del Derecho.

Ahora bien, la ausencia de interés pura no se da nunca, en materia de justificación, pues no llega, en esos casos, a producirse totalmente la adecuación típica. Cuando se da ésta, es forzosamente porque ya se está quebrando algún interés; sólo en el caso del consentimiento podrá caber, y ya hemos visto como -- Noll y como en cierto modo, también Stratenwerth, incluyen éste --o más exactamente, el principio de la autodeterminación del individuo-- como un interés más

objeto de la ponderación. Por otra parte, también la teoría del medio justo para el fin justo ha de considerarse absorbida por la ponderación de intereses, y otro tanto cabe señalar de la "adecuación social" y el "riesgo permitido". Sólo cabrá hablar de que la conducta es expresión de un riesgo permitido, o es socialmente adecuada, después de que se haya ponderado lo que esa conducta quebrante -o pueda quebrantar- y el interés social en su desarrollo; después, y sólo después, de esa ponderación podremos reputar la conducta como socialmente adecuada o permitida: en expresión de Noll, "la teoría del riesgo permitido se explica por el principio de valuación de intereses, en la medida en que la víctima no está individualizada. Así, es lícito el viaje en avión, aunque se sabe que, a la larga se producirá algún accidente, y alguien morirá" (190). (La vida abstracta de un sujeto indeterminado vale menos que lo que los viajes en avión proporcionan a la humanidad).

De cualquier forma, el problema de la adecuación social, o del riesgo permitido, no constituye una cues

ción de antijuridicidad, sino de tipo: no cabe plantearse si el viajar en avión está o no justificado, porque no existe ningún precepto que lo prohíba. Y una vez producido el accidente, se convierte en un problema de culpabilidad; no por haber viajado en avión, sino por haber infringido los deberes de cuidado que el viajar en avión exige.

Finalmente, hay que señalar que quien realiza una conducta que, después de ponderar los intereses, se reputa justa, está ejerciendo un legítimo derecho y, por tanto, está emparado, aún cuando la acción fuera típica, entre nosotros, al menos, por la circunstancia 11ª del artículo 8º del Código Penal español, que se configura así como una cláusula general de justificación (191)(192).

NOTAS

- (1) Por supuesto, la teoría jurídica del delito y -- los elementos en que éste se divide no son una -- excepción. En este sentido, vid. Muñoz Conde, F., "Über den materiellen Schuldbegriff", en Goldammer's Archiv, 1978, págs. 65 y ss.
- (2) Radbruch, G., Filosofía del Derecho, 4ª ed. de -- la traducción española, Madrid, 1959, pág. 11: -- "El concepto del Derecho", añade el autor citado, -- "es un concepto cultural, o lo que es lo mismo, -- un concepto de una realidad referida a valores, -- una realidad, cuyo sentido consiste en estar al -- servicio de los valores". Op. cit., pág. 44.
- (3) Radbruch, G., op. cit., pág. 49. Subrayado en el original.
- (4) Vid. Stratenwerth, G., El problema de la "natura -- leza de las cosas" en la teoría jurídica, trad. -- por Cerezo Mir, J., en Revista de la Facultad de -- Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, -- 1964, págs. 7 y ss.
- (5) Respecto de las conexiones entre los conceptos -- "fundamento de la justificación" y "antijuridici -- dad material", vid. por todos Stratenwerth, G., --

Prinzipien der Rechtfertigung, en ZStW 68 (1956), págs. 54 y ss.; más modernamente Jescheck, H.H., Lehrbuch des Strafrechts (Allgemeiner Teil) 3. - Auflage, Berlín, 1978, pág. 261. En la doctrina italiana, vid. por todos Nuvolone, P., I limitati-
tati della norma penale. Reimpr. Padova, 1972-
(1ª ed., 1945), págs. 84 y ss.

- (6) Himmelreich, K., Notwehr und Fahrlässigkeit, Ber-
lín, 1975, pág. 75.
- (7) Vid. Baumann, J., Strafrecht. Allgemeiner Teil.-
Ein Lehrbuch. 8. Auflage, págs. 301 y 302.
- (8) Así, recoge Samson las más importantes teorías -
fundamentadoras habidas, dividiendo entre monis-
tas y pluralistas, citando entre las primeras, -
las de A. Graf zu Dohna (Teoría del fin), W. - -
Sauer (El fin adoptado por el Estado), P. Noll -
(La ponderación de bienes) y G. Stratenwerth - -
(Ponderación de bienes, coordinada con el princi-
pio de autonomía de la voluntad), y señalando a
E. Mezger como el principal representante del se-
gundo grupo (Teoría de la ausencia de interés y
del interés preponderante). Samson, E., en Rudol-
phi, H.J., Horn, E., Samson, E. y Schreiber, H.-
L., Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch,
Band I, Frankfurt a. M. 1977, pág. 263.

- (9) Eser, A., Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund (Zugleich ein-Versuch über Rechtsgüterschutz und evolutives - Recht), Bad Homburg v. d. H., Berlín, Zürich, - 1969, pág. 32.
- (10) Maurach, R., Derecho penal (Parte general), trad. y notas de Córdoba Roda, J., tomo I, Barcelona, 1962, pág. 363.
- (11) Maurach, R., op. cit., pág. 363.
- (12) De tal forma que, sólo teniendo en cuenta el -- concepto de éste, puede determinarse la verdadera naturaleza de aquélla. Mezger, E., Die sub-- jektiven Unrechtselemente, en Der Gerichtssaal-- (GS), 89 (1924), pág. 210.
- (13) Que será objeto de análisis en otro capítulo de este trabajo. Vid. infra capítulo II.
- (14) Vid. supra págs. 10 y ss. Podemos referirnos - ahora, entre los imperativistas strictu sensu a Thohon, A., Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre, Wei-- mar, 1878; y, Bierling, E.R., Juristische Prin-- zipienlehre, Tübingen, 1894-1905, como sus pri-- meros formuladores.

- (15) Vid. supra Introducción.
- (16) Ranieri, S., Manuale di Diritto penale, vol. I, P. generale, Padova, 1952, págs. 128 y ss.
- (17) Ranieri, S., op. cit., págs. 155 y 156.
- (18) Del Rosal, J., Tratado de Derecho penal, tomo I, 2ª ed., revisada y puesta al día por Cobo, M., Madrid, 1972, pág. 837.
- (19) Jescheck, H.H., Lehrbuch..., cit., pág. 260.
- (20) En realidad, es una referencia al principio de valuación de bienes. Schmidhäuser, E., Strafrecht, Allgemeiner Teil. Lehrbuch, 2. Auflage, Tübingen, 1975, pág. 288. Vid. también, págs. 282 y 283. La teoría a la que se refiere Jescheck, puede encontrarse ya en Berner, A., - Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Auflage, Leipzig, 1898, pág. 95.
- (21) Sauer, W., Allgemeine Strafrechtslehre. Citado por la traducción española a la tercera edición alemana, de Del Rosal, J. y Cerezo, J., - Barcelona, 1956, pág. 101. En realidad, no parece adecuado considerar a Sauer como representante de las teorías monistas, puesto que se refiere, en puridad, a tres grupos de causas -

de justificación, según su fundamento: 1. -- Ejercicio formal de derechos y facultades acunadas típicamente, 2. Fomento de intereses vitales en dirección al Bien Común, y 3. Protección de intereses vitales en especial por la desviación del peligro y la ayuda en la necesidad, para añadir expresamente: "Por todas -- partes se ofrece una unión de los principios para una decisión unitaria, la decisión según un único principio no es suficiente. (Subrayados en el original). Cfr. Sauer, W., op. cit., -- págs. 108 y 109.

- (22) Dohna, A.G. zu, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Strafrechtslehre, Halle, a.S., 1905. Existe traducción española: La ilicitud como característica general en el contenido de las acciones punibles. Contribución a la doctrina jurídico-penal general, de Ballvé, F., México, 1959, por la que citamos, pág. 53. En las transcripciones que se hagan en adelante, se utilizará el término "antijuridicidad", que entiendo preferible al de "ilicitud". Igualmente, se sustituirán algunos otros términos por aquéllos que entiendo más actuales en la doctrina. Vid. también, Recht und Irrtum, Mannheim, 1925, pág. 14, y La estructura de la teoría del delito, trad. de la 4ª ed. alemana por Fontán Balestra, C., Buenos Aires, 1958, pág. 45.

- (23) Noll, P., Tatbestand und Rechtswidrigkeit. Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, en ZStW 77 (1965), págs. 14 y ss. Existen muchas -variantes sobre este principio, que serán analizadas más adelante. Vid. Stratenwerth, G., Prinzipien..., cit., págs. 54 y ss.
- (24) Cfr. Roxin, C., Política criminal y sistema de Derecho penal, trad. de Muñoz Conde, F., Barcelona, 1972, pág. 55.
- (25) Samson, E., op. cit., pág. 262.
- (26) Welzel, H., Derecho penal (P.G.), traducción de la 1ª ed. por Fontán Balestra, C., Buenos Aires, 1956, pág. 90, y de la 11ª ed. por Bustos, J. y Vañez, S., Santiago de Chile, 1970, pág. 121.
- (27) Bockelmann, P., Strafrecht (Allgemeiner Teil),- München, 1973, pág. 90.
- (28) Mezger, E., Tratado de Derecho penal, trad. de la 2ª ed. alemana (1933) y notas de Derecho español por Rodríguez Muñoz, J.A., 2ª ed., tomo I, Madrid, 1955, págs. 408 y ss.
- (29) Mezger, E., Tratado..., cit., pág. 409.
- (30) Mezger, E., loc. cit. Subrayado en el original.

- (31) Mezger, E., Tratado..., cit., pág. 410. Subrayado en el original. En la nota 4, rectifica -- Mezger la posición por él mantenida en Die subjektiven..., cit., págs. 270, 292 y ss., donde también se recogía en este apartado la llamada gestión de negocios, entendida como informada -- por el principio del interés preponderante.
- (32) Mezger, E., loc. cit.
- (33) Mezger, E., Tratado..., cit., págs. 410 y 411.
- (34) Rodríguez Nuñez, J.A., Notas a Mezger, Tratado..., cit., pág. 412.
- (35) Vid. infra, capítulo IV
- (36) Cfr. Stratenwerth, G., Prinzipien..., cit., -- Noll, P., Tatbestand und Rechtswidrigkeit..., -- cit., y bibliografía allí citada.
- (37) Obsérvese como Mezger opera aquí, considerando los términos "bien jurídico" e "interés" como -- equivalentes. En realidad, puede decirse que, -- la valuación de bienes determina junto con la -- ponderación de otras circunstancias tales como la cantidad de peligro o de lesión, el grado de interés en conflicto. Cfr. Noll, P., Tatbestand und Rechtswidrigkeit..., cit., o Schmidhäuser, E., Strafrecht..., cit., pág. 288.

- (38) Mezger, E., Tratado..., cit., págs. 411 y 412, - nota 6. Subrayado en el original. La cita a - - Eb. Schmidt, de quien discrepaba Mezger en al- - gún punto referente al carácter del "principio- del interés preponderante" se refiere al artícu- lo Das Reichsgericht und der „Übergesetzliche - Notstand", en ZStW 49 (1929), págs. 350 a 411.- En este sentido, ya hay una referencia a la teo- ría de la ponderación de bienes, citándose (en- la pág. 370, nota 41) la obra de Beling, E., -- Grundzüge der Strafrecht, 8/9. Auflage, 1925, - pág. 37.
- (39) Mezger, E., loc. cit. Vid. Merkel, R., Die Kol- lision rechtmässigen Interessen und die Schaden- arztpflicht bei rechtmässigen Handlungen, 1895, págs. 75 a 90.
- (40) Mezger, E., Tratado..., cit., pág. 412.
- (41) Mezger-Blei hasta la 15ª ed.: Mezger, E., Blei, H., Strafrecht A.T. Ein Studienbuch. La última- edición es Blei, H., Strafrecht I. Allgemeiner- Teil, 17. Auflage (des von Edmund Mezger begrün- deten Werkes), München, 1977. En la pág. 121 re- coge como fundamentos de las causas de justifi- cación la ausencia de interés (Prinzip des man- gelnden Unrechts) y el interés preponderante -- (Prinzip des Überwiegenden Rechts).

- (42) Santoro, A., *Manuale di Diritto penale*, tomo I, Torino, 1958, pág. 185.
- (43) Santoro, A., *op. cit.*, pág. 188.
- (44) Cavallo, V., *Diritto penale. Parte generale*, -- vol. 2º, Napoli, 1955, pág. 619.
- (45) Cavallo, V., *op. cit.*, pág. 620.
- (46) Vid. supra nota 26.
- (47) Welzel, H., *Derecho penal...*, cit., 1ª ed. cit., pág. 89.
- (48) Welzel, H., *op. y loc. cit.* nota anterior.
- (49) Maurach, R., *Tratado...*, cit., pág. 361.
- (50) Bockelmann, P., *Strafrecht...*, cit., pág. 90.
- (51) Del Rosal, J., *Tratado...*, cit., tomo I, pág. - 843.
- (52) Jescheck, H.H., *Lehrbuch...*, cit., pág. 260. -- Vid. supra nota 19.

- (53) Así, Welzel la modifica en las diferentes ediciones de su Derecho penal. Vid., al respecto, entre otros a los que me referiré en su lugar oportuno, Schaffstein, F., Soziale Adhquanz und Tatbestandslehre, en ZStW 72 (1960), págs. 369 y ss.; y Hirsch, H.J., Soziale Adhquanz und Unrechtslehre, en ZStW 74 (1962), págs. 78 y ss.
- (54) Luzón Peña. D.M., Aspectos esenciales de la legítima defensa, Barcelona, 1978, pág. 91; también el El doble fundamento de la legítima defensa, en Cuadernos de Política criminal (CPC), nº 3, 1977, pág. 148.
- (55) Hertz, E., Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrecht, Bd. I, Hamburg, 1880, pág. 102; cit. por Luzón Peña, D.M., loc. cit.
- (56) Binding, K., Handbuch des Strafrecht, Bd. I, Leipzig, 1885, págs. 732 y 733.
- (57) Von Liszt, F., Tratado de Derecho penal, trad. por Jiménez de Asúa, L. y adicionado por Saldaña, Q., Madrid, s.f., tomo II, pág. 326.
- (58) Dohna, A.G. zu, Die Rechtswidrigkeit..., cit., pág. 46.



- (59) Dohna, A.G. zu, Die Rechtswidrigkeit..., cit.,-
pág. 48.
- (60) Dohna, A.G. zu, Die Rechtswidrigkeit..., cit.,-
pág. 49.
- (61) Dohna, A.G. zu, Die Rechtswidrigkeit..., cit.,-
págs. 52 y ss.
- (62) Dohna, A.G. zu, La estructura..., cit., pág. 45.
- (63) Con lo que quedaría sin contenido material el -
artículo 337 del Código Penal español.
- (64) Schmidt, Eb., Das Reichsgericht..., cit., pág.-
379.
- (65) Welzel, H., Derecho..., 11ª ed. cit., pág. 97.
- (66) Welzel, H., op. y loc. cit., nota anterior.
- (67) Noll, P., Tatbestand..., cit. Cfr. Schmidhäuser,
E., Strafrecht..., cit., pág. 288.
- (68) Welzel, H., 11ª ed. cit., pág. 132. Cfr. con la
1ª ed., pág. 96.
- (69) Dohna, A.G. zu, Die Rechtswidrigkeit..., cit.,-
pág. 6.

- (70) Ibidem, pág. 30. El subrayado es mío.
- (71) Ibidem, págs. 30 y 31.
- (72) Ibidem, pág. 31.
- (73) Ibidem, pág. 32.
- (74) Ibidem, pág. 30. Vid. Merkel, R., Die Kollision..., cit., págs. 41 y 42, Stammler, R., Darstellung der Strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes, - en Gebörte Preisschrift, Giessen, 1878, págs. - 75 y ss.; Von Buri, Beiträge zur Theorie des -- Strafrechts und zum Strafgesetzbuch, 1894, pág. 115; Titze, Die Notstandrechte im Deutschen - - Bürgerlichen Gesetzbuch und ihre geschichtliche Entwicklung, Leipzig, 1897, pág. 30; todos - - ellos cit. por Dohna, loc. cit.
- (75) En el mismo sentido, Bettiol, G., Diritto penale, 10ª ed., Padova, 1978, pág. 360, aunque no quede aceptada ninguna de las dos teorías como fundamento de la justificación, Luzón Peña, D.- M., Aspectos..., cit., pág. 92 y El doble..., - cit., pág. 149. En contra Schmidt, E., Das Reichs gericht..., cit., pág. 379 y Welzel, H., D.P.A., 1ª ed. cit., pág. 97; 11ª ed. cit., pág. 133.
- (76) Dohna, A.G. zu, Die Rechtswidrigkeit..., cit., - pág. 35.

(77) Welzel, H., D.P.A., 1ª ed., pág. 89.

(78) Vid. Peters, K., Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip, en Festschrift für Welzel, págs. 415 y ss. En la literatura en castellano, y pese a la ambigüedad con que se formula, puede también -- verse una curiosa crítica en Del Río, cuando -- afirma que existen dos teorías: el "idealismo -- jurídico" y la "legal, propiamente dicha". "La teoría del 'idealismo jurídico' sostiene que el hecho humano debe ser apreciado, no solamente -- frente a la Ley que lo describe y sanciona, sino que también frente al valor filosófico que -- dicha Ley traduce. Según ella, el buen sentido-jurídico no se aviene a considerar ciertos hechos como injustos a pesar de que puedan estar sancionados por la Ley (...). En otros términos, un hecho puede ser justo aunque la Ley no consagra una causa de justificación que lo comprenda expresa y determinantemente. La teoría legal -- considera que la tesis idealista representa la negación del Derecho y sostiene que los hechos deben ser analizados únicamente en relación a -- las Leyes vigentes". Del Río, R., Explicaciones de Derecho penal, tomo I, Santiago de Chile, -- 1945, pág. 256.

(79) Welzel, H., D.P.A., 1ª ed., pág. 90.

- (80) Welzel, H., D.P.A., 1ª ed., pág. 140.
- (81) Welzel, H., D.P.A., 11ª ed., pág. 187. El subrayado es mío. La constante referencia al término "cuidado" procede del tenor literal del § 276 - del Código Civil alemán (BGB), que afirma "actúa culposamente quien no observa el cuidado requerido en el ámbito de relación...).
- (82) Welzel, H., D.P.A., 11ª ed., pág. 190.
- (83) Ibidem, págs. 83 y ss.
- (84) Ibidem, pág. 84.
- (85) Ibidem, pág. 85.
- (86) Ibidem, pág. 86.
- (87) Welzel, H., Studien zum System des Strafrechts, en ZStW 58 (1939), págs. 499 y ss.
- (88) Vid. las referencias completas supra nota 53.
- (89) Referencia completa: Krauss, D., Erfolgswert- und Handlungswert im Unrecht, en ZStW 76 - - (1964), págs. 19 y ss.
- (90) Welzel, H., D.P.A., 11ª ed., pág. 86.

- (91) Vid. supra notas 53 y 88. Vid. igualmente - - Klug, U., Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem, en Festschrift für Eberhard - Schmidt, Göttingen, 1961, págs. 249 y ss.; y -- Wussow, H.J., Zur Lehre von der Sozialadäquanz, en Neue Juristische Wochenschrift (NJW), nº 58, pág. 891. Sobre este tema, puede también verse, en la doctrina italiana: Nuvoione, P., I limiti..., cit., págs. 47 y ss. y 106 y ss.; Gregori, G., Adequatezza sociale e teoria del reato, Padova, 1969, quien en las págs. 21 y ss. denuncia el origen de la teoría en las ideas del nacional-socialismo; Fiore, P., L'azione socialmente adeguati nel Diritto penale, Napoli, 1966.
- (92) Sobre la teoría de la adecuación social y el -- riesgo permitido como justificativos, vid. portodos en la doctrina española Gimbernat Ordeig, E., Delitos cualificados por el resultado y causalidad, Madrid, 1966, págs. 57 y ss. y bibliografía allí citada. En las págs. 62 y ss. se refiere a la teoría de la adecuación social en el campo de la tipicidad.
- (93) Jescheck, H.H., Lehrbuch..., cit., pág. 260.

- (94) Sauer, W., Allgemeine Strafrechtlehre, 3. Auflage, trad. Del Rosal, J. y Cerezo, J., pág. 95.- Del Rosal anota en el lugar citado, el interés que reviste la inclusión del término "peligrosidad". En realidad, no es una referencia al moderno concepto de peligrosidad, sino al de puesta en peligro de un bien jurídico. Vid. al respecto Escrivá Gregori, J.M., La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal, Barcelona, 1976.
- (95) Sauer, W., Allgemeine..., cit., pág. 97. Cfr. - del mismo, Juristische Methodenlehre, Berlín, - 1940, págs. 242 y ss.
- (96) No en vano, la primera edición de su obra lleva por título Grundlagen des Strafrechts, nebst-Umriss einer Recht-und Sozialphilosophie, Berlin-Leipzig, 1921.
- (97) Sauer, W., Allgemeine..., cit., pág. 101. Subrayado en el original.
- (98) Ibidem, pág. 108. Subrayados del autor (también, en adelante).
- (99) Ibidem, págs. 108 y 109.
- (100) Ibidem, pág. 109.

- (101) Noll, P., Tatbestand und Rechtswidrigkeit..., -
cit.
- (102) Stratenwerth, G., Prinzipien..., cit., espe-
cialmente pág. 65.
- (103) Cavallo, V., op. cit., pág. 619. Vid. supra no-
tas 44 y 45.
- (104) Florian, E., Parte Generale del Diritto penale,
5ª ed., Milano, 1934, pág. 523.
- (105) Carrara, F., Programma del corso di Diritto --
criminale dettato nella Regia Università di Pi-
sa, trad. de Ortega Torres, J.J. y Guerrero, -
J., Parte General, vol. I, Bogotá, 1956, pág.-
93.
- (106) Pioletti, U., Manuale di Diritto penale (P. Ge-
nerale), 2ª ed., Napoli, 1969, pág. 266.
- (107) Antolisei, F., Manuale di Diritto penale (P. -
Generale), trad. Del Rosal, J. y Torio, A., --
con notas del primero, Buenos Aires, 1960, --
pág. 201. Lo mantiene en la 7ª ed., Milano, --
1975, pág. 212.
- (108) Romano-di Falco, E., Manuale di Diritto pena-
le, Roma, 1955, pág. 133.

- (109) Malinverni, A., *Esercizi di Diritto penale*, Torino, 1962, pág. 60, nº 208.
- (110) Cfr. Noll, P., *Übergesetzliche Milderungsgründe aus verminderten Unrecht*, en *ZStW* 68 (1956), - pág. 183.
- (111) Noll, P., *Tatbestand...*, cit., pág. 13. En -- cierto modo, puede entenderse esta postura como un intento de explicación, desde la teoría de la ponderación de intereses, de la "adecuación social" welzeliana; al menos, las consecuencias son las mismas en una y otra posturas.
- (112) Noll, P., *Tatbestand...*, cit., pág. 13.
- (113) Welzel, H., *D.P.A.*, 11ª ed., pág. 133.
- (114) Vid. Stratenwerth, G., *Prinzipien...*, cit., -- pág. 45, sobre este problema.
- (115) Noll, P., *Tatbestand...*, cit., págs. 14 y 15.
- (116) Stratenwerth, G., *Prinzipien...*, cit., pág. -- 41.
- (117) Schmidhäuser, E., *Strafrecht...*, cit., pág. -- 288.

- (118) Noll, P., Tatbestand..., cit., pág. 27.
- (119) Bettiol, G., Instituciones de Derecho penal y procesal, trad. de Gutierrez-Alviz y Conradi, F., Barcelona, 1977, pág. 121; del mismo, Bene giuridico e reato, en Scritti giuridici, vol. I, Padova, 1976, págs. 318 y ss.
- (120) Vid. Bettiol, G., Giurisprudenza degli interessi e Diritto penale, en Scritti cit., págs. 330 y ss.; entre nosotros, Mir Puig, S., Introducción a las bases del Derecho penal, Barcelona, 1976, págs. 222 y ss.
- (121) Von Liszt, F., Tratado..., cit., vol. II, pág. 6.
- (122) Vives Antón, T.S., Concepto, método y fuentes del Derecho penal, Valencia, 1977 (inédito), pág. 221.
- (123) Larenz, K., Metodología de la ciencia del Derecho, Barcelona, 1966, pág. 68.
- (124) Binding, K., Die Normen und ihre Übertretung, tomo I, 4ª ed., 1922, págs. 357 y ss. Vid. Kaufmann, Armin, Teoría de las normas, trad. Bacigalupo, E. y Garzón Valdés, E., Buenos Aires, 1977, pág. 15.

- (125) Eser, A., *Wahrnehmung...*, cit., págs. 33 y 34- y bibliografía allí citada (nota 66). Sin embargo, esto no significa que no existan autores que utilizan indistintamente las diferentes expresiones. Cfr., por ejemplo, Häberle, - P., *Die Wesengehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, 2. Auflage Karlsruhe, 1972, pág. 31.
- (126) Puede comprobarse en Noll, P., *Tatbestand...*, - cit., que tras referirse a la valuación de - - bienes (*Güterabwägung*), concepto que utiliza - el mismo título de su trabajo, formula en el - texto la idea fundamental de la ponderación de valores (*Wertabwägung*) como más amplio (op. -- cit., págs. 14 y 15).
- (127) Carrara, F., *Programma...*, cit., vol. I, págs. 93 y 94.
- (128) Alvarez Cid, J. y T., *El Código penal de 1870*, tomo I, Córdoba, 1908, pág. 141.
- (129) Battaglini, G., *Diritto penale. Parte Generale*, 3ª ed., Padova, 1949, pág. 302.
- (130) Battaglini, G., op. y loc. cit., nota anterior.

- (131) Bettiol, G., Diritto penale..., cit., págs. --
360
- (132) Bettiol, G., Instituciones..., cit., págs. 122
y 123.
- (133) Bettiol, G., Diritto penale..., cit., págs. --
363 ; e Instituciones..., cit., pág. 125.
- (134) Pérez, L.C., Tratado de Derecho penal, tomo II,
2ª ed., Bogotá, 1977, pág. 49.
- (135) Ibidem, pág. 54. En la doctrina alemana sobre-
este punto, vid., Häberle, P., Die Wesengehalt
garantie..., cit., especialmente págs. 31 y ss.
- (136) Antón Oneca, J. (junto con Rodríguez Muñoz, J.
A.), Derecho penal, tomo I, Parte General, Ma-
drid, 1949, pág. 182.
- (137) Schultz, H., Strafrecht Allgemeiner Teil, Ba-
sel-Zurich, 1975.
- (138) Cfr. Lenckner, T., Notwehr bei provoziertem und
verschuldetem Angriff, en Goltdammer's Archiv-
für Strafrecht, 1961, págs. 299 y ss. Vid. del
mismo, Die Rechtfertigungsgründe und das Erfor-
dernis pflichtgemässer Prüfung, en Beiträge zur
gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift -
für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag, Berlín,
1966, págs. 165 y ss.; y Otto, H., Pflichtenkol-
lision und Rechtswidrigkeitsurteil, 3. Auflage,
Marburg, 1978, especialmente págs. 38 y ss.

- (139) Jescheck, H.H., Lehrbuch..., cit., pág. 261.
- (140) Roxin, C., Política criminal..., cit., pág. 36.
- (141) Ibidem, pág. 40.
- (142) Ibidem, pág. 41.
- (143) Ibidem, pág. 55.
- (144) Ibidem, pág. 57.
- (145) Ibidem, pág. 59.
- (146) Stratenwerth, G., Prinzipien..., cit., pág. 68.
- (147) Schmidhäuser, E., Strafrecht..., cit., pág. --
282.
- (148) Schmidhäuser, E., Strafrecht..., cit., pág. --
283; del mismo, Einführung in das Strafrecht,-
Reinbeck bei Hamburg, 1972, pág. 144.
- (149) Schmidhäuser, E., Strafrecht..., cit., pág. --
283.
- (150) Ibidem, pág. 288.
- (151) Noll, P., Tatbestand..., cit., pág. 9.

- (152) Noll, P., Tatbestand..., cit., pág. 11.
- (153) Stratenwerth, G., Prinzipien..., cit., pág. --
42.
- (154) Stratenwerth, G., Prinzipien..., cit., pág. --
44.
- (155) Ibidem, pág. 45.
- (156) Ibidem, pág. 46.
- (157) Ibidem, pág. 47.
- (158) Ibidem, pág. 48.
- (159) Ibidem, págs. 48 y 49.
- (160) Ibidem, págs. 49 a 54. Vid. Weber, H. von, Das
Notstandproblem und seine Lösung in dem Straf-
gesetzentwürfen 1919 und 1925, 1925, pág. 102-
(en el sentido de que el Derecho otorga una es-
fera de dominio individual).
- (161) Stratenwerth, G., Prinzipien..., cit., págs. -
54 a 59.
- (162) Ibidem, págs. 59 a 65.

- (163) Ibidem, pág. 65.
- (164) Vid. supra págs. 54 y ss.
- (165) Stratenwerth, G., Prinzipien..., cit., pág. -- 68.
- (166) Ibidem, pág. 70.
- (167) Noll, P., Tatbestand..., cit., pág. 15.
- (168) Ibidem, pág. 19.
- (169) Ibidem, pág. 14.
- (170) Ibidem, pág. 18.
- (171) Stratenwerth, G., Prinzipien..., cit., pág. 43.
- (172) Vid. Jaso Roldán, J.M., en Rodríguez Muñoz, J. A. (junto con Antón Oneca, J.), Derecho penal, tomo II, Parte Especial, Madrid, 1949, págs. - 252 y ss.; Rodríguez Muñoz, J.A., Notas a Mezger, Tratado..., cit., tomo I, págs. 425 a 427; Cobo del Rosal, M., El artículo 426 del Código Penal y el problema del consentimiento en las lesiones en la Reforma Penal española, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP) XV (1962), págs. 303 y ss., y Revisión del pro

blema del consentimiento en las lesiones en el Código Penal, en ADPCP XVII, 1964, págs. 243 y ss.; Gimbernat Ordeig, E., Notas a Quintano Ripollés, A., Tratado de la Parte Especial de Derecho Penal, tomo I, vol. I, Madrid, 1972, - - págs. 794 y ss.; Rodríguez Devesa, J.M., Derecho penal español (Parte Especial), 7ª ed., Madrid, 1979, págs. 136 y ss.

- (173) Noll, P., Tatbestand..., cit., pág. 25.
- (174) Ibidem, págs. 14 y 15. Vid. supra nota 115.
- (175) De la 4ª a la 8ª edición de su Derecho penal alemán, Welzel considera la adecuación social una causa de justificación consuetudinaria.
- (176) Noll, P., Tatbestand..., cit., págs. 30 y 31.
- (177) Vid. supra págs. 55 y 56, y nota 90. Cfr. - - Welzel, H., D.P.A., 11ª ed., pág. 86.
- (178) Córdoba Roda, J., en Córdoba Roda, J., Rodríguez Mourullo, G. (junto con Toro Marzal, A. del y Casabó Ruiz, J.R.), Comentarios al Código Penal, tomo I, Barcelona, 1972, pág. 287; - vid. del mismo, Las eximentes incompletas en el Código penal, Oviedo, 1966, pág. 184. El su brayado es mío.

(179) No es posible abordarlo aquí. Entre nosotros, la doctrina dominante le otorga naturaleza de causa de justificación cuando el bien sacrificado es menor que el que se trata de evitar y de causa de inculpabilidad cuando ambos son -- iguales. A ello se ha opuesto Gimbernat, para quien siempre es causa de justificación (vid.- Gimbernat Ordeig, E., El estado de necesidad: un problema de justificación, en Estudios Penales, Madrid, 1976, págs. 107 y ss.). El propio autor resume así su opinión: "El estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales es una causa de justificación porque el Derecho renuncia ahí a una pena, no porque ésta sea in idónea para combatir el hecho cometido en estado de necesidad, sino porque no quiere combatir ese comportamiento. De la conformidad con el Derecho de la acción de estado de necesidad deriva que no puede ser punible la participación en ella (...). Frente a la acción de estado de necesidad -por no ser antijurídica- no es posible la legítima defensa, pero si el estado de necesidad -por ello deben ser respetados los límites de la proporcionalidad: "El mal causado no debe ser mayor que el que se trata de evitar"-; ésta es la única solución justa, pues no se aplican dos criterios distintos para el que actúa primero en estado de necesidad y para el que se ve entonces afectado por esa situación" (págs. 121 y 122).

- (180) Córdoba Roda, J., Comentarios..., cit., tomo I, pág. 287. Subrayado en el original.
- (181) Noll, P., Tatbestand..., cit., pág. 11.
- (182) Roxin, C., Die Provozierte Notwehrlage, en -- ZStW 75 (1963), págs. 541 y ss.; del mismo, Política criminal..., cit., págs. 57 y ss. No es posible aquí desarrollar las distintas teorías al respecto. Vid. Luzón Peña, D.M., Aspectos esenciales..., cit., págs. 18 y ss., especialmente 58 y ss.; y El doble fundamento..., cit., págs. 101 y ss.
- (183) Así, Roxin opina que domina el principio de -- prevalencia del Derecho. Roxin, C., Política criminal..., cit., pág. 58. Vid. Luzón Peña, D.M., Aspectos esenciales..., cit., págs. 79 y ss.; y Rodríguez Mourullo, G., Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del -- Tribunal Supremo, Madrid, 1976, pág. 60.
- (184) Luzón Peña, D.M., Aspectos esenciales..., cit. pág. 47; El doble fundamento..., cit., pág. -- 120.
- (185) Roxin, C., Política criminal..., cit., pág. 58.

- (186) Rodríguez Mourullo, G., Legítima defensa..., - cit., pág. 64. En el mismo sentido, Díaz Palos, F., La legítima defensa (estudio técnico-jurídico), Barcelona, 1971, pág. 27, fundamenta esta causa de justificación en el principio del interés preponderante.
- (187) Luzón Peña, D.M., Aspectos esenciales..., cit., pág. 72; El doble fundamento..., cit., págs. - 136.
- (188) Como afirma Luzón Peña, en loc. cit., nota anterior.
- (189) Stratenwerth, G., Prinzipien..., cit., pág. -- 116.
- (190) Noll, P., Tatbestand..., cit., pág. 31.
- (191) Lo que se intentará demostrar en otro capítulo. Vid. infra capítulo IV.
- (192) Resulta obvio que lo aquí mantenido se refiere al interés preponderante que supone la realización de la conducta típica y a su tarea justificante. Cuestión muy diferente es aludir al interés del Estado en que no se castigue una conducta que sea típica, antijurídica y culpable, en atención a razones político-criminales. Tan elemental distinción no parece haber sido alcanzada por García Puente, quien en base al principio aquí defendido como fundamento gené-

rico de la justificación, otorga tal naturaleza a las excusas absolutorias, entre las que - incluye algunas que resulta muy discutible que lo sea. Cfr. García-Puente Llamas, J., Nuestra concepción de las excusas absolutorias, en - - A.D.P.C.P., XXXIV, 1981, págs. 81 y ss.

CAPITULO SEGUNDO : LA NATURALEZA DE LA JUSTIFICACION

I.- INTRODUCCION. EL CONCEPTO "CAUSAS DE JUSTIFICACION". EVOLUCION DOCTRINAL

El concepto "justificación" y la referencia a las llamadas "causas de justificación" son extraños a nuestro Código Penal, que sólo alude, como titulación del capítulo segundo de su libro primero, a las "circunstancias que eximen de la responsabilidad criminal". Se trata, en realidad, de la traducción de los términos alemanes "Rechtfertigung" y "Rechtfertigungsgründe", utilizando este último por vez primera en la doctrina científica por Berner (1). Y ni siquiera los autores se muestran unánimes a la hora de aceptar esta categoría conceptual, sin que, entre quienes la acogen, exista tampoco unidad de criterio

acerca de su significado. Por supuesto, aquellos autores que niegan a la antijuridicidad su carácter de elemento del delito, se ven obligados ahora a mantener idéntica postura respecto de su negación: si no hay antijuridicidad, mal puede hablarse de justificación.

Por eso, Battaglini prefiere referirse a la justificación en estudio como "circunstancias que ^{niegan} ~~estudian~~ el delito e impiden la punibilidad", denominándolas "causas impeditivas de la punibilidad" (2). Civoli, por su parte, había distinguido muchos años antes, de entre las circunstancias que eximen de la responsabilidad criminal, aquellas que excluyen la imputabilidad del agente de las que impiden la imputabilidad de la acción (3), perteneciendo lo que aquí denominamos "causas de justificación" a la segunda categoría; mientras Vicenzo Lanza distinguía, utilizando una terminología en cierto modo antinómica a la que hoy es usual, entre causas psíquicas discriminadoras, con el efecto de anular el delito, y excusas objetivas, que no niegan éste sino que tan sólo lo disculpan --

(4). Para él, pues, lo que hoy denominamos causas de imputabilidad son precisamente las que anulan el delito, mientras que las circunstancias objetivas tienen un menor efecto; sólo excusan a su autor.

Si nos remontamos todavía a años anteriores, encontrándonos con el gran penalista italiano M. P. Rossi, cuya influencia en nuestra doctrina y, lo que quizás sea aún más importante, en nuestra legislación, resulta indudable, hallaremos una opinión más ajustada. Rossi considera "justificado a aquél que al cometer una acción en la apariencia criminal, se encuentra, sin embargo, personalmente en un estado tan excepcional, que en este caso particular queda destruída la moralidad intrínseca del agente" (5). Y, si seguimos la exposición del citado autor, comprobaremos que -- afirma que una causa de justificación excluye toda imputabilidad, el agente es inocente; un motivo de disculpa, en cambio, "disminuye la imputabilidad penal, puede reducirla a sus menores términos, y aún apartar toda pena social, pero no establece la inocencia del agente" (6). Aquí si puede aludirse a los

efectos menos favorecedores para el agente de la -- "disculpa" o "excusa" respecto de la "justificación". Creo que las ideas de Rossi están más cerca de las -- actuales que las de Lanza. La afirmación del primero de que "una causa de justificación excluye toda imputabilidad" (7) debe de entenderse, no como resultado de una confusión terminológica, sino, precisamente, como fruto de una finísima intuición: si la acción -- está justificada, no cabe plantearse la imputabilidad del agente. Así, la exención de responsabilidad criminal puede proceder de la legitimidad intrínseca del acto, de la ignorancia o el error del agente, o de la violencia ejercida sobre éste; "cuando procede de la legitimidad intrínseca del acto, el acto está justificado, aún cuando hayan concurrido plenamente en él la voluntad e inteligencia en el agente. No -- hay intrínsecamente delito" (8).

Por su parte, Impallomení distinguía tres clases de -- circunstancias que excluyen la pena: 1) causas de imputabilidad, 2) causas de justificación y 3) causas particulares, que sólo excluyen la ejecución de la --

pena. Sobre las segundas, afirma que "excluyen el carácter criminal del hecho; el hecho se hace justificado" (9).

En la doctrina italiana contemporánea, Pannain no se refiere tampoco a las causas de justificación, dividiendo las causas de exclusión de la responsabilidad criminal entre aquellas que excluyen la punibilidad, y las que excluyen la imputabilidad; las primeras excluyen el delito, mientras que las segundas tan sólo la responsabilidad del sujeto (10). Pagliari, por su parte, alude a las "circunstancias de incompletud -- del hecho delictivo", los "elementos negativos del hecho delictivo" y a la "incapacidad penal" (11).

Boscarelli en cambio, sí se refiere a las causas de justificación, que junto con las de "inmunidad" y -- las "especiales de no punibilidad" forman las circunstancias eximentes (12).

Naturalmente, las referencias a todos estos autores se han hecho, teniendo en cuenta la originalidad de-

sus divisiones de las causas eximentes de la responsabilidad criminal. La doctrina contemporánea dominante suele distinguir simplemente, entre causas de justificación y de inculpabilidad, al margen del valor sistemático que puedan otorgar a las excusas absolutorias.

En general, puede decirse que la negación de la anti-juridicidad como elemento del delito y su identificación con la esencia del mismo, efectuada por Battaglioni resulta sistemáticamente inidónea; pues proporciona a la elaboración de la teoría jurídica del delito muchos más problemas que los que resuelve, obligando a introducir un concepto -la punibilidad- al que se hace jugar el mismo papel que el que correspondía a la anti-juridicidad, de tal forma que, o se trata de un mero cambio de nombres o nos hallamos ante una sistemática incompleta. Que más bien nos encontramos en el primer supuesto parece decirlo Leone, al dividir las causas de exclusión del delito, entre causas que niegan la anti-juridicidad (o punibilidad) y las que se oponen a la culpabilidad (o más propia-

mente, a la imputabilidad, que no es un elemento del delito, sino presupuesto de la culpabilidad); las -- primeras son objetivas, y las segundas, subjetivas -- (13).

Y en este sentido, ha podido criticar Cavallo la tesis de Battaglini: resulta inconveniente la denominación causas de no punibilidad (14), pues por un lado esa pretendida naturaleza es común a todos los elementos negativos del delito y, por otro, se producen innumerables problemas de orden sistemático, hasta -- el punto de imposibilitar un correcto análisis del -- concepto de delito; no se niega la tripartición, sino el análisis mismo.

Maggiore afirma que tan sólo se den causas especiales de justificación, cuando la antijuridicidad de -- la conducta presenta condiciones especiales, de tal -- forma que al no darse éstas surgen aquéllas (15). La referencia es más bien a aquellos supuestos en que -- el tipo exige alguna condición especial, bien en la -- acción, bien en el agente, toda vez que el autor ita

liano citado niega en la misma línea que Battaglini, a la antijuridicidad el carácter de elemento del delito.

También Granata afirma que las causas de justificación niegan la punibilidad (16) mientras que Florian parece adoptar una postura similar a la ya vista de V. Lanza, al considerar que en realidad, niegan el elemento subjetivo del delito (17).

II.- ANTIJURIDICIDAD Y JUSTIFICACION

1.- La justificación como negación formal de la anti- tjuridicidad

La adopción del criterio objetivo o subjetivo dependerá de como previamente se haya concebido el injusto y su envolvente formal, la antijuridicidad: para quienes ésta consista en la voluntaria contrariedad al imperativo de la norma, habrá que atender a criterios subjetivos; quienes en cambio, consideren, como se ha hecho en el capítulo precedente de este trabajo, que la esencia de la contrariedad al Derecho radica en el quebrantamiento de un interés jurídico, - habrá que atender más al resultado de la acción que a la desobediencia subjetiva; sin que esto suponga, - en absoluto, adoptar un criterio estrictamente objetivista.

Formalmente, está justificada aquella conducta, que - no es contraria al imperativo de la norma, ya consig

ta éste en un mandato o en una prohibición. A lo -- largo de las próximas páginas se intentará desarro-- llar la manera en que esto se produce: veremos como-- la causa de justificación hace decaer el imperativo-- que, implícitamente, supone el tipo.

Y, en mi opinión, esta función, por sí sola, no es -- suficiente para implicar una concepción objetiva o -- subjetiva de la justificación. Lo que, de verdad, im portará es el contenido del juicio de antijuridici-- dad: si afirmamos que éste examina tan sólo la obe-- diencia o desobediencia de un mandato; si sólo, en -- definitiva, tenemos en cuenta el valor o desvalor de la acción, o aún más, de la voluntad del agente, an-- tijuridicidad y justificación serán conceptos subje-- tivos. Pero habría que cuestionarse entonces, si -- ello no supondría algo más, mucho más, que la existen-- cia de un imperativo de hacer o no hacer determinada conducta. Si no sólo ordenamos que no se lleve a ca-- bo determinado resultado desvalioso, sino además que no se quiera llevar a cabo, que se asuma plenamente-- la conducta, incluso, si nos planteamos el Derecho--

no como valoración sino como simple mandato, si afirmamos que la norma no valora, si no nos basta con que no se produzca un resultado, sino que exigimos la -- asunción por parte del agente de que efectivamente -- no se produzca, estaremos exigiendo lisa y llanamente una identificación del sujeto con el ordenamiento, una asunción interna, por su parte, de los mandatos de éste; no le estaremos ordenando ya que se abstenga de actuar contra un Derecho, que ni siquiera protege bienes e intereses; le estaremos exigiendo que asuma, con obediencia franciscana, unos imperativos que no se justificarán en nada y de los que no podrá discrepar, ni siquiera en su fuero interno. Considero que estas concepciones, mal pueden acomodarse al Estado social y democrático de Derecho, proclamado en el artículo primero de la Constitución española de 1978 (18) (19).

2.- La justificación como negación material de la anti- tjuridicidad

No cabe duda de que no puede ser ese el camino ideal. Será necesario, por el contrario, atender al concepto de antijuridicidad material y buscar un fundamento sustantivo a las causas que la hacen desaparecer. Eso es lo que se ha mantenido en el capítulo precedente. Creo haber demostrado que, partiendo de una concepción sustantiva de la antijuridicidad, es decir, considerando que ésta consiste, no en la desobediencia al mandato sino en algo más: el que, como consecuencia de la misma, se produzca la lesión o puesta en peligro del interés tutelado por la norma; hemos de llegar a la conclusión de que cuando la acción, en principio prohibida, al llevarse a cabo produce la salvaguardia de un interés mayor, no puede ser antijurídica. Y ello, porque el imperativo no puede ser contemplado aisladamente. El Derecho ordena, no sólo que actuemos o no de determinada manera, sino que no quebrantemos concretos intereses por él protegidos: quien quebranta uno, para salvar a otro-

de mayor importancia -y es el propio Ordenamiento el que calibra ésta- no está actuando en contra del Derecho, sino absolutamente en su favor (20).

En definitiva, ambos criterios -formal y material- no son antagónicos, y me parece tan incorrecto desconocer la vertiente sustantiva de la justificación, - como ignorar que la explicación de la forma en que se produce la negación de la antijuridicidad ha de realizarse científicamente, en la medida en que el Derecho sea ciencia (21), intentando aclarar cual es la función sistemática de la institución.

Se trata, en realidad, de dos aspectos de una misma-cosa: la antijuridicidad es la contrariedad formal a la norma, y se produce, en virtud de la misión protectora de intereses de la misma; su contenido es el injusto; cuando éste no se da, cuando la pretendida-contrariedad a la norma carece de contenido material; es decir, cuando no hay injusto, tampoco hay contrariedad a la norma; sin injusto no hay antijuridicidad, de la misma manera que sin dolo ni culpa hay --

culpabilidad (22).

En este sentido, ha puesto de relieve Bobbio como -- los presuntos caracteres formales de la norma jurídica revelan siempre asunción de valores (23).

En las próximas páginas se intentará tomar postura -- respecto de los criterios dogmáticos que me parecen más idóneos para explicar la forma en que se produce la negación de la entijuridicidad; cual es la naturaleza dogmática de la justificación.

III.- EL SISTEMA DE LA REGLA-EXCEPCION. CRITICA1.- La función indiciaria del tipo y el sistema de -
la regla-excepción

Habrá que partir, para ello, del exámen, ya realiza-
do en capítulos anteriores de las relaciones entre -
tipo y antijuridicidad. Y quizás sea, en relación --
con lo que aquí nos interesa, el esquema adoptado --
por Mezger el que mejor se ajuste a las ideas aquí -
expuestas. Convendrá, ante todo, dejar muy claro, --
cual de las diferentes acepciones del término "tipo"
(24) es la que utiliza Mezger para exponer su esque-
ma. El tipo es, para él, y aquí, "el injusto descri-
to concretamente por la Ley en sus diversos artícu--
los, y a cuya realización va ligada la sanción pe- -
nal" (25).

Más adelante, afirma que "la antijuridicidad de la -
acción es una característica del delito, pero no una
característica del tipo", de tal modo que "una ac- -

ción sólo por el hecho de ser típica no es aún necesariamente antijurídica; esta última propiedad está ausente en los casos en que existe una causa de exclusión del injusto" (26). La antijuridicidad se configurará entonces, como un juicio, al que se somete la conducta típica.

Más arriba, expuse ya la teoría de Mezger respecto a las relaciones entre tipo y antijuridicidad (27). -- Baste ahora con recordar que el tipo es entendido como ratio essendi de la antijuridicidad. Se va, por tanto, más allá de la postura de M.E. Mayer para -- quien el tipo es ratio cognoscendi (28), y de Beling, formulador de la denominada "función indiciaria del tipo" (29). Y, sin embargo, en algo coinciden todos estos autores: en la formulación del sistema de la regla-excepción: toda conducta típica es antijurídica (regla), excepto cuando concurre una causa de justificación, o, dicho en palabras del que fuera profesor múniqués, "una acción que cae bajo un tipo legal es antijurídica en tanto no concurra una especial -- causa de exclusión de injusto" (30); el tipo es, fun

damento real de validez de la antijuridicidad. Pero no vamos a repetir aquí conceptos más arriba expuestos. Baste ahora con recordar la posición mantenida: el tipo supone ya un desvalor, por decir así, presunto; el juicio de antijuridicidad determinará si se confirma o no la realidad. Por eso, es posible, expositivamente, aceptar el sistema de la regla-excepción.

El tema ha sido controvertido en la doctrina y conviene destacar algunas opiniones al respecto: Santoro niega que se trate, en las causas de justificación de excepciones a ninguna regla general, son causas de inexistencia del delito, sin más (31). Coinciden con esta opinión, por tratarse de causas que impiden que el delito surja, Cavallo (32), Ranieri (33) y, más modernamente, Pioletti (34). A favor del criterio de la regla-excepción se muestran Massari, para quien nos encontramos ante un concurso de normas -la prohibitiva y la permisiva- (35), y Schultz, quien considera a las causas de justificación siguiendo la línea de Binding, normas permisi-

vas, Erlaubnissätze (36), entre otros.

Resulta asombroso que esta terminología -"regla-excepción"- fuera utilizada, muchos años antes, por - - Pessina, quien afirmaba que "la regla general es que todo delito dé lugar a la acción penal, ya que ésta puede decirse que es la conclusión necesaria de un silogismo, cuyas dos premisas son: la Ley penal (mayor) y la aparición del delito (menor). Sin embargo, en algunos casos la Ley declara que no ha lugar a la acción penal" (37).

Nos invita Graf zu Dohna a interpretar la relación -regla-excepción, no en sentido literal, sino con precauciones: "No se debe interpretar esa relación", -- afirma, en el sentido de que la acción ejecutada sea en sí antijurídica, sino que ella (s.c. la antijuridicidad) falta en tales casos, desde el comienzo, y la afirmación de la adecuación típica de la acción -- no significa, en modo alguno, la afirmación de su antijuridicidad" (38).

En el mismo sentido, años atrás, afirmó ya Binding - que las causas de justificación son causas de no sur- gimiento del Derecho penal (Grunde der Nichtent- - hung von Strafrecht), no eximentes del injusto ya -- aparecido (39). Y el propio Mezger aclara las limita- ciones del sistema: "En este estudio del problema de las causas que excluyen la antijuridicidad nunca se - insistirá bastante sobre el hecho de que en el sis- -- tema de regla-excepción aquí elegido no se trata --- realmente más que de una forma de exposición del --- asunto. En el contraste de regla y excepción; esto - es, de fundamentación del injusto y de exclusión del mismo no recibe dicha forma relevancia alguna de - - fondo" (40). Más adelante, aclarará el autor muni- - qués: "Una acción en la³ concurre una causa de justifi- ficación eficiente bien como causa reconocida por la Ley, bien como consecuencia de un principio general-, no es un acto injusto, exactamente como no lo es una acción a la que de antemano falta una característica típica necesaria para la fundamentación del mismo. Y sólo al objeto de ordenar de manera sinóptica los -- distintos puntos de vista distinguimos entre funda--

mentación y exclusión del injusto; la colocación -- aquí o allí es sólo cuestión de oportunidad y de técnica expositiva y no autoriza en manera alguna para deducir consecuencias ulteriores" (41).

También Aldo Moro ha puesto de relieve los problemas que causa un mal entendimiento del sistema de la regla-excepción (42), lo que le lleva a demandar alguna precisión más para considerar aceptable dicha fórmula. Es verdad, que en los casos justificados (o de licitud excepcional) no se aplica la norma penal, no existe la prohibición (o el mandato); nos encontramos ante una "violación" que no es contraria al delito; y la única diferencia entre la conducta justificada y la atípica es que en aquélla es necesario acudir a nuevas comprobaciones, mientras que en ésta resulta más diáfana su conformidad a Derecho.

Pero eso no cambia, para Moro, en modo alguno, la naturaleza del fenómeno, "que es de originaria y definitiva licitud del acto, el cual no cesa en un cierto momento de ser delito", sino que no lo ha sido --

nunca (43). Todo esto está motivado, porque el tipo, "propriadamente por ser tipo comprende demasiado, comprende fenómenos a los cuales, en su función incriminadora esencial, no se refiere de ningún modo" (44).

En definitiva, y con independencia de la concepción que se tenga acerca de las relaciones entre tipo y antijuridicidad, es necesario destacar que la afirmación de que toda conducta típica es antijurídica, excepto cuando concurre una causa de justificación ha de ser matizada en el sentido de que no existe una conducta contraria a Derecho que se convierta en jurídica, por la concurrencia de una causa de justificación; sino una conducta, desde el comienzo conforme a Derecho, aunque aparentemente antijurídica, cuya licitud se comprueba mediante el examen acerca de las causas de justificación. En este sentido, ha -- propuesto Moro la sustitución de la referencia a la regla-excepción, por la denominación "acciones lícitas con antijuridicidad aparente", reservadas a las conductas típicas, cuya contrariedad o conformidad a Derecho está pendiente de comprobación.

Así pueden comprenderse mejor las palabras de Welzel, para quien "la antijuridicidad puede ser averiguada mediante un procedimiento negativo, a saber, estableciendo que no existen causas de justificación" -- (46). El desaparecido profesor de Bonn califica, no obstante, de "desafortunada" la idea de poner en lugar de la relación norma prohibitiva-disposición permisiva, la relación tipo-causa de justificación, y de interpretar ésta como relación de regla-excepción, refiriéndose después a que estadísticamente, la pretendida regla (es decir, la identidad tipo-antijuridicidad) puede ser la excepción, y la excepción (es decir, la causa de justificación) pasar a ser regla (47). En efecto, es éste un argumento muchas veces utilizado: si los conceptos de regla y excepción son entendidos estadísticamente, no hay duda de la impropiedad de su utilización en este caso: pensemos en las lesiones deportivas, las intervenciones quirúrgicas, las detenciones por funcionarios de policía o en toda la problemática suscitada por el agente provocador (48). Puede decirse que, en estos casos, son más las excepciones a la regla que las ocasiones en-

que ésta se cumple.

Pero, sin duda, no es éste el inconveniente mayor -- del sistema de la regla-excepción. Mucho más grave -- es la confusión que ha ocasionado en torno a la su-- puesta duplicidad de juicio: hay que afirmar tajante-- mente que no existe un juicio de justificación subsi-- guiente a la afirmación de que la conducta es antiju-- rídica.

2.- Antijuridicidad y justificación: aspectos positi-- vo y negativo de un mismo juicio

Y es que no puede olvidarse que, como ha recordado -- Schmidhäuser, dentro de la sistemática del delito, -- la justificación no es elemento alguno (49). Este -- término tan sólo tiene sentido negativo: no se trata de negar que exista justificación; se trata de afir-- mar la presencia de la antijuridicidad, o si se pre-- fiere la formulación contraria no se trata de afir--

mar que exista justificación; se trata de negar la presencia de la antijuridicidad.

Estamos pues, ante un sólo juicio; y si el sistema de la regla-excepción no era suficientemente claro, tampoco lo son las aportaciones de Welzel, quien al referirse a una especie de "concurso de normas", una prohibitiva y otra permisiva, parece querer aludir a que la conducta primero transgrede la norma prohibitiva, aunque luego mediante una comprobación posterior, quepa afirmar que es conforme a la norma permisiva. Con gran lucidez, en mi opinión, ha criticado Petrocelli esta postura (50): en primer lugar, no siempre cabe hablar de norma permisiva (Erlaubnis-satz), sino que, a veces nos encontramos ante una norma obligatoria, en sentido opuesto, es decir, ante dos imperativos contrarios: por ejemplo, el objeto de conciencia que abandona, en pleno combate la lucha, comete un delito, según la legislación italiana (51). Pues bien, el sujeto se encuentra entre dos imperativos opuestos: el genérico "no matarás" de los delitos de homicidio y el específico "matarás al

enemigo cuando te encuentres combatiendo en guerra".
¿Es posible, realmente, hablar de dos imperativos --
contrarios en un mismo ordenamiento?. Pero, aún cuando
efectivamente, nos encontremos ante una "Erlaub--
nissatz" tampoco es correcto pensar en un conflicto-
de normas; y ni siquiera en un concurso. Lo que ocu-
rre es que el Ordenamiento jurídico es un sistema, y
la "norma" surge de la confrontación de todas sus --
disposiciones. En un mismo Ordenamiento no hay una --
norma que prohíba, permita, y obligue a hacer una --
misma cosa; lo que ocurre es que no surge la prohibici
ción, no existe prohibición de hacer algo que está -
permitido u obligado y, por tanto, la conducta, des-
de el primer momento es conforme a Derecho (53).

Podemos afirmar, en resumen, que no existe un juicio
de justificación; se trata del resultado negativo --
del juicio de antijuridicidad. La justificación no -
surge con posterioridad a la antijuridicidad; no se-
trata de que una conducta antijurídica, por la concurr
encia de una causa de justificación, devenga en --
justa. Pero tampoco la justificación es anterior, co

mo puede pretender la teoría de los "elementos negativos del tipo". Nos encontramos, en verdad, en presencia de una disposición -no de una norma- permisiva u obligatoria (la causa de justificación) que se superpone a la disposición prohibitiva (el contenido del tipo). Y entra ambas no existe una relación de -regla a excepción. No se trata tampoco, de que nó surja el tipo, como veremos en seguida; sino de que, -- una vez surgido éste, aparece una disposición contraria y prevalente, que permite -u obliga a- realizar la acción que aquél prohibía. Estamos, a mi juicio, -entre dos disposiciones que se hallan en una rela- -ción más próxima a la que une una disposición gene--ral con otra especial. No son, desde luego dos relaciones idénticas, toda vez que no cabe hablar de círculos concéntricos, pero si reúne alguna de las ca--racterísticas de esta relación: la normativa más es--pecífica, la que mejor se ajusta a la conducta en --cuestión, es la causa de justificación, que se superpone a la más general descripción del tipo. Y la acción está comprendida en ambas: quien mata en legítima defensa, realiza una conducta prevista, en los ar

tículos 407 y octavo del Código Penal español: lo ge-
nérico es matar, lo específico, hacerlo en legítima-
defensa. Y el artículo octavo prevalece sobre el 407.
Sin embargo, no se me escapa los inconvenientes: las
razones por las que se produce la prevalencia de la-
causa de justificación no se limita, a la de su más -
específica adecuación a la conducta, lo que podría -
producir problemas parejos a los ya criticados res--
pecto del sistema de la regla-excepción; sino que --
concurrerán motivos, tanto formales como sobre todo, -
materiales de mayor peso (54).

IV.- LA TEORIA DE LOS "ELEMENTOS NEGATIVOS DEL TIPO"

1.- Breve exposición

La identificación máxima entre tipo y antijuridicidad conduce a la llamada "teoría de los elementos negativos del tipo". Para los partidarios de esta formulación, las causas de justificación no sólo niegan la antijuridicidad de la conducta, sino ya el tipo, puesto que éste no sólo se compone de la conducta -- descrita en el precepto concreto de la Parte Especial, sino que ha de ser completado con la no concurrencia de una causa de justificación: la conducta prohibida no es matar, sino hacerlo cuando no concurre causa de justificación alguna. Las repercusiones sistemáticas de esta formulación se hacen notar especialmente en el campo del tratamiento dogmático del error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación (55), tema éste que excede en mucho los propósitos de este trabajo (56). Pero también, como veremos, importa adoptar una u otra postura -la

de los elementos negativos del tipo o la del aspecto negativo de la antijuridicidad- en orden a la exigencia o no de los elementos subjetivos de justificación extralegales.

2.- Referencia a algunas posiciones críticas

Quizás haya sido Welzel el autor que con mayor virulencia se ha opuesto a la doctrina de los "elementos negativos del tipo", en base a su tradicional esquema norma prohibitiva-disposición permisiva. "La disposición permisiva (la causa de justificación) supone necesariamente la realización propia del tipo prohibitivo y está referida a él", afirma. "La concurrencia de una causa de justificación (por ejemplo, la legítima defensa) no afecta ni elimina la tipicidad de la conducta, sino que elimina la antijuridicidad de la realización típica" (57). Así pues, en el esquema del que fuera profesor de Bonn, la norma prohibitiva está contenida en el tipo y su quebranta-

miento llega a producirse, si bien después, por efecto de la disposición permisiva o causa de justificación, decae la antijuridicidad.

Textualmente expone así Welzel el tema: "Se ha considerado muchas veces -desde Adolfo Merkel- las causas de justificación como "características negativas del tipo"; su no existencia debe ser un presupuesto para el tipo y, a la inversa, su existencia debe excluir el tipo. Esta opinión desconoce la función de la adecuación típica, que debe tipificar las acciones que se realizan fuera de los órdenes de la vida social.- La legítima defensa no excluye la adecuación típica de una acción de lesión; su efecto es el de eliminar, solamente, su antagonismo con el orden jurídico, es decir, la antijuridicidad" (58). "La opinión defectuosa de las causas de justificación como circunstancias negativas del hecho tiene un efecto fatal en el ámbito de la teoría de la culpabilidad, al tratar -- del error de prohibición" (59), advierte este autor.

Pero su crítica más feroz y, por otra parte, más conocida, aparece en las últimas ediciones de su Tratado: "La doctrina de las circunstancias negativas del hecho desconoce la significación autónoma de las normas permisivas (de las concesiones del Derecho). La existencia de la legítima defensa tiene, según esa doctrina, la misma significación que la ausencia de unas características del tipo: no habría diferencia entre dar muerte a un hombre en legítima defensa y dar muerte a un mosquito. La doctrina de las circunstancias negativas del hecho no tiene como obviar esta consecuencia, que le lleva ad absurdum" (60). - - "Con la uniformidad de lo jurídicamente irrelevante desaparecen las cualidades específicas del permiso jurídico y las diferencias esenciales de valor entre lo permitido y lo jurídicamente irrelevante". Welzel termina su crítica, conectando la teoría de los elementos negativos del tipo con la de los imperativos, "que desconocía la significación autónoma de las concesiones" y de la que aquella es un "brote tardío" - (61).

Aunque más adelante volveremos sobre estas cuestiones (62), algunas de las críticas expuestas acerca del sistema de la regla-exposición pueden ser trasladadas aquí: no cabe hablar siempre y en todo caso de disposición permisiva, porque en ocasiones la justificación proviene de una obligatoriedad, ni es correcto referirse a un conflicto normativo, cuando lo que sucede es que no existe mandato alguno; una cosa es la adecuación típica y otra la antinormatividad; conceptos éstos que también aparecen algo confusos en la aportación de Petrocelli.

Ya me he referido más arriba a la crítica formulada por este importante autor italiano, tanto a la teoría de los elementos negativos del tipo, cuanto al esquema planteado por Welzel. En suma, hay que distinguir entre la negación de la antinormatividad y la de la antijuridicidad, tal como hace el citado autor alemán. Puede, en efecto, concurrir una norma permisiva Erlaubnissatz. Pero también puede concurrir una norma obligatoria, cuyo mandato consista precisamente en realizar una conducta positiva o ne

gativa- contraria a la dispuesta por el tipo legal - (63). Y, sin duda, no es idéntica la significación - dogmática de la permisión que la de la obligatorie-- dad. Pues bien, estas diferencias no pueden ser ex-- plicadas satisfactoriamente ni por el sistema de la- regla-excepción, como vimos más arriba, ni por el es- quema norma prohibitiva-disposición permisiva, ni -- por la teoría de los elementos negativos del tipo. - Tan sólo si aceptamos que los imperativos -tanto las prohibiciones como las obligaciones- y los permisos- surgen, no de la contemplación de una disposición -- aislada, sino de la totalidad del Ordenamiento jurí- dico, podemos comprender el verdadero alcance de la- justificación. El Ordenamiento aparece así como un - todo unitario (64), de cuyo exámen en conjunto puede desprenderse que una conducta contenida en un tipo - legal sea reputada como justificada. La conducta, en- tonces, no sólo no es antijurídica, sino que tampoco es antinormativa, aunque sí adecuada a tipo (65). Y- ello porque en un mismo Ordenamiento no es posible - la existencia de normas contradictorias: los conflic- tos son sólo aparentes; tan sólo se contiene un impe

rativo. No es correcto hablar, en estos casos, de -- comportamientos permitidos a posteriori, sino, en su esencia, jurídicos, originariamente legítimos (66).

Tampoco para Peter Noll es indiferente hablar de -- elementos negativos del tipo y de causas de justificación. Los tipos penales incluyen, para este autor, elementos del injusto y de la culpabilidad que, juntos, proporcionan el desvalor total y que, según la escala de valores del legislador, proporcionan la medida de la intensidad de la reacción penal (67). Así, el desvalor del homicidio comporta la negación del -- valor vida humana, así como el desvalor de la motiva ción subjetiva del agente. El tipo contiene, por tan to, una acumulación de desvalores, como lo demuestra la estructura de los tipos básicos y privilegiados o cualificados. En estos últimos, se aumenta el desvalor de la culpabilidad con el de la vida humana. Si éste supone, por ejemplo, un valor equivalente a -10, y existe un desvalor añadido, por ejemplo, por la mo dalidad alevosa de la acción, nos encontramos ante -- el asesinato, cuyo desvalor típico es el resultado -

de sumar el desvalor de la lesión al bien jurídico - (-10) y el de la modalidad alevosa (-5), resultando $-10-5=-15$.

Por el contrario, los tipos privilegiados son el resultado de una ponderación de valores. Los elementos del injusto y de la culpabilidad son compensados por elementos que aminoran dichos injusto o culpabilidad. Así, en el homicidio-suicidio, solicitado por el sujeto pasivo, está -dice Noll- disminuído el injusto por el consentimiento de la víctima y la culpabilidad por la motivación del agente. El desvalor es así menor ($-10+5=-5$).

Pues bien, cuando en la ponderación, el valor logra neutralizar al desvalor, nos encontramos con el tipo justificado. Así, quien atraviesa una heredad ajena, porque ejerce legítimamente su derecho de servidumbre de paso, realiza una acción, en principio desvaliosa (-2), pero compensada con el valor que supone ejercer un derecho (+2), con lo que resulta $-2+2=0$.

Es posible, incluso, que resulte finalmente una acción valorada, si el aspecto positivo supera al negativo: por ejemplo, quien rompe un cristal ajeno comete una acción típica de daños, por ejemplo valorada en -3; pero si lo hace para salvar la vida de un hombre que en ese momento está en trance de morir intoxicado por una emanación de gas, logra con ello un valor +10, lo que supone que la acción, no sólo está justificada, sino que comporta un valor positivo -- (-3+10=+7) (68).

Pues bien, cuando no se produce la acción típica, es decir, cuando concurre un elemento negativo del tipo (que no es una causa de justificación) impidiendo con ello que se dé el tipo, no se produce ni valor ni -- desvalor alguno, a efectos jurídico penales. Por tanto, en nuestra escala numérica, nos encontramos directamente con una acción de valor 0; no hay ponderación alguna (69).

Podemos resumir, por tanto, la opinión de Noll diciendo que en la acción atípica no concurre desvalor

alguno, mientras que en la típica justificada se ha producido un desvalor que ha quedado compensado, o - incluso, superado, por el valor positivo que comporta. Por consiguiente, no es lo mismo hablar de causa de justificación que de elemento negativo del tipo.

En similares términos se expresa Eberhard Schmidhäuser. En su exposición identifica la teoría de los -- elementos negativos del tipo con el concepto de tipo total de injusto (Gesamtunrechtstatbestand) (70). Es te comprende todos los elementos relevantes para el juicio de antijuridicidad, tanto los positivos que - han de darse, cuanto los negativos que no han de concurrir, si el hecho ha de ser antijurídico. De esta manera se conciben las causas de justificación, cuya presencia origina la negación de la antijuridicidad -- como elementos negativos del tipo, y el tipo total - de injusto aparece como fundamento (ratio essendi) - de la antijuridicidad (71). La teoría del tipo to-- tal de injusto y de los elementos negativos del tipo desconoce, sin embargo, el contenido material del -- juicio de antijuridicidad: la ausencia de la justifi

cación no puede fundamentar que surja la antijuridicidad; muy por el contrario, el desvalor tiene que estar ya fundamentado (por ejemplo, la muerte de un hombre) cuando nos cuestionemos la justificación -- (por ejemplo, la legítima defensa) (72).

En la doctrina española contemporánea, ha sido Rodríguez Mourullo quien más certeramente ha criticado la doctrina de los elementos negativos del tipo, aún cuando, como veremos, no se haya mantenido del todo-coherente con las consecuencias que ello comporta.

El catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid se refiere, en primer lugar, a la crítica ya señalada por Welzel y recogida más arriba (73), en orden a la distinta significación de la norma permisiva en concurso con la prohibitiva, con respecto a la no -- realización de la conducta prohibida (74). Añade Rodríguez Mourullo que la teoría de los elementos negativos del tipo no permite cumplir a éste con la -- función asignada de "ofrecer, a través de la descripción material objetiva de la conducta prohibida, el-

fundamento o base del juicio de antijuridicidad, pues la tipicidad no es ya presupuesto de la antijuridicidad, sino, a la inversa, la antijuridicidad presupuesto de la tipicidad" (75).

Por fin, para Rodríguez Mourullo, la teoría en cuestión tiene un grave defecto sistemático pues, al equiparar la función dogmática de los elementos fundadores de la antijuridicidad (positivos del tipo) con la de los excluyentes de la misma (negativos del tipo), se produce una consecuencia inevitable en el campo de la doctrina del error, y concretamente en la cuestión "de si un error sobre las características del tipo debe ser equiparado al error sobre los presupuestos de las causas de justificación" (76).

3.- Posición personal

Es absolutamente indispensable, en este punto, tener muy presente la cuestión terminológica respecto del "tipo". Las causas de justificación son, sin duda, - elementos negativos del tipo; pero no del tipo de injusto (Unrechtstatbestand), sino del tipo total de injusto (Gesamtunrechtstatbestand). Ello significa - que, adoptemos la postura que adoptemos, habremos de tener muy presente cual es el concepto de tipo con el que operar. Las causas de justificación no niegan, pues, el tipo de injusto, y si es éste el sentido en que se utiliza la expresión típica en la definición del concepto de delito, la acción justificada no es sinónima de la acción atípica; desde este punto de vista, el error sobre el presupuesto fáctico de la causa de justificación será error de prohibición y no error de tipo. Esta advertencia hace perfectamente admisible la propuesta de Mir Puig, al referirse a los "elementos negativos del supuesto de hecho", - identificando este concepto con el de tipo general de injusto (77).

La adecuación a tipo, así entendido supone la presencia de un quebrantamiento de intereses (es decir, de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico -- protegido), que puede quedar compensada o, incluso -superada -nunca anulada- por la concurrencia de una causa de justificación; es decir, por el resultado -negativo de someter la conducta típica al juicio de-antijuridicidad. Creo haber demostrado que, por ejemplo, en la legítima defensa, los bienes del agresor no quedan absolutamente desprotegidos, sino que su -protección cede al de un interés superior (78); el -Derecho se ve obligado a, por decir así, "levantar"-su protección para concedérsela al agredido y a sus-intereses, pues de lo contrario se negaría a sí mismo. Evidentemente, el Derecho no puede permanecer indiferente ni imparcial, cuando se trata de la protec-ción de bienes, posiblemente, de igual valor, pero -pertenecientes unos a quien le agrade -es decir, a -quien se coloca frente a él- y los otros a quien es-agredido -y permanece fiel al Ordenamiento-.

Es más, es éste el único caso -cuando se produce la colisión entre bienes de igual valor- en que bienes protegidos absolutamente -como, por ejemplo, la vida humana- pueden perder momentáneamente la tutela jurídica, sólo en cuanto se opongan a bienes de igual manera protegidos absolutamente: el Derecho tutela - siempre y en todo caso la vida humana del agresor, - salvo cuando dicha tutela resulta incompatible con - la protección de otra vida humana, la del agredido, - de idéntico valor, pero que cuenta además con el favor del Derecho. Si el Ordenamiento no lo hiciera -- así, estaría dejando de proteger siempre y en todo caso la vida humana; ya no serviría para proteger vidas humanas. Por tanto, no es idéntica la relación - del Derecho con los intereses del agresor en la legítima defensa que la que el Ordenamiento jurídico mantiene con los intereses no protegidos por tipo alguno. Es decir, en el ya clásico ejemplo de Welzel, citado páginas más arriba (79), no es lo mismo matar a un hombre en legítima defensa (porque el Derecho seguiría queriendo proteger la vida del agresor, si ello fuera posible), que matar a un mosquito (cuya vida -

es indiferente para el Ordenamiento jurídico penal). Sin embargo, sí es la misma la relevancia jurídica - de la conducta que atenta contra un bien no protegido que la que no atenta contra bien alguno, es decir la que es indiferente; a efectos jurídico penales resulta idéntica la acción de matar un mosquito que la de caminar, pero en modo alguno son éstas equivalentes a la de matar un hombre en legítima defensa.

Welzel añadiría al grupo de conductas irrelevantes, - las socialmente adecuadas (como pilotar un avión); - ya hemos visto como éstas son ontológicamente idénticas a las que no atentan contra bien alguno (80). -- Pues bien, todo esto es desconocido por la teoría de los elementos negativos del tipo que parifica la relevancia de aquellas conductas atentatorias contra bienes no protegidos o que no se oponen a interés alguno, con la de las quebrantadoras de intereses dignos, susceptibles y necesitados de protección en absoluto, si bien incidentalmente desprotegidos ante su conflicto con otros más dignos de protección.

Por otra parte, Cerezo se ha opuesto, entre nosotros, a la teoría de los elementos negativos del tipo, por considerar que el Ordenamiento jurídico español no permite aceptarla (81). Sus argumentos han sido rebatidos, a mi entender, de forma incontestable, por -- Gimbernat (82). Creo, con el profesor de Alcalá, que, al menos desde esa óptica, el Derecho penal español no se pronuncia ni a favor ni en contra de la teoría de los elementos negativos del tipo, lo que no significa, como espero haya quedado expuesto con suficiente rotundidad, que me muestre partidario de la misma. Entiendo, muy por el contrario, que no cabe hablar de inadecuación típica, cuando la conducta coincide con la descrita por el precepto legal de la Parte Especial, y quebranta un interés, generalmente protegido por el Derecho; circunstancias ambas que se dan en la tantas veces aludida muerte de un hombre en legítima defensa. Me muestro, por tanto, contrario a la teoría de los elementos negativos del tipo.

V.- LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE JUSTIFICACION1.- Diversas acepciones. Distintas teorías sobre su-
ausencia

Bajo este epígrafe no vamos a referirnos a aquellos aspectos inherentes a la voluntad del sujeto y contenidos en la descripción legal, tales como la exigencia de no actuar con finalidades ilícitas en la legítima defensa de extraños (83). Este tema quedó ya resuelto cuando, en su día, se refirió a él con gran amplitud, ya Mezger (84). Puede decirse que en el actual estado de la dogmática penal, la presencia de estos elementos no supone problema alguno. Ya hemos visto como la descripción típica puede contener, en ocasiones, elementos del injusto e incluso de la culpabilidad. Igualmente, en la descripción de lo que, por utilizar la terminología de Noll, llamaremos "tipo de justificación" puede contenerse elementos subjetivos que pertenecen a la antijuridicidad, sin que esto suponga que no puedan contenerse elementos de -

la culpabilidad. Puesto que se trata de exigencias - legales contenidas en la descripción de una causa de justificación, su ausencia determinará que dicha causa no pueda concurrir, sin que esto tenga forzosamente que implicar que no pueda darse la justificación por algún otro concepto. En suma, en estos casos, la Ley exige que, además de que se haya neutralizado el desvalor de resultado, también ocurra lo propio con el de acción, lo que, como inmediatamente veremos, no es exigencia normal en las restantes causas de justificación.

También se verá inmediatamente, como la cuestión deja de ser pacífica por completo en aquellos autores partidarios del concepto de "injusto personal", quienes, en el fondo, al considerar como necesarias la neutralización del desvalor de acción en todo caso, no parecen otorgar demasiada trascendencia al hecho de que el elemento subjetivo venga exigido expresamente por el "tipo de justificación", o como ellos afirman, esté implícitamente contenido en el concepto mismo de la justificación. Así, ha podido decir,-

entre nosotros, y muy recientemente, Gómez Benítez --
--tras citar a Zielinski, para quien el desvalor de --
resultado incrementa el injusto, pero no lo fundamen
ta, como ya señalara el propio Welzel, por lo que --
puede hablarse, bien de incremento por el resultado--
del desvalor de la acción, bien de función desvalora
dora junto a la de la acción, pero no independiente--
de ella- que "el criterio del bien jurídico lesiona
do o puesto en peligro es utilizable y utilizado, en
este contexto, sólo como objeto de referencia del --
desvalor de la acción, es decir, como resultado pre
tendido desvalorado. Sólo así puede afirmarse la - -
existencia significativa del desvalor del resultado--
dentro del desvalor de la acción", para concluir ló
gicamente que, en realidad, el desvalor de resultado
actúa en esos casos junto al desvalor de la acción;-
la segunda de las propuestas sistemáticas de Zielins
ki (85).

Si conceptualmente esa es la función del desvalor de
resultado, será lógico que el injusto esté fundamenta
do siempre por el desvalor de acción, y que, al ser-

éste de tanta trascendencia, en el fondo sea irrelevante que el "tipo de justificación" contenga o no -- una referencia explícita a él. Y también, en pura lógica, las consecuencias que se hayan de producir en los casos en que, desaparecido el desvalor del resultado subsista el de la acción, serán idénticas en -- uno u otro caso. Por consiguiente, para los partidarios de esta tesis, también esta acepción de "elemento subjetivo de justificación" plantea los mismos -- problemas y soluciones que vamos a tratar en las páginas siguientes: su ausencia podrá lugar a tentativa o a consumación; lógicamente, no podrá quedar impune la acción en que subsista el desvalor de la conducta (86).

Desde la óptica de la ponderación de intereses, en -- cambio, y ante un requisito legal que exija expresamente un elemento subjetivo de justificación, no cabe, a mi juicio, más solución que la de la consumación, aún en el caso de que desaparezca el desvalor del resultado. Lo que ocurre es que sólo entonces, y por imperativo legal el injusto está fundamentado --

aparentemente por el desvalor de la acción. En realidad, lo que ocurre es que estas exigencias sólo se producen en aquellos casos en que el Ordenamiento jurídico se decide por la salvaguardia de alguno de los intereses contrapuestos que chocan: el ejemplo al que se aludió en el epígrafe anterior, respecto de la legítima defensa de extraños es paradigmático: la vida humana -valor "absolutamente" protegido- del agresor cede ante la vida humana del agredido, pero sólo si el defensor extraño actúa con finalidad no ilícita.

Por otra parte, es también posible que el elemento subjetivo consista en la obligación por parte del sujeto de realizar el "exámen conforme a deber" que no coincide exactamente con la genérica exigencia de realizar dicho exámen que un relevante sector doctrinal pretende (87), y sobre el que me pronunciaré más adelante. Pensemos, por ejemplo, en el agente de policía judicial que práctica una detención al amparo del número cuarto del artículo 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (88). Su conducta estará justi

ficada, dado que habrá actuado en el ejercicio de un oficio o cargo, al amparo del número undécimo del artículo octavo del Código Penal, solamente en el caso de que tenga "motivos racionalmente bastantes" para efectuar la detención. Pues bien, implícitamente es necesario por parte del citado agente una previa ponderación, un "examen de actuación conforme a deber", es decir, un análisis de que efectivamente se daban los requisitos necesarios. Eso no significa que este mos otorgando al desvalor de la acción la preminencia en la fundamentación del injusto; lo que ocurre es que el Derecho se ve, una vez más, necesitado de recurrir a un elemento subjetivo para proteger un bien jurídico: su interés en el normal funcionamiento del aparato de la Justicia; le importa más que se practique la detención en aquellos casos en que "racionalmente" parece que se dan las condiciones para ello que esperar a la absoluta certeza de que el sujeto a detener sea culpable. Evidentemente, se ha de correr el riesgo de que no lo sea, y lo único que cabe es la exigencia al agente de que pondere las circunstancias. Se hace, en suma, porque tan sólo atri-

buyendo valor a la acción -sólo fundamentando la jug
tificación en que la conducta esté destinada a buen-
fin- puede, en este caso, protegerse un interés, ob-
tener un resultado valioso: el normal funcionamiento
del aparato de la Justicia. Finalmente, no se me es-
capan ciertas consecuencias: que la acción del fun--
cionario que pondera y actúa sea justa, aún cuando -
resulte que el detenido era inocente, implica un co-
rrelativo deber de sometimiento por parte de los ciu
dadanos en quienes puedan concurrir las sospechas ra
cionales. Ello no es más que la consecuencia de una-
ponderación de intereses: en general, importa más el
funcionamiento de la Justicia que la libertad concre
ta de una persona concreta en un momento y en unas --
circunstancias determinadas, al menos desde la pers-
pectiva del vigente Ordenamiento jurídico español. -
Cosa muy diferente es, por supuesto, que no quepa --
de lege ferenda una postura crítica frente a esta re
gulación.

La cuestión comienza a surgir cuando la exigencia del
elemento subjetivo de justificación se produce sin -

que la Ley expresamente, y en el caso concreto, se refiera a ello. Mezger ha sido tajante en este punto: "sólo el Derecho positivo puede enseñarnos en qué casos existen tales elementos subjetivos" (89), para afirmar, más adelante, que tomar en consideración es tos elementos sólo es lícito cuando el mismo ordenamiento vigente, de manera indudable, da a entender que desea que se tomen en cuenta (90).

El problema que ahora se nos plantea es el siguiente, formulado en palabras de Maurach: "¿Basta para la justificación de una acción con que el autor alcance un resultado valioso socialmente, o se requiere además que el autor de esa acción, acoja, en su voluntad, la consecuencia de tal resultado?" (91).

Lo cierto es que la respuesta a este problema no es fácil y, desde luego, como ha dicho el citado autor "no se ha alcanzado aún una armonía de pareceres" (92). Puede añadirse, que la consecución de la aludida armonía constituye prácticamente un imposible, toda vez que la solución a esta concreta cuestión de--

pende por completo de la postura mantenida con relación al injusto, y aún, al concepto y función del Derecho. Pero si puede pretenderse una cierta sistematización, refiriéndonos a tres grandes grupos de soluciones posibles a la cuestión de cuál es la respuesta del Derecho ante una conducta objetivamente justificada, pero en la que el agente actúa con la finalidad de cometer el delito: la impunidad, la tentativa, en la que caben a su vez dos posibilidades, según nos pronunciemos por la tentativa idónea o por la inidónea y, por fin, la de quienes opinan que nos encontramos ante un delito consumado.

a) La tesis de impunidad

En la legislación italiana esta cuestión no se plantea, porque el artículo 59 del Código Penal la resuelve tajantemente al afirmar que "Salvo que la Ley disponga lo contrario, las circunstancias que excluyen la pena son valoradas a favor del agente, aunque éste no las conozca o, por error, las crea inexistentes".

Naturalmente, aquí el Código toma postura, no sólo - en el sentido de que la conducta objetivamente justificada es impune, -salvo que la concreta causa de -- justificación contenga un elemento subjetivo- sino, - incluso, en favor de una concepción predominantemen- te objetiva de la antijuridicidad.

En esta situación, la doctrina italiana, obviamente, ha de pronunciarse en su inmensa mayoría por la te-- sis de la impunidad, afirmando que las causas de jus tificación tienen una eficacia objetiva "por su in-- trínseca naturaleza, en el sentido de que sancionan- por el sólo hecho de que existen, sea cualquiera la- opinión del agente al respecto" (93), o que "las cau- sas de exclusión del delito propiamente dichas no -- pueden ser más que "objetivas" (94), haciendo equi- valentes las expresiones "causas de justificación" y "causas objetivas de exclusión del delito" (95), "in- dependientemente de la voluntad del agente" (96), y- considerando que quien realiza el tipo concurriendo- una causa de justificación cuya presencia desconoce- actúa impunemente o, dicho en palabras de Cavallo: -

"Cuando existen (sin citar, las causas de justificación) funcionan independientemente de la conciencia del agente, porque su aplicabilidad tiene un valor social y porque tienen eficacia aún cuando el agente crea, por error, que no existen"(97).

También entre los alemanes, Von Liszt se declaró partidario de esta solución al afirmar que "abstracción hecha de los casos excepcionales", -término bajo el que se refiere a los elementos normativos contenidos en la Parte Especial del StGB- "la ilegalidad del acto debe ser examinada y constatada según el Derecho vigente, de un modo rigurosamente objetivo, sin tener en cuenta el error eventual del autor" (98).

En definitiva, la tesis de la impunidad parte del siguiente esquema: si para la concurrencia de la causa de justificación es suficiente con que se dé los elementos objetivos correspondientes, o incluso los subjetivos expresamente señalados por la Ley, la no concurrencia de un elemento subjetivo no expresamente exigido -tal como el conocimiento y voluntad del - -

agente de realizar una conducta adecuada a Derecho-- es irrelevante desde el punto de vista de la justificación; la conducta típica, realizada sin tal requisito, está justificada y, por tanto, es impune.

Se parte para esta afirmación de que lo cuestionado no es el tipo, sino la antijuridicidad, y que, por tanto, no se está admitiendo la doctrina de los "elementos negativos del tipo" pues, en este caso, cuando queriendo realizar toda la conducta típica no se hace, por concurrir un elemento negativo, con ajenidad a la voluntad del sujeto, e incluso con su desconocimiento, nos encontramos ante una tentativa (imposible) (99).

En cambio, entre nosotros, no es de la misma opinión Rodríguez Devesa quien, pese a aceptar la doctrina de los elementos negativos del tipo (100), considera que la justificación es de naturaleza objetiva, con lo que resulta indiferente la presencia o no del elemento subjetivo o ánimo de actuar justificadamente (101). En suma, para Rodríguez Devesa, lo importante

no es la motivación del sujeto, sino la real lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sin contraprestación en otro. Esta postura le lleva a rechazar la titulación de tentativa inidónea o delito imposible, que él hace equivalentes (102), en el caso de imposibilidad de ejecución o de producción del delito, ni tampoco cuando el sujeto cree realizar un acto delictivo que en realidad no está tipificado -- (103); casos ambos en que cabe encuadrar, para los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo, el problema en cuestión.

Para dilucidar si Rodríguez Devesa tiene o no razón resulta indispensable atender a la definición legal de la tentativa inidónea. Pero puede ya anticiparse que algo es cierto: el tema depende más de la concepción que se mantenga acerca de la antijuridicidad; - si ésta es predominantemente objetiva, en la justificación no podemos exigir requisitos subjetivos extra legales; estos sólo caben si se mantiene una concepción subjetiva de la antijuridicidad. Y a partir de este punto, si mantenemos la teoría de los elementos

negativos del tipo, podremos plantearnos la tentativa como respuesta, y si no, habremos de concluir que nos encontramos ante un delito consumado.

Conviene, antes de resolver la cuestión, antes incluso de pronunciarse sobre si Rodríguez Devesa tiene o no razón, contemplar los argumentos ofrecidos por -- los partidarios de la tesis de la tentativa.

b) Tesis de la tentativa

Para quienes combinen una concepción subjetiva de la antijuridicidad con la doctrina de los elementos negativos del tipo, no pueden haber demasiadas dudas:-- quien realiza una conducta descrita por un precepto en la Parte Especial, pero concurriendo objetivamente una causa de justificación, cuyo ánimo no comparte o incluso desconoce, no ha llevado a cabo todo el tipo, sino parte de él (el aspecto positivo) y nunca podrá llevarlo a cabo totalmente puesto que concurre el elemento negativo del tipo. Y si efectivamente -- pretendía llevarlo a cabo y sólo por causas ajenas a su voluntad es de imposible ejecución, nos encontra-

mos ante una tentativa inidónea, fundamentándose ésta en la voluntad contraria a la norma del agente.

Estos autores reconocen que la presencia del elemento negativo hace que el bien jurídico protegido no se vea ni lesionado ni siquiera puesto en peligro -- (104); desaparece por tanto, el desvalor del resultado subsistiendo el desvalor de la acción. El problema pues, parece radicar en si ese único desvalor -- que subsiste puede ser suficiente para fundamentar -- algún tipo de punibilidad y, por tanto, para fundamentar la antijuridicidad de la conducta. Con independencia de la opinión que sustente, creo que están fuera de lugar manifestaciones tales como que es "indudable" que, al menos, debe penarse por tentativa -- (105) o que en esta cuestión la doctrina se muestra "unánime" (106).

Contempla Rudolphi para fundamentar su postura dos casos, uno de estado de necesidad y otro de legítima defensa. En el primer supuesto, un sujeto utiliza un vehículo ajeno para salvar la vida de un herido. El-

tema es planteado como un conflicto de deberes, entre los imperativos de la utilización indebida de vehículo de motor ajeno y de la omisión del deber de socorro (107) que fundamenta la justificación. Si el sujeto no actúa con la concreta intención de salvar al herido y, por tanto, de cumplir con el deber de socorro, pese a que pueda haber producido un resultado valioso, a costa de un perjuicio de mucho menor valor, a pesar, en fin, de que no se haya dado el desvalor del resultado, subsistirá el desvalor de la acción, y con él la pena. Lo mismo ocurre cuando un sujeto A mata a otro B que, a su vez, iba a disparar contra él; dato éste del que A no tenía conocimiento. En este caso, si el desvalor del resultado no se produce, y sólo subsiste el de la acción, habrá que castigar, según Rudolphi, por tentativa inidónea: Si el desvalor de resultado también se produce -supongamos que B sólo iba a herir a A- nos encontraremos ante un delito consumado (108). Para este autor, por tanto, el desvalor de la acción justifica por sí sólo la punición por tentativa.

De similar opinión es Jescheck para quien la justificación significa que, pese a que se ha violentado -- una norma prohibitiva, en el caso concreto, la lesión o puesta en peligro del objeto protegido es dada por buena, por haber salvado un bien de más valor y porque ése era el fin perseguido por el autor, "en otras palabras, debe producirse la interferencia de la norma contraria, de modo que desaparezca (o quede compensado) en todo, o en gran parte, el desvalor de acción y el desvalor de resultado" (109). A sensu -- contrario, para que la conducta quede impune exige -- Jescheck la presencia tanto del valor de acción cuanto del de resultado.

Por consiguiente, puede mantenerse que no es una -- cuestión que deba resolverse en un sentido determinado al abrazar o no la doctrina de los elementos negativos del tipo; es posible declararse partidario de ésta y, en cambio, considerar que el desvalor de la acción por sí sólo no es suficiente para justificar la pena, si bien ello obligatoriamente conduce a reducir el ámbito de la tentativa inidónea, que sólo --

podrá darse cuando efectivamente haya un cierto ^{des}va--
lor de resultado; es decir, un comienzo de peligro -
para el bien jurídico protegido. Pues bien, esta es-
la postura de Rodríguez Devesa (110). Puede, por tan-
to, afirmarse que es perfectamente coherente, si - -
bien caben en contra de ella todas las críticas for-
muladas a la doctrina de los elementos negativos del
tipo (111) (112).

El problema, pues, está centrado en si el desvalor -
de la acción por sí sólo permite afirmar la presen--
cia de la antijuridicidad (113). Así parece entender
lo Córdoba al afirmar que: si el cumplimiento del or-
denamiento...., esto es, la conducta justificada, ha
de ser de la misma naturaleza que su perturbación --
--acción antijurídica-, no podrá menos que pertenecer
a las circunstancias de exclusión del injusto, la fi-
nalidad de defensa, de cumplir un deber, de ejercer-
legítimamente un derecho, oficio o cargo, etc. (ele-
mento subjetivo de justificación). Puede pues afir--
marse, en términos generales, que para la aprecia- -
ción de cualquiera de las referidas causas de exen--

ción, resulta necesaria la concurrencia del indicado elemento subjetivo" (114).

Algo más moderado se muestra Rodríguez Mourullo, para quien "negar que un determinado Derecho positivo pueda prescindir del "valor de acción" en el marco de las causas de justificación es negar la evidencia y ponerse abiertamente en contra de la realidad legislativa. El problema de la exigencia o no de elementos subjetivos en las causas de justificación es un problema de interpretación de las respectivas disposiciones legales" (115). La opinión del profesor de la Universidad Autónoma de Madrid no resuelve, a mi entender el problema desde el punto de vista dogmático, de cuando la Ley no contiene elementos subjetivos. A no ser que entendamos, y ciertamente creo que es lo que debe entenderse, que cuando no dice nada es que no exige nada.

Como ha señalado Schmidhäuser, la justificación no es un elemento del delito; sólo impide que surja un elemento: la antijuridicidad (116), y ésta requiere-

la concurrencia del desvalor de acción además del desvalor de resultado; no contentándose con el desvalor de acción, puesto que la esencia de su contenido material es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Por consiguiente, si no se da, al menos, el desvalor de resultado, no cabe hablar de antijuridicidad, porque no hay injusto. Ello significa que para negar la antijuridicidad no se exige la neutralización de ambos desvalores -el de acción y el de resultado- sino que bastará con negar uno -generalmente, el de resultado- para negar la antijuridicidad.

En otras palabras, cuando para que surja la antijuridicidad no se exige elemento subjetivo del injusto -ninguno, para que la acción esté justificada bastará con negar el desvalor de resultado. Y, si, para que surja la antijuridicidad, se requiere además un elemento subjetivo, bastará, en el ámbito de la justificación, con negar uno de los dos desvalores -el de acción o el de resultado- para negar la antijuridicidad.

En este punto conviene resaltar la posición de Rodríguez Mourullo, quien se opone al elemento subjetivo de justificación, entendido en el sentido que aquí le estamos dando. Tras criticar el concepto de "injusto personal" de Welzel, por esa pretensión del finalismo de "atribuir a su concepto de injusto validez absoluta, en tanto que derivado de la "vinculante" estructura lógico-objetiva de la acción, siendo así que la concepción del injusto depende de la concepción misma del Derecho que haya acogido y proclame un determinado ordenamiento jurídico" (117), y calificar de "discutible" la "pretendida subjetivización por parte de la doctrina finalista de las causas de justificación" (118), destaca Rodríguez Mourullo que con tal subjetivización se restringe el ámbito de lo justificable, en el sentido de que no sólo bastará con que se dé el desvalor de resultado, sino que además se exigirá la ausencia del desvalor de la acción, la concurrencia del elemento subjetivo de justificación (119).

En nuestro Derecho, allí donde la Ley ha querido exigir un elemento subjetivo de justificación -en la legítima defensa de extraños, por ejemplo- lo ha hecho. Ello ha permitido a Antón Oneca deducir la indiferencia del elemento en los otros dos casos de legítima-defensa (120). Y, para ser consecuentes, en el resto de las causas de justificación, donde, a decir de -- Rodríguez Muñoz, "una interpretación restrictiva -- (perfectamente oportuna en los tipos de delitos) debe excluirse" (121).

Puede distinguirse, en este punto, entre la no concurrencia del animus extralegal, sobre la que nos hemos extendido hasta aquí y el desconocimiento de la concurrencia de la situación objetiva de justificación. Ha planteado, sobre esta base, Lenckner la exigencia de otro elemento subjetivo de justificación: el preceptivo "examen conforme a deber" o análisis de la situación de justificación que, como es obvio, no puede darse si el sujeto desconoce la concurrencia de la misma (122).

Distingue este autor entre aquellas causas de justificación que consisten en la resolución de un conflicto de intereses, de las que se fundamentan en la ausencia de interés. En estas últimas, no es necesario el exámen conforme a deber; aún cuando éste no exista, la conducta estará justificada (123). En cambio, en los casos en que consistan en la resolución de un conflicto de intereses, será necesario el previo exámen por parte del sujeto (124); para todas aquellas causas de justificación que contienen un riesgo permitido, también es necesario el exámen como elemento de justificación (125). En caso contrario, es decir, sino concurre, habrá que castigar por tentativa (126).

Creo haber demostrado en el capítulo anterior la invalidez de la distinción de las causas de justificación según su fundamento (127), por lo que ahora lógicamente he de rechazar la división planteada por Lenckner. Si la acción es objetivamente conforme a Derecho no importe, por las razones ya expuestas, la falta del desvalor de resultado, que subjetivamente-

el agente haya ponderado mal y, pese a eso, haya llevado a cabo la conducta (cree que no concurre la justificación, pese a lo cual actúa; cuando en realidad sí concurre), no haya ponderado en absoluto o haya desconocido la concurrencia de la situación objetiva de justificación.

Otra cosa es que el desvalor de resultado se produzca (128), es decir, si no concurre el elemento subjetivo de justificación. También aquí puede que el sujeto haya errado en la ponderación (cree que la acción está justificada cuando no lo está, y actúa) o que no haya ponderado en absoluto. El segundo caso no plantea ningún problema: ha cometido el delito, sin que quepa cuestionar ninguno de sus elementos. Por lo que respecta al primer supuesto, hay que resaltar que nos estamos moviendo ya, no en el campo de la antijuridicidad sino en el del error, esto es, en el de la culpabilidad, donde la solución será distinta según se adopte la causalista teoría del dolo, la finalista de la culpabilidad estricta o la abrazada por los partidarios de la doctrina de los elemen-

tos negativos del tipo, de la culpabilidad limitada. Pero, como se ha dicho, éste no es tema del presente trabajo.

Jescheck, por su parte, afirma, en mi opinión, con razón, que el previo exámen no es una exigencia legislativa, por lo que no cabe otorgarle el valor de elemento subjetivo de justificación (129).

Entre nosotros, Rodríguez Mourullo, quien, como hemos visto, se declaraba contrario a los elementos subjetivos de justificación extralegales y a la concepción finalista del injusto personal, critica la posición de quienes, como Maurach, se declaran partidarios de la tesis de la consumación (130), porque desconocen que el resultado no "está desaprobado por el Ordenamiento jurídico". Falta en estos casos el desvalor del resultado y, por tanto, el resultado antijurídico, que fundamenta la pena del delito consumado (131). El razonamiento de Rodríguez Mourullo es, a mi juicio, hasta aquí, impecable. Sin embargo, no alcanzo a comprender como con estas premisas, y -

tras su crítica a la teoría de los elementos negativos del tipo (132) no se muestra partidario de la tesis de la impunidad; sino que termina abogando por la aplicación del párrafo segundo del artículo 52 -- del Código Penal español, esto es, la tentativa inidónea (133).

Más arriba ya he expuesto mi opinión al respecto: esta tesis es perfectamente coherente para quienes combinan una concepción subjetiva de la antijuridicidad y la adhesión a la teoría de los elementos negativos del tipo (134); circunstancias ambas, expresamente rechazadas, en todo momento, por Rodríguez Mourullo.

Bien diferentes son los argumentos que conducen a Mir Puig a mostrarse partidario de la tesis de la tentativa (135). El profesor de la Universidad Autónoma de Barcelona parte de su personal concepción de la teoría de la motivación, no exactamente coincidente con la sustentada por Gimbernat (136) y Muñoz Conde (137). La prohibición es entendida por Mir como el modo que tiene el Derecho penal preventivo de inten-

tar motivar a sus destinatarios a que no realicen -- conductas nocivas para bienes jurídicos (138).

Así entendido, el Derecho penal no puede prohibir -- conductas que con carácter general quiere evitar, lo que lleva a Mir Puig a aceptar la teoría de los elementos negativos del tipo (139). El Derecho no quiere motivar para que no se cometan homicidios en legítima defensa, puesto que esa es una conducta permitida. Ya en el terreno de la justificación, y si entendemos la antijuridicidad como "infracción de una norma dirigida a motivar al sujeto a que no realice determinadas acciones", no interesará motivar y, por tanto, no habrá prohibición ni antijuridicidad, cuando "cualquiera en lugar del autor hubiera supuesto -- que concurría una causa de justificación" (140).

En más concretas referencias al elemento subjetivo -- de justificación entendiéndolo en su doble acepción: ánimo de actuar justificadamente y conocimiento de -- la situación objetiva de justificación, proporciona el profesor barcelonés también una doble consecuen--

cia dogmática: "Puesto que el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho no persigue la retribución de la actitud interna del sujeto, sino sólo la protección de la sociedad mediante la función de prevención, no es preciso en principio para la justificación que mueva al sujeto la finalidad de obrar conforme a Derecho" (141). Así pues, aquí Mir-Puig se pronuncia por la tesis de la impunidad, en caso de que el sujeto actúe sin voluntad de hacerlo justificadamente -excepto cuando la concreta regulación de la causa de justificación así lo exija-, pero en situación objetiva de justificación. "Ahora -- bien, si éste no sólo no actúa con la finalidad de obrar conforme a Derecho, sino que desconoce que concurren los presupuestos de una causa de justificación, su creencia errónea de actuar antijurídicamente puede considerarse constitutiva de tentativa punible, en la medida en que ex ante un espectador imaginario, dotado del conocimiento de la situación que tenía el autor al actuar, hubiera podido caer en el mismo error que éste y, por lo tanto, creer que la acción iba a realizar un tipo de delito" (142).

Aquí, por consiguiente, se declara Mir Puig partidario de la tesis de la tentativa. La solución no me parece satisfactoria desde el punto de vista de la justicia material; pues estará castigando a quien desconoce la situación de justificación y no lo estará a quien conociéndola no participa de ella, sino que incluso puede haberse colocado deliberadamente en ella; conducta, sin duda, más reprochable. Pero tampoco, desde el punto de vista dogmático, participo de la opinión de Mir. Además de las críticas que, con carácter general se han formulado a la teoría de la motivación en orden a la no distinción entre anti-juridicidad y culpabilidad (143), cabe añadir que, desde sus mismos presupuestos, tampoco la solución resulta satisfactoria. Si la conducta está objetivamente justificada es porque reporta al Ordenamiento-jurídico algo valioso -ya hemos dicho con anterioridad que la causa de justificación puede ser, no sólo una disposición permisiva, sino incluso derivada de un mandato (144)- y no tiene sentido que el Derecho trate de motivar para que no se realicen conductas que... quieren que se realicen. Precisamente, si par

timos de un Derecho penal preventivo y no represivo; si con el imperativo de la norma penal lo que pretendemos es evitar las conductas que reporten daños, no debemos castigar a quienes, pese a que lo ignoraran, han realizado una conducta objetivamente conforme a Derecho. Mantener la idea contraria es, a mi juicio, precisamente una actitud anclada en la función repressiva del Derecho penal; justamente la que Mir Puig quiere negar. En el fondo, nos encontramos ante lo que, al menos en mi opinión, es una contradicción insalvable por quienes intentan compaginar teorías de fondo imperativista, derivadas en Derecho penal de las tesis de Binding, con la función preventiva del Ordenamiento punitivo; contradicción que se agudiza cuando se la quiere hacer derivar, como consecuencia ineludible, de la declaración constitucional de un Estado social y democrático de Derecho.

Como resumen general a este apartado, puede decirse que, al menos en Derecho penal español, ni dogmática ni político-criminalmente me parecen adecuadas las tesis que conducen a la solución de la tentativa en-

la conducta realizada, concurriendo los requisitos - legales cuando no se da el ánimo de actuar conforme a Derecho por parte del sujeto, o cuando ni siquiera, el agente conoce la situación.

c) La tesis de la consumación

Se comparte o no la conclusión a la que llega, es me recedora de reconocimiento la coherencia que, sobre este punto, demuestra Maurach al criticar las opiniones de Mezger (145) y Sauer (146). "Estos autores", - afirma Maurach, "si se contentan con la presencia de un elemento objetivo de justificación, debieran considerar irrelevante el desconocimiento del elemento-objetivo (...), y considerar justificado el hecho" - (147), como en otro lugar reconoce el propio Mezger (148).

Pero, puesto que, para Maurach, como para todos los partidarios de la teoría final de la acción, y actualmente no sólo para éstos, el tipo comprende el dolo y el error no se extiende al tipo, "la antijuri

dicidad subsiste desde el momento en que tan sólo la congruencia entre las causas de justificación subjetivas y objetivas, esto es, el actuar justo basado en la correspondiente voluntad, puede desvirtuar el indicio derivado del tipo" (149). En suma, si lo que mantenemos es un concepto personal de injusto, habremos de prescindir del desvalor del resultado en la consideración de la antijuridicidad y llegar a la conclusión de que "si el autor no conoce un elemento objetivo de justificación existente en realidad, cometerá un hecho consumado antijurídico" (150).

Y a idéntica conclusión llega el citado autor respecto de la no concurrencia del elemento subjetivo de justificación, entendido ahora como "ánimo de actuar conforme a Derecho", prácticamente por idéntico razonamiento: "Si el enjuiciamiento del valor o desvalor de una acción típica se deriva del resultado, es natural que se contente uno con ese resultado, sin preguntar lo que perseguía con su obrar el sujeto de la conducta" (151). Tesis de la impunidad, pues, para quienes fundamenten, como se fundamenta en este tra-

bajo (152), la antijuridicidad en un determinado resultado: lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Ahora bien, "si en la lesión causal de los bienes jurídicos se contempla tan sólo el punto terminal de la acción desvalorada en su forma de aparición", punto de vista coincidente con el de Maurach y todo el importante sector doctrinal que mantiene un concepto subjetivo del injusto, el injusto personal, "la circunstancia de que el resultado típico se presente "de modo ^{causal} causal" como evento socialmente - - aprobado, no podrá eximir de responsabilidad al autor" (153). El autor se representa el resultado típico, -- quiere llegar a él y no participa de la valoración positiva del Derecho respecto de él. "Para tal autor subsistirá el desvalor de la acción, sin posibilidad de invocar causa de justificación alguna" (154). Para Maurach, pues, la conducta subsiste plenamente antijurídica "si el autor no quería actuar conforme a Derecho, aún cuando con su acto cause un resultado último valioso socialmente" (155).

Sin embargo, se otorga valor al resultado al considerarse también como antijurídica la conducta típica de quien queriendo actuar conforme a Derecho produce un resultado no aprobado por el Ordenamiento jurídico - (156). Aquí parece quebrar la coherencia de la tesis del injusto personal, que debiera preconizar la impunidad -ya en el injusto- de tales conductas.

En suma, para quienes la fundamentación del injusto -radica esencialmente en el desvalor de la acción, la tesis más coherente es la de que quien actúa en situación objetiva de justificación, sin conocerlo o, -sin quererlo comete un delito consumado.

2.- Posición personal

En mi opinión, y participando plenamente del razonamiento expuesto por Maurach y recogido más arriba, - la única tesis coherente con la fundamentación material dada a la justificación (157) es la de la impu-

nidad.

En efecto; si es el interés preponderante el que fundamenta la justificación, lo que le importará al Derecho es que éste se produzca: toda acción típica -- que reporte mayor interés que perjuicio al Ordenamiento habrá de estar justificada; con independencia de que el agente participe o no de dicho interés, actúe o no con ánimo de hacerlo jurídicamente, conozca o no la situación, haya ponderado bien o mal los intereses, o no lo haya hecho en absoluto; si la acción es beneficiosa, la conducta debe quedar totalmente impune, pues es plenamente conforme a Derecho. Si A, queriendo matar al perro de su enemigo B, por pura venganza, lo hace ignorando que el can estaba rabioso y pretendía morder al hijo del propio A en ese mismo momento, ... ha producido un beneficio y el Ordenamiento jurídico no puede castigarle; su conducta es, en mi opinión, impune. Esa es, a mi juicio, la única conclusión coherente con la postura mantenida respecto de la fundamentación material de la justificación.

N O T A S

- (1) Berner, A.F.: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1857. Citamos por la 18ª edición, trad. al castellano por Cortés, C., 1965.
- (2) Battaglini, G.: Diritto penale. Parte generale, 3ª ed., Padova, 1949, pág. 302.
- (3) Civoli, C.: en Enciclopedia del Diritto penale italiano (Raccolta di monografie a cura di Enrico Pessina), vol. 5º, Milano, 1904, pág. 130.
- (4) Lanza, V.: Diritto penale italiano (Principii generali), Torino, 1908, pág. 147.
- (5) Rossi, M.P.: Tratado de Derecho penal (escrito en francés y traducido al idioma español por D. Cayetano Cortés), 3ª ed., Madrid, 1883, pág. 214.
- (6) Ibidem, pág. 215.
- (7) Ibidem, pág. 215.
- (8) Ibidem, pág. 215. Sin embargo, Giachetti afirma que el juicio de antijuridicidad se produce -- "tras comprobar la imputabilidad", Giachetti, C.: Dei reati e delle pene in generale, vol. 2º, Firenze, 1889, pág. 218.

- (9) Impallomeni, G.B.: Instituzioni di Diritto penale (prima ristampa dell'edizione postuma, curata di V. Lanza), Torino, 1911, pág. 266.
- (10) Pannain, R.: Manuale di Diritto penale, I, Parte generale, 3ª ed., Torino, 1968, pág. 613. Pannain sigue en este punto la postura de Battaglini. -- Y, ciertamente, la sustitución de la justificación por la inimputabilidad, o es sólo una mutación terminológica que no aporta más que confusión, o es incapaz de rellenar el hueco sistemático que deja la exclusión de la antijuridicidad.
- (11) Pagliaro, A.: Principii di Diritto penale (Parte generale), Milano, 1972, pág. 381.
- (12) Boscarelli, M.: Compendio di Diritto penale, 2ª ed., Milano, 1976, pág.
- (13) Leone, G.: Elementi di Diritto e procedura penale, Napoli, 1966, pág. 75.
- (14) Cavallo, V.: Diritto penale, Parte generale, -- vol. 2ª, Napoli, 1955, pág. 609.
- (15) Maggiore, G.: Diritto penale, vol. I, Parte Generale, Tomo I, 5ª ed., Bologna, 1961, pág. 287.

- (16) Granata, L.: Compendio di Diritto penale italiano (Parte generale), Roma, 1953, pág. 67.
- (17) Florian, E.: Parte generale del Diritto penale, 5ª ed., Milano, 1934, pág. 523.
- (18) Puede verse una crítica a la teoría de los imperativos y, especialmente, a la errónea creencia de que negar que el Derecho consista esencialmente en una orden supone negar la separación entre Derecho y Moral en Hart, H.L.A.: Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis, trad. -- por Carrió, G.R., Buenos Aires, 1962, págs. 14 y ss., especialmente págs. 17 a 24, y bibliografía allí citada.
- (19) Sobre el concepto de Estado social y democrático de Derecho, vid. por todos Lucas Verdú, P.:-- La lucha por el Estado de Derecho, Bolonia, --, 1975, y Díaz, E.: Estado de Derecho y sociedad democrática, Madrid, 1975, pág. 13 y ss. y bibliografía allí citada. Recientemente, la declaración del artículo primero de la Constitución ha servido de fundamento para la exposición de sus concepciones acerca del delito y de la pena a -- Mir Puig, S.: Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, Barcelona, 1979. Más adelante volveremos sobre esta importante aportación de la doctrina española.

- (20) Vid. supra págs. 69 y ss.
- (21) Es imposible referirse aquí a la amplísima bibliografía sobre el tema. Vid. por todos, Díaz, E.: Sociología y Filosofía del Derecho, Madrid, 1971, págs. 65 y ss. y Del Rosal, J.: En torno al problema de una ciencia del Derecho penal, - en Cosas de Derecho penal, Madrid, 1973, págs.- 325 y ss.
- (22) Sin que esto suponga pronunciarse aquí por las tesis causalistas. Quienes niegan la culpabilidad por negar el libre albedrío también afirman que sin contenido no existe culpabilidad. Vid., al respecto, Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T.S.: Derecho penal. Parte general, I, Valencia, 1980, págs. 38 y ss.
- (23) Bobbio, N.: Contribución a la teoría del Derecho, trad. y ed. a cargo de Ruiz Miguel, A., Valencia, 1980, pág. 301.
- (24) Sobre este tema, vid. la monografía, tan breve como trascendental de Belling, E.: Die Lehre vom Tatbestand, en Frank-Festgabe, Tübingen, 1930; - existe traducción castellana de Nieto Castro, L. y Aguirre Cárdenas, J., con el título de El rector de los tipos de delito, separata de la Re-vista General de Legislación y Jurisprudencia,-

1941, nº 3, paginada a partir de la pág. 195. En la doctrina española contemporánea vid. Rodríguez Mourullo, G.: Derecho penal. Parte general, Madrid, 1977, págs. 238 y ss.; Rodríguez Devesa, J.M.: Derecho penal español. Parte general, 7ª ed., Madrid, 1979, pág. 396; Rodríguez Ramos, L.: Apuntes de Derecho penal. Parte general, Tomo - II, Madrid, 1978, pág. 266.

- (25) Mezger, E.: Tratado de Derecho penal, trad. de la 2ª ed. alemana (1933) con notas de Derecho - español por Rodríguez Muñoz, J.A., Tomo I, Madrid, 1955, pág. 366.
- (26) Ibidem, pág. 371.
- (27) Vid. supra págs. 11 y ss.
- (28) Mayer, M.E.: Der allgemeine Teil des deutschen - Strafrechts. Lehrbuch, 1. Auflage, Heidelberg, - 1915 (2ª ed. inmodificada, 1923), pág. 10.
- (29) Beling, E.: El rector..., cit., págs.
- (30) Mezger, E.: Tratado..., cit., pág. 155. En la - pág. 365 reafirma: "El que actúa típicamente ac - túa también antijurídicamente, en tanto no exis - ta una causa de exclusión del injusto".

- (31) Santoro, A.: Manuale di Diritto penale, Tomo I, Torino, 1958, pág. 184. En el mismo sentido, -- Santaniello, G.: Manuale di Diritto penale, Milano, 1957, pág. 83.
- (32) Cavallo, V., op. cit., pág. 608.
- (33) Ranieri, S.: Manuale di Diritto penale, vol. I, Parte generale, Padova, 1952, pág. 128.
- (34) Pioletti, V.: Manuale di Diritto penale (Parte-generale), 2ª ed., Napoli, 1969, pág. 267. Afirma este autor que el "hecho nace ya ilícito. No puede hablarse de que la justificación sea conceptualmente posterior; no es licitud excepcional, sino normal, ORIGINARIA" (Subrayado y mayúsculas en el original).
- (35) Massari, E.: La dottrina generali del Diritto - penale (Corso di Lezione Universitarie), ristampa della 1ª edizione, Napoli, 1930, pág. 71.
- (36) Schultz, H.: Einführung in dem allgemeinen Teil des Strafrechts. Erster Band, Zweiter Auflage, - Bern, 1974, pág. 162.
- (37) Pessina, E.: Elementos de Derecho penal, trad.- por González del Castillo, H.; prologado y edicionado con arreglo al Derecho español de entonces por F. de Aramburu y Zuloaga, 2ª ed., anotada por E. Cuello Calón, Madrid, 1913, pág. 645.

- (38) Dohna, A.G. zu: La estructura de la teoría del delito, trad. de la 4ª ed. por Fontán Balestra, C., Buenos Aires, 1958, pág. 44.
- (39) Binding, K.: Handbuch des Strafrechts, Band I, - Leipzig, 1885, pág. 665.
- (40) Mezger, E.: Tratado..., cit., Tomo I, pág. 409. Subrayados en el original. Puede verse también, Allfeld, Ph.: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Auflage, Leipzig-Erlangh, 1922, pág. 122; - - Baumgarten, A.: Der Aufbau des Verbrechenslehre, Tübingen, 1913, pág. 220; Ferneck, A.F.H. von: - Die Rechtswidrigkeit, Band I: Der Begriff der -- Rechtswidrigkeit. Jena, 1903, págs. 283 y ss.
- (41) Mezger, E.: Tratado..., cit., Tomo I, págs. - - 409 y 410.
- (42) Moro, A.: La antijuridicidad penal, trad. de -- Santillán, D.A., Buenos Aires, 1949, págs. 199- y ss.
- (43) Ibidem, pág. 202.
- (44) Op. y loc. cit. nota anterior.
- (45) Ibidem, pág. 204.

- (46) Welzel, H.: Derecho..., cit., 11ª ed., págs. -- 116 y 117.
- (47) Ibidem, pág. 118.
- (48) Sobre este punto, Ruiz Antón, L.F.: El agente - provocador. Tesis doctoral inédita, Universidad Complutense Madrid, 1978.
- (49) Schmidhäuser, E.: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch, 2.Auflage, Tübingen, 1975, pág. 283.
- (50) Petrocelli, B.: Riesame degli elementi del reato, en Revista Italiana di Diritto e procedura penale, 1963, págs. 337 y ss., especialmente 383 y ss.
- (51) Ibidem, pág. 384.
- (52) En el sentido del "concurso de normas": Massari, E.: La dottrina..., cit., pág. 71.
- (53) Petrocelli, B.: Riesame..., cit., pág. 383. En el mismo sentido, Maurach, R.: Tratado de Derecho penal, traducción y notas de Derecho español por Córdoba Roda, J., Tomo I, Barcelona, -- 1962, pág. 361: "La acción típica es antijurídica cuando infringe una norma, y adecuada a Derecho cuando no lesiona norma alguna".
- (54) Vid. supra, Capítulo I.

(55) Así, para la teoría de la culpabilidad limitada, expresión en el campo del error de la doctrina de los "elementos negativos del tipo", en este caso estamos ante un error de tipo, que si es vencible supondrá condena por imprudencia, mientras que para la teoría de la culpabilidad estricta estamos ante un error de prohibición que si es vencible supondrá culpabilidad mitigada, dejando subsistente el dolo. En cambio, - la causalista teoría del dolo, tanto estricta como limitada, coincide en sus consecuencias con la de - la culpabilidad limitada, de que discrepa en sus pre supuestos: en el citado caso nos encontramos ante un error vencible de prohibición; pero como la conciencia de la antijuridicidad pertenece al dolo, éste - queda excluido, debiendo castigarse por imprudencia. Sobre este tema, existe una muy abundante bibliografía. Vid. por todos, Maurach, R.: Tratado..., cit., págs. 131 a 146, así como la nota 13* de Córdoba R^o da, J., allí contenida. De gran interés, entre nosotros, Torio López, A.: El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código Penal. Indicaciones de Política legislativa sobre la teoría de la culpabilidad, en la Reforma Penal y Penitenciaria, Santiago de Compostela, 1980, págs. 247 y ss.; así como Huerta Tocildo, S.: El error vencible de prohibición en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 en C.P.C. nº 12, 1981, págs. 23 y ss.

(56) No es posible aquí estudiar la evolución de la teoría de los "elementos negativos del tipo", sobre todo porque sus consecuencias fundamentales se refieren al error. El tema ha sido abordado con especiales profundidad y exhaustividad, en Alemania, por Hirsch, H.J.: Die Lehre von den negativen - - -

Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum Über einen Recht fertigungsgrund, Bonn, 1960, donde se contiene - una amplísima bibliografía, de la que pueden -- destacarse aquí, al margen de las que citaremos en otros lugares de este trabajo, por la particular relevancia de sus argumentos, tanto a favor como en contra de la teoría, las siguientes obras: Merkel, A.: Lehrbuch des deutschen Straf rechts, 1. Auflage, Stuttgart, 1889, pág. 82 - - (puede decirse que aquí se encuentra la formula ción de la teoría, al aludirse a que no puede - admitirse la legítima defensa en el delito que comienza doloso, cuando falta la proporcionali dad, "cuya ausencia pertenece al tipo legal - - (elemento negativo del tipo)" ("deren Nichtvor liegen zum gesetzlichen Tatbestand gehört (nega tiven Tatbestandmerkmale)"), cit. por Hirsch, - op. cit., pág. 21.; Frank, R. von: Bericht Über die Rechtsprechung des Reichsgerichts, en ZStW 14 (1894), págs. 354 y ss.; el mismo: Das Straf gesetzbuch für des Deutsche Reich, Tübingen, 1ª ed., 1897, 2ª ed.-1901, 3ª/4ª ed.-1903, 5ª/7ª - ed.-1908, 8ª/10ª ed.-1911....., 17ª ed.-1926 y - 18ª ed.-1931.; Kohlrausch, E.: Irrtum und Schuld begriff im Strafrecht, I Teil, Berlín, 1903, - especialmente págs. 60 y ss.; el mismo: Bespre chung von Frank 3/4. Aufl., en ZStW 24 (1903), - págs. 730 y ss. En ambas obras mantiene una in teresante polémica con Frank; Beling, E.: Die -

Lehre vom Verbrechen, Tübingen, 1906, págs. 145 y ss.; el mismo: Unschuld, Schuld und Schuldstu-
fen, Leipzig, 1910, especialmente págs. 74 y --
ss.; Bar, L. von: Gesetz und Schuld im Straf-
recht, Bd. II, Berlín, 1907, pág. 418; Baumgar-
ten, A.: Der Aufbau des Verbrechenslehre, Tübin-
gen, 1913, págs. 221 y ss.; Mayer, M.E.: Der --
Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, - -
1. Auflage. Heidelberg, 1915, 2ª (inmodificada),
1923, págs. 3 y ss.; Binding, K.: Die Normen --
und ihre Ubertretung Bd. I Normen und Strafrech-
tsetze, 1ª ed., Leipzig, 1872, pág. 52 - 2ª ed.,
1890, pág. 130, nota 6, donde modifica su opi-
ni3n y Bd. III Der Irrtum, Leipzig, 1918, págs.
306 y ss.; Kitzinger, F.: Juristische Aphoris-
men, Berlín, 1923, págs. 43 y ss.; Dohna, A.G.-
zu: Recht und Irrtum, Mannheim, 1925, págs. 23-
y ss.; Merkel, P.: Schuld, Vorsatz, Fahrlässigkeit,
Irrtum, en Juristische Wochenschrift (JW),
1925, págs. 893 y ss.; el mismo: Grundriss des
Strafrechts, Teil I, Allgemeiner Teil, Bonn, --
1927, págs. 144 y ss.; Zimmerl, L.: Zur Lehre -
vom Tatbestand, Breslau, 1928, págs. 64 y ss.;-
Radbruch, G.: Zur Systematik der Verbrechens-
lehre, en Festgabe für Reinhard v. Frank, Bd. I,
Tübingen, 1930, págs. 158 y ss., especialmente-
164 y ss.; Engisch, K.: Untersuchungen über Vor-
satz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Berlín,-
1930, págs. 10 y ss.; el mismo: Tatbestandirr-

tum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, Kritische Betrachtungen zu den §§19 und 40 des Entwurfs 1958, en ZStW 70 (1958), págs. 566 y ss.; Dahm, G.: Verbrechen und Tatbestand, en Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin, 1935, págs. 62 y ss.; Schaffstein, F.: - - Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems, en ZStW 57 (1938), págs. -- 295 y ss.; Nagler, J.: Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, en Der Gerichtssaal - - (GS) III (1938), págs. 1 y ss.; el mismo: en - Das Reichsstrafgesetzbuch, Leipziger Kommentar-Bd. I (§§1-152) 6ª ed., Berlin, 1944, págs. 35 y ss.; Schmidt, E.: Lehrbuch des deutschen Strafrechts (begründet von Franz v. Liszt), 25ª ed., Berlin-Leipzig, 1927, 26ª ed-1932; Warda, G.: - Die Verbotsirrtumregelung des §31 WiStG in ihrer Abgrenzung gegen die allgemeine Irrtumsbestimmung des §59 StGB, en Juristische Rundschau - - (JR) 1950, págs. 546 y ss.; Niese, W.: Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Tübingen, 1951; Kaufmann, Arthur: Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Mainz, 1950.;- Nowakowski, F.: Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, en ZStW 63 (1951), págs. 287 y ss.; Comopuede apreciarse por los títulos de las obras, casi todas ellas hacen referencia a las repercusiones de la teoría de los "elementos negativos del tipo" sobre la doctrina del error.

En la doctrina española, se muestran partidarios de esta teoría Rodríguez Devesa, J.M.: Derecho penal español. Parte general, 7ª ed., Madrid, - 1979, pág. 400; Gimbernat Ordeig, E.: Delitos - cualificados por el resultado y causalidad, Madrid, 1966, pág. 60, nota 214, e Introducción a la Parte general del Derecho penal español, Madrid, 1979, pág. 51; Mir Puig, S.: Introducción a las bases del Derecho penal, Barcelona, 1976, pág. 42 y, Función de la pena..., cit., págs. - 59 y ss., donde tras distinguir entre "tipo" y "supuesto de hecho" se declara favorable a la "teoría de los elementos negativos del supuesto de hecho" (pág. 62); también Rodríguez Ramos, - J., parece mostrarse partidario de la teoría de los elementos negativos del tipo (Apuntes cit., pág. 268), si bien luego declara que la tipicidad, aún entendida en este sentido amplio, no es un elemento del delito (pág. 269). Vid. críticamente Rodríguez Muñoz, J.A.: La doctrina de la acción finalista, 2ª ed., Valencia, 1978, -- págs. 39 y ss.; Rodríguez Mourullo, G.: Derecho penal..., cit., págs. 247 y ss.

- (57) Welzel, H.: Derecho penal alemán (Parte general) 11ª ed., trad. J. Bustos Ramírez y S. Yañez Pérez, Santiago de Chile, 1970, pág. 117.

- (58) Welzel, H.: Derecho penal alemán (Parte general) trad. C. Fontán Balestra, Buenos Aires, 1956, - págs. 90 y 91.
- (59) Ibidem, pág. 91.
- (60) Welzel, H.: Derecho..., cit., 11ª ed., trad. -- Bustos-Yáñez, págs. 118 y 119.
- (61) Ibidem, pág. 119.
- (62) Vid. infra págs. 172 y ss.
- (63) Petrocelli, B.: Riesame..., cit., pág. 384.
- (64) En el mismo sentido, vid. Stratenwerth, G.: El problema de la "naturaleza de las cosas" en la teoría jurídica, trad. de J. Cerezo Mir, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1964, de donde se desprende la necesidad de mantener una unidad de - criterios axiológicos.
- (65) Petrocelli, B.: Riesame..., cit., pág. 385.
- (66) Op. y loc. cit. nota anterior.
- (67) Noll, P.: Tatbestand und Rechwidrigkeit: Die -- Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, en ZStW 77 (1965), pág. 10.

- (68) Ibidem, pág. 11
- (69) Noll, P., op. cit., pág. 10.
- (70) Schmidhäuser, E.: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch, 2ª ed., Tübingen, 1975, pág. 284.
- (71) Ibidem, págs. 284 y 285.
- (72) Ibidem, pág. 285.
- (73) Vid. supra págs. 161 y ss.
- (74) Rodríguez Mourullo, G.: Derecho penal..., cit., pág. 254.
- (75) Ibidem, pág. 252 y 253.
- (76) Ibidem, pág. 253.
- (77) Mir Puig, S.: Función de la pena..., cit., pág. 62.
- (78) En contra, Luzón Peña, D.M.: Aspectos esenciales de la legítima defensa, Barcelona, 1978.
- (79) Vid. supra págs. 163.
- (80) Vid. supra págs. 54 y ss.
- (81) Cerezo Mir, J.: Notas a la obra de Welzel, H.:-- El nuevo sistema del Derecho penal. Una intro--

ducción a la doctrina de la acción finalista, -
Barcelona, 1960, págs. 58/59, nota 12.

- (82) Gimbernat Ordeig, E.: Recensión crítica a la --
obra citada en la nota anterior en Revista de -
Estudios Penitenciarios, 1966, págs. 453 y ss.:
"Leyendo lo que dice Cerezo en las páginas 58/59
uno tiene la impresión de que le ha pasado desa
percibida esta distinción fundamental: la de --
que en el 9.1 sólo se puede subsumir, a lo sumo,
un limitado número de supuestos de los que la -
teoría de los elementos negativos del tipo dice
que hay que castigar como imprudentes. A saber:
se puede subsumir sólo aquellos casos en los que
existe realmente alguno de los requisitos fácti
cos y el autor cree erróneamente que también --
concurren los restantes". Sin embargo Cerezo sí
distingue, pues en la pág. 118, nota 32, acude-
a esa distinción, afirmando que si cuando sólo-
falta uno de los requisitos de una causa de jus
tificación el Código considera que sigue siendo
doloso, también será doloso cuando falten todos
los caracteres fácticos de la misma. Sin embar-
go, añade Gimbernat que "el fallo de la construc
ción de Cerezo es que da por supuesto precisa--
mente lo que hay que demostrar" y trata lo mis-
mo un hecho doloso que culposo. Afirma Gimber--
nat que "cuando el sujeto erróneamente piensa -
que concurren todos los presupuestos de una cau
sa de justificación, y sólo concurren algunos,-
el art. 9.1 no es aplicable. Con esto cae por -
su base toda la argumentación de Cerezo en con-
tra de la doctrina de los elementos negativos -
del tipo" (págs. 479 y 480).

- (83) El número sexto del artículo octavo del Código penal español exige para la exención de responsabilidad criminal "que el defensor no obre impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo".
- (84) Mezger, E.: Die subjektiven Unrechtselemente, - en GS 89 (1924), págs. 207 y ss. Vid. Tratado... cit., págs. 349 y 350. Importa reseñar, por lo que el Derecho español se refiere la nota de J. A. Rodríguez Muñoz contenida en las págs. 350 y 351.
- (85) Gómez Benítez, J.M.: El ejercicio legítimo del cargo, Madrid, 1980, págs. 147 y 148. Cfr. Zielinski, D.: Handlungs- und Erfolgsumwert in Unrechtsbegriff, Berlín, 1973, pág. 128. Por parte de la importante corriente asentada en el concepto del "injusto personal" se afirma que "no hay ningún tipo de injusto que consista exclusivamente en la causación de un resultado" cfr. - Krauss, D.: Erfolgsumwert und Handlungsumwert, - en ZStW 76 (1964), pág. 20.
- (86) De gran interés, Gómez Benítez, J.M., op. cit., págs. 127 y ss.
- (87) Gómez Benítez, J.M., op. cit., págs. 197 y ss.

- (88) Artículo 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: "La Autoridad o Agente de policía judicial tendrá la obligación de detener... 4º: Al que - estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallare procesado, con tal -- que concurren las dos circunstancias siguientes: 1ª Que la Autoridad o Agente tenga motivos racionales bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito; 2ª Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él". Sobre este tema vid. - Gimeno Sendra, J.V. y Vives Antón, T.S.: La detención, Barcelona, 197 .
- (89) Mezger, E.: Tratado..., cit., pág. 350.
- (90) Ibidem, pág. 351.
- (91) Maurach, R.: Tratado..., cit., vol. I, pág. 368.
- (92) Op. y loc. cit., nota anterior.
- (93) Antolisei, F.: Manual de Derecho penal (Parte general), trad. Del Rosal, J. y Torio, A., con notas de Derecho español del Del Rosal, J., Buenos Aires, 1960, pág. 202. "Así", concluye Antolisei, "si alguno cree realizar una acción ilícita cuando realmente ejercita un Derecho, no comete delito" (subrayado en el original).

- (94) Corsonello, C.: Teoria delle cause oggettiva di cessazione del reato, Padova, 1941, pág. 2.
- (95) Bettiol, G.: Diritto penale. Parte generale, -- 10ª ed., Padova, 1978
- (96) Pioletti, V., op. cit., pág. 267. En el mismo sentido, y por sólo citar algunos autores, Santaniello, G.: Manuale..., cit., pág. 83; Pannain, R.: Manuale..., cit., Tomo I, pág. 617; -- Massari, E.: La dottrina..., cit., pág. 71; -- Maggiore, G.: Diritto penale..., cit., Vol. I, Tomo I, pág. 289; Malinverni, A.: Esercizi di Diritto penale, Torino, 1972, págs. 62 y 63.
- (97) Cavallo, V.: Diritto penale. Parte generale, -- Vol. II, Napoli, 1955, pág. 611.
- (98) Von Liszt, F.: Tratado de Derecho penal, trad. de la 20ª ed. alemana por L. Jiménez de Asúa, y adicionado con el Derecho penal español por Q. Saldaña, Tomo II, 3ª ed., Madrid, s.f., págs. 339 y 340.
- (99) Vid. Gimbernat Ordeig, E.: Introducción..., cit. pág. 51.

- (100) Rodríguez Devesa, J.M.: Parte general..., cit., pág. 400: "Ni histórica ni dogmáticamente hay inconveniente alguno en reconocer que pertenece al "tipo de injusto" la ausencia de los hechos que fundamentan la esencia de la antijuridicidad".
- (101) Ibidem, pág. 482: "El Ordenamiento jurídico -- abandonarí­a la misi3n que le est1 confiada de hacer posible la vida comunitaria si hiciera -- depender su intervenci3n no del comportamiento externo de los que est1n sometidos sino de sus íntimas motivaciones".
- (102) Ibidem, pág. 733.
- (103) Ibidem, pág. 736.
- (104) Rudolphi, H.J.: Die pflichtgem1sse Pr1fung als Erfordernis der Rechtfertigung, en Ged1chtnisschrift f1r H3rst Schr3der, M1nchen, 1978, -- p1g. 92.
- (105) Lenckner, T.: Die Rechtfertigungsgr1nde und das Erfordernis pflichtgem1sser Pr1fung, en Beitr1ge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. -- Feestschrift f1r Hellmuth Mayer zum 70.Geburtstag am 1.Mai 1965, Berlin, 1966, p1g. 165.
- (106) Rudolphi, H.J.: Die pflichtgem1sse..., cit., -- p1g. 73.

- (107) Ibidem, pág. 76
- (108) Ibidem, pág. 82
- (109) Jescheck, H.H.: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 3ª ed., pág. 261.
- (110) Rodríguez Devesa, J.M., op. cit., pág. 735.
- (111) Vid. supra págs. 161 y ss.
- (112) Ciertamente, la redacción del párrafo segundo del artículo 52 del Código Penal español permite mantener ambas opiniones -tanto la de que es aplicable el caso en estudio, como la contraria-, siempre partiendo de la teoría de los elementos negativos del tipo, que, como más - - arriba quedó expuesto, no comparto. En mi opinión, no sucederá lo mismo si prospera inmodificado el artículo 25 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, que sólo castiga la tentativa inidónea en caso de inidoneidad de los medios o la ausencia de objeto. Los partidarios de la solución de la tentativa habrán de manifestarse entonces en favor de la idónea, - solución que se hace, en mi opinión, aún más - insostenible, pues tampoco es correcto afirmar que el culpable ha practicado todos o parte de los actos de ejecución que deberían producir - como resultado el delito, desconociendo la pe-

culiaridad de que es imposible su completa ejecución. Más bien, parece que el P.L.O.C.P. da la razón a los partidarios de la tesis de la impunidad, pues implícitamente es esa la solución aplicable a los casos de imposibilidad de ejecución de la conducta típica, no expresamente previstos por el párrafo segundo del artículo 25.

- (113) En sentido afirmativo, Gimbernat Ordeig, E.: - Introducción..., cit., pág. 51.
- (114) Córdoba Roda, J.: La eximentes incompletas en el Código Penal, Oviedo, 1966, págs. 107 y 108. El subrayado es mío.
- (115) Rodríguez Mourullo, G.: Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo, Madrid, 1976, pág. 25.
- (116) Schmidhäuser, E.: Strafrecht..., cit., pág. -- 283.
- (117) Rodríguez Mourullo, G.: Legítima defensa..., - cit., pág. 23.
- (118) Ibidem, págs. 26 y 27.
- (119) Ibidem, pág. 27.

- (120) Antón Oneca, J.: Derecho penal..., cit., Tomo-I, pág. 240, cit. por Rodríguez Mourullo, G.:- Legítima defensa..., cit., pág. 44.
- (121) Rodríguez Muñoz, J.A.: Notas a Mezger, E.: Tra-
tado..., cit., Tomo I, pág. 337.
- (122) Cfr. Lenckner, T.: Die Rechtfertigungsgründe...
cit., págs. 165 y ss. Sobre la trascendencia -
del "examen conforme a deber" en el ejercicio-
del cargo, especialmente en Alemania, vid. Gó-
mez Benítez, J.M.: El ejercicio..., cit., - -
págs. 27 y ss. En otro lugar de este trabajo -
-a propósito de la función de la circunstancia
11ª del artículo 8º del Código Penal español -
como "cláusula general de justificación" en --
nuestro sistema- volveremos más detalladamente
a las citadas páginas. Vid. infra, págs.289 y s.
- (123) Lenckner, T.: Die Rechtfertigungsgründe..., --
cit., pág. 173.
- (124) Ibidem, pág. 171.
- (125) Ibidem, pág. 181.

- (126) "Es "indudable" que quien actúa con desconocimiento de la causa de justificación puede ser castigado, al menos con tentativa" (op. cit., - pág. 165). En otro lugar se declara a favor de la tentativa o, más concretamente, de lo que - denomina "cuasi tentativa": Lenckner, T.: Derrechtferdigende Notstand, Tübingen, 1965, - - págs. 195 y 196.
- (127) Vid. supra págs. 61 y ss.
- (128) Y a ello se refiere también Lenckner, T.: DieRechtferdigungsgründe..., cit., págs. 175 y -- 176; Gómez Benítez, J.M.: El ejercicio..., - - cit., págs. 197 y ss.
- (129) Jescheck, H.H.; op. cit., pág. 265.
- (130) Confróntese Rodríguez Mourullo, G.: Legítima -- defensa..., cit., pág. 53; vid. infra págs. -- 207y ss.
- (131) Rodríguez Mourullo, G.: Legítima defensa..., - cit., pág. 54.
- (132) Vid. supra págs. 170 y sa, Cfr. Rodríguez Mourullo, G.: Derecho penal..., cit., págs. 247 y ss.

- (133) Rodríguez Mourullo, G.: Legítima defensa..., cit., pág. 55.
- (134) Vid. supra pág. 190.
- (135) Cfr. Mir Puig, S.: Función de la pena..., cit., págs. 59 y ss. Vid. también: Fundamento constitucional de la pena y teoría del delito, en La Reforma del Derecho penal, Barcelona, 1980, -- págs. 140 y ss.
- (136) Gimbernat Ordeig, E.: ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal? en Estudios penales, Madrid, 1976, págs. 57 y ss., especialmente 64 y ss.; El sistema del Derecho penal en la actualidad, en Estudios..., cit., págs. 83 y ss., - especialmente 93 y ss.
- (137) Muñoz Conde, F.: Introducción al Derecho penal, Barcelona, 1975, págs. 12 y ss.
- (138) Mir Puig, S.: Función..., cit., pág. 60; Fundamento..., cit., pág. 139.
- (139) Mir Puig, S.: Función..., cit., págs. 60 y 61; Fundamento..., cit., pág. 140.

- (140) Es decir, cuando el sujeto se encuentra en una situación objetiva tal, que cualquiera en su caso hubiera creído justificada la conducta. - Mir Puig, S.: *Función...*, cit., pág. 62; *Fundamento...*, cit., pág. 141.
- (141) Mir Puig, S.: *Función...*, cit., Pág. 63; *Fundamento...*, cit., pág. 141.
- (142) Op. y loc. cit. nota anterior.
- (143) Vid., recientemente, Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T.S.: *Derecho penal...*, cit., págs. 42 y 43, especialmente nota 77 y, por remisión, pág. 40.
- (144) Vid. supra pág.156.
- (145) Mezger, E.: en *Leipziger Kommentar §10 e*, antes del §51.
- (146) Sauer, G.: *Allgemeine...*, cit., pág. 137.
- (147) Maurach, R.: *Tratado....*, cit., pág. 375.
- (148) Mezger, E.: *Tratado...*, cit., tomo I, pág. --- 415.

- (149) Maurach, R., loc. cit.
- (150) Ibidem. Subrayado en el original. Vid., entre-
nosotros, Cuello Contreras, J.: La estructura
de la acción punible en el Código penal, en -
Cuadernos de Política Criminal, nº12, págs.-
14 y 15.
- (151) Maurach, R.: Tratado..., cit., pág. 368.
- (152) Vid. supra págs. 10 y ss.
- (153) Maurach, R.: Tratado..., cit., pág. 369.
- (154) Op. y loc. cit. nota anterior.
- (155) Maurach, R.: Tratado..., cit., pág. 370.
- (156) Op. y loc. cit. nota anterior. De la misma opi-
ni^on es Córdoba Roda, J. en Maurach, R.: Trata-
do..., cit., págs. 370 y ss., nota 4^a, donde -
analiza, en particular, la redacción que de --
las distintas causas de justificación ofrece -
el Código penal español, con lo que el estudio
aportado por Córdoba descansa, no en el elemen-
to subjetivo extra legem, sino en el contenido
por cada causa de justificación en concreto; -
lo que ocurre es que, para el profesor de Bar-

celona, la redacción del Código permite aceptar la tesis de que todas las causas de justificación contienen la exigencia de un elemento subjetivo; tesis sobre la que no nos es posible pronunciarnos en este momento; baste con sumarse a las, a mi juicio, plenamente acertadas palabras del gran penalista español Rodríguez Muñoz, a quien cita el propio Córdoba. -- Vid. Rodríguez Muñoz, J.A.: La doctrina..., -- cit., págs. 137 y ss., donde rebate, en Derecho español la tesis del "injusto personal" -- mantenida desde el exámen del Ordenamiento jurídico alemán por Niese. Vid. Niese, W. "FinalitHt..., cit., pág. 18 y ss.

(157) Vid. supra cap. I, especialmente págs. 61 y ss.

240

241

SEGUNDA PARTE

CAPITULO TERCERO : LAS FUENTES DE LA JUSTIFICACION

I.-JUSTIFICACION Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Dado el carácter unitario del injusto, resulta obvio que una misma acción no puede, al mismo tiempo, ser justa y antijurídica: si el Ordenamiento es un todo-uniforme, no podrá hablarse de que una conducta sea, por ejemplo, penalmente lícita y civilmente contraria a Derecho. Por consiguiente, a la hora de analizar la justificación penal de una conducta típica; - es decir, de comprobar si el juicio de antijuridicidad resulta o no positivo, habremos de tener en cuenta, forzosamente, la totalidad del Ordenamiento jurídico.

A esto se refirió ya Herkel al afirmar que "siempre-
que una acción está mandada en virtud de preceptos -
jurídicos vigentes, o siempre que se halla considera-
da como lícita por las leyes, resulta desde luego im-
pensable estimarla al mismo tiempo como antijurídica
y punible en atención a una ley penal" (1).

En suma, las peculiaridades de cada rama del Ordena-
miento no empecen para que la unidad del mismo impon-
ga a su vez, criterios unitarios en torno a su con-
trariedad. "Hay que observar que si bien las diferen-
tes ramas del Ordenamiento jurídico plantean diferen-
tes exigencias y particulares principios", en pala-
bras de Delitala, "esta diversidad de exigencias y -
de principios no contradice el criterio fundamen-
tal de la unidad del Ordenamiento y no justifica de nin-
gún modo la contradicción de que un comportamiento -
obligatorio para una rama del Derecho pueda aparecer
ilícito para otra rama del mismo Ordenamiento" (2).

Y aún más, ni siquiera cabe limitar al Derecho escri-
to la categoría de fuente de la justificación. - -

Meurach ha puesto de relieve como "en orden a la apreciación de las causas de justificación, el derecho consuetudinario se encuentra, en principio, equiparado al derecho escrito. Se podrá incluso afirmar que el derecho consuetudinario reclama en este ámbito el desempeño de un papel, si bien no más amplio, si de una mayor importancia que el del derecho escrito" -- (3).

Sin embargo, no es posible olvidar la importante función que, el Derecho penal, cumple el principio de legalidad; función que puede ser diferente en los distintos Ordenamientos jurídicos, desde la vigencia sólo respecto de la tipificación de conductas delictivas y la previsión de sus correspondientes consecuencias jurídicas hasta la completa iluminación de toda la normativa jurídico-criminal; desde la reserva absoluta a la relativa de ley.

En sus orígenes, el principio de legalidad jurídico-penal, formulado por Feuerbach (4), no supone sino una exigencia de que toda pena venga prevista por --

ley y como consecuencia de un delito igualmente recogido por un precepto de tal naturaleza (5). La evolución del principio, cuya trascendencia política es imposible olvidar (6), le hace proyectarse, en palabras de Rodríguez Mourullo, en las siguientes directrices:

"1) Garantía criminal (nullum crimen sine lege). Ningún hecho puede ser considerado como delito sin que una ley anterior lo haya calificado como tal. Se consagra en el artículo 1º del Código penal.

2) Garantía penal (nulla poena sine lege). No podrá imponer una pena que no haya sido previamente establecida por la ley. Se contiene en el artículo 23 del Código penal.

3) Garantía jurisdiccional (nemo damnetur nisi per legale iudicium). Nadie podrá ser condenado sino en virtud de sentencia firme, pronunciada por Tribunal competente. Se recoge en el artículo 80 del Código penal.

4) Garantía de ejecución. No podrá ejecutarse pena alguna en forma distinta de la prescrita por la ley y los reglamentos. Se declara en el artículo 81 del Código penal." (7).

Conviene reseñar que, en contra de lo que pudiera parecer, no existe unanimidad en el tratamiento que -- los diferentes sectores doctrinales otorgan al contenido y, aún menos, al alcance del referido principio (8). Ni siquiera es pacífica la conciencia de -- sus orígenes, que debe verse en el pensamiento ilustrado, como recientemente han puesto de relieve, entre nosotros, Cobo y Vives (9).

El principio de legalidad penal aparece como una --- concreción del principio de legalidad general (10) y con una pretensión: la existencia de una reserva sustancial y absoluta de ley que venga a paliar la imposibilidad del monopolio legal, inalcanzable ideal -- ilustrado (11). No puede afirmarse, sin embargo, que dicha pretensión ilumine la totalidad de la materia penal; no hay duda de que el principio no puede ofrecer el mismo juego respecto de las normas prohibitivas -- las que tipifican conductas y prevén sanciones -- de las disposiciones permisivas, especialmente -- si partimos, como creo que debe partirse, del principio de que todo lo que no está expresamente prohibi-

do, debe reputarse como permitido y de que, como se acaba de señalar, no caben las contradicciones entre las diferentes ramas del Ordenamiento jurídico. Ello permite afirmar que el Derecho penal positivo ha de quedar, en materia de justificación, de alguna manera abierto al resto del Ordenamiento. Y esa apertura puede hacerse de diversas formas:

a) Considerando que, en esta materia, no es exigible la sumisión a la reserva ni siquiera relativa de ley, con lo que no será necesario prever en el catálogo de causas de justificación una que se remita a las autorizaciones o mandatos recogidos en otras ramas del Ordenamiento, - cuya realización pueda dar lugar a la - verificación de una conducta típica.

b) Entendiendo que en materia de autorización rige tan sólo una reserva relativa de ley, que permite la existencia de -- una cláusula general de justificación--

que combine el respeto al principio de legalidad con la necesaria apertura a la totalidad del Derecho positivo como fuente de la justificación, y

- c) Considerando que rige aquí el principio de reserva absoluta de ley; postura que resulta inviable, dada la imposibilidad de incluir en un catálogo cerrado de -- causas de justificación todos los posibles casos que pueden darse en el mundo del ser y a los que el Derecho debe acoger como lícitos.

Descartada, pues, esta tercera posibilidad, el Derecho penal positivo puede escoger cualquiera de las dos primeras soluciones apuntadas. Y como vamos a ver inmediatamente, los actuales Ordenamientos de los diferentes países pueden ser encuadrados en ambos grupos.

No se puede reputar como contrario al principio de legalidad que en materia de justificación no se exija la reserva absoluta de ley. En efecto, no puede olvidarse lo que ya ha quedado reiteradamente expuesto: nos estamos moviendo en el campo de la negación de un elemento del delito; no en el de su afirmación: las garantías que el principio de legalidad comporta no permiten prescindir de la reserva absoluta para afirmar qué conductas están prohibidas o para prever las penas que les correspondiere (12), pero no para señalar qué conductas están permitidas; sencillamente porque lo están todas aquellas que no estén exactamente prohibidas. El que, a pesar de ello, existan Ordenamientos, y como veremos el nuestro es uno de ellos (13), que rinden tributo al principio de legalidad, prefiriendo adoptar una fórmula genérica en la que quepa encuadrar todos los casos posibles de justificación de la conducta típica, no descalifica a los que, como el Derecho penal alemán, adoptan la posición abierta.

De esta manera, persona tan poco sospechosa de falta de respeto al principio de legalidad como Bettiol, - quien quiso defenderlo aún en los momentos más difíciles (14), afirma que las causas de justificación - codificadas no son taxativas y niega que se traten - de excepciones a regla general alguna (15): "Al tratarse de normas eximentes, no se sustraen a una interpretación analógica y sistemática, en tanto que - no son normas excepcionales, sino normas comunes, -- frente a las cuales no rige el principio de estricta legalidad" (16).

II.-LA TOTALIDAD DEL ORDENAMIENTO JURIDICO COMO FUENTE DE LA JUSTIFICACION. FORMULAS LEGISLATIVAS

Ya hemos visto, pues, que todo el Ordenamiento jurídico ha de ser, cuanto menos, fuente indirecta de la justificación penal y que, el Derecho positivo puede regular ésta, bien admitiendo causas de justificación no codificadas y ni siquiera reguladas legalmente, - sin que esto suponga quiebra alguna del principio de legalidad; bien recogiendo una cláusula general de justificación que actúe como "puerta abierta" conducente a idéntica solución material: la consideración de la totalidad del Ordenamiento como fuente, en este caso necesariamente indirecta, de la justificación.

Las soluciones que, al respecto, adoptan los dos países occidentales, tradicionalmente considerados como vanguardistas en la ciencia penal, son representativas de estas dos posibilidades: mientras el StGB carece de cláusula general de justificación -por lo -- que en la República Federal alemana ha de admitirse-

las causas extralegales de justificación-, el Código penal italiano reconduce éstas a través de una cláusula general. A continuación se expondrán, siquiera sea someramente, las peculiaridades de ambos sistemas.

1.- Sistema de la no limitación legislativa. Las causas de justificación extralegales

La no limitación legislativa, es decir, la no existencia de una cláusula general hace que las causas de justificación se encuentren, a decir de Samson, - "no sólo en el Derecho penal, sino repartidas por todo el Ordenamiento jurídico" (17). Y ello como consecuencia de la tantas veces mencionada unidad del Ordenamiento, que no permite que lo que esté prohibido por una rama pueda estar permitido u ordenado por otra; idea que fue ya expuesta por Graf zu Doima cuando afirmaba que "no es en el tipo de delito de donde puede deducirse el deslinde entre las actividades an

tijurídicas y las adecuadas al Derecho, sino de la totalidad del orden jurídico. Las contranormas (Gegennormen) se encuentran dispersas en todas las disciplinas jurídicas; las encontremos en el Derecho civil, en el procesal, en el político y en el internacional. La seguridad de la decisión no corre peligro mientras se encuentren allí las normas de Derecho escritas que nos den una respuesta inequívoca" (18). - De este último inciso puede desprenderse cierta preocupación de Dohna respecto de la validez del Derecho no escrito como fuente de la justificación. "Los problemas se presentan", dice él, "cuando las leyes - - guardan silencio y nos vemos obligados a recurrir al Derecho no escrito", para resolver, "que esto debe suceder en amplia escala es indiscutible: únicamente es de discutir si debemos persistir sobre la base de aplicación del Derecho positivo o si hemos de refugiarnos en consideraciones meta-jurídicas" (19).

La forma en que este autor resolvía el tema ya ha sido objeto de análisis y de crítica (20). Lo que ahora importa es aportar una solución, desde el punto -

de vista de las fuentes formales. Pero tampoco esta-
óptica escapa a la atención del citado autor quien -
combinando las ideas concluye que "1. una acción ju-
rídicamente imuesta, no puede, al mismo tiempo, ser
jurídicamente prohibida. O, en otros términos: el --
cumplimiento de un deber jurídico nunca es contrario
a derecho" (21) y "2. una acción jurídicamente per--
mitida, no puede ser el mismo tiempo prohibida por -
el derecho. O, en otras palabras: el ejercicio de un
derecho nunca es antijurídico" (22). La importancia-
de estas afirmaciones no puede escapársenos: lo que-
justifica una acción típica es la presencia de un de
ber jurídico (de actuar en contra de la pretendida -
norma penal prohibitiva -o de abstenerse de actuar,-
en el caso de los delitos de omisión (23)-) o de un-
derecho subjetivo (reconocido por el Ordenamiento a-
actuar en contra de la citada norma penal). Si esto-
es así, resulta obvio que no podremos hallar por fue-
ra del Ordenamiento jurídico positivo ninguna justi-
ficación, como también que todo derecho subjetivo o-
deber reconocido por el citado Ordenamiento jurídico
positivo sirve para justificar, sin más límites que-

los que emanan del fundamento de la justificación -- que, como quedó suficientemente expuesto, ha de encontrarse en el principio de interés preponderante:-- justificará todo derecho subjetivo y todo deber jurídico cuyo ejercicio o cumplimiento, respectivamente, suponga para el Derecho un interés preponderante al que proporciona el respeto a la norma penal; naturalmente le determinación de cual sea ese interés preponderante habrá de corresponder al propio Ordenamiento. Y muy singularmente, a la protección que el Derecho penal dispensa a los intereses en cuestión.

A tales consecuencias puede llegarse con el sistema alemán; es decir, sin cláusula general de justificación. Como veremos, los Códigos penales italiano y español se refieren precisamente a la existencia de deberes y derechos en sus respectivas cláusulas generales.

Sin embargo, incluso en Alemania, hay autores que -- han señalado la conveniencia de contar con algún tipo de cláusula reguladora. Así, Albin Eser se ha re-

ferido a la necesidad de encontrar alguna cláusula - expresiva del principio general de ponderación de valores que, de lo contrario, queda excesivamente formal y vacío de contenido (24). Este autor ha pretendido dicha formulación partiendo de la "salvaguardia de intereses legítimos", causa de justificación referida, en principio, a la regulación jurídica de la - protección del derecho al honor recogida en el §193- del StGB (25).

1.1.- Consideraciones en torno a la "salvaguardia -- de intereses legítimos" del §193 del StGB

El citado párrafo considera punibles determinadas lesiones al honor de una persona tan sólo cuando provengan de la forma de expresión o de las particulares circunstancias en que éstas fueren inferidas - - (26). En realidad, nos encontramos ante una justificación de determinadas lesiones contra el honor de - las personas con las limitaciones recogidas por el - propio §193 (27).

Albin Eser parte de la consideración de la salvaguardia de intereses legítimos como principio básico - - (combinado con otros) de la justificación (28); las causas extralegales de justificación obedecerán, en suma, a este principio; en otras palabras, cuando alguien actúe salvaguardando legítimamente sus intereses, su conducta, aún cuando fuere típica, no será - antijurídica (29). En este sentido, se recoge la interrogante de Schröder, acerca de si la cláusula - - "salvaguardia de intereses legítimos" no será aplicable a todos aquellos tipos que protegen bienes de carácter social, en los que existe un interés comunitario (30). Eso significa, para Eser, nada menos que - que dicha formulación adquiere la categoría de causa de justificación general y que, por lo tanto no debe entenderse constreñida su validez al ámbito de los - delitos contra el honor (31).

De cualquier forma, advierte este autor que, aún - - cuando así fuera, no tendríamos más que una cláusula formal a la que habría que hallar un contenido, una concreción material que, de otra parte, sirviera pa-

ra marcar los límites de la citada formulación. Y si éste se encuentra en el principio de la ponderación de intereses, como pone de relieve Holl (32), "¿para qué entonces se necesita la institución jurídica específica de la salvaguardia de intereses legítimos" (33) que aparece como una causa de justificación que funciona en caso de conflicto de intereses? (34).

Tres son las posturas que se mantienen en la doctrina alemana acerca del fundamento de la cláusula "salvaguardia de intereses legítimos" (35): que es emanación del principio de ponderación de bienes, que se trata de un caso de riesgo permitido y finalmente -- que es expresión del Derecho fundamental de la libertad de opinión.

Incluso entre los partidarios de la tesis de la ponderación de intereses existen diferencias: unos la califican como un caso reglado del estado de necesidad supralegal (36), en casos en que se produzca una situación de violencia o peligro para el agente. La endeblez de esta posición la resalta Eser, aludiendo

a su innecesariedad, pues es muy difícil, por no referirse a la imposibilidad, concebir algún caso que no cupiera en el estado de necesidad o en la legítima defensa y, por otra parte los propios ejemplos -- del §193 hacen rechazar la idea de la violencia o -- del peligro (37).

La segunda posición, dentro de este gran grupo, es -- considerarla como emanación del principio de la ponderación de intereses sin más (38). Esta postura ha sido criticada negando que exista en este caso intereses en conflicto, puesto que la lesión del honor -- sólo se produce si lo que se afirma no es cierto, y en ese caso no es mantenible el interés comunitario; por otra parte, el honor y el interés científico, político o artístico del agente son incommensurables -- (39).

Entiendo que es perfectamente rebatible esta posición: el primer argumento cae por su propio peso: no es necesario que sea falsa la expresión proferida para que el honor pueda ser lesionado. Pero, es que --

además, tampoco es correcto afirmar que los intereses a ponderar sean por un lado el honor y por otro el interés científico, político o artístico del agente. ¿Dónde quedará entonces, el interés comunitario -- en que lleven a cabo las críticas u opiniones? Finalmente, no me parece sostenible la idea de que nos encontremos ante magnitudes incomparables: el interés -- que el Estado tiene en la protección de los diferentes bienes jurídicos puede ser medida y comparada -- por el propio Ordenamiento, tema éste al que ya me he referido (40).

La postura mantenida por Welzel y Gallas (41), de -- concebirla como un caso de riesgo permitido choca -- con las dificultades señaladas, in genere, para dicha postura, y como apunta Eser con el hecho de que sólo podrían fundamentarse las afirmaciones o descripciones fácticas, pero no los juicios de valor (42), argumentación ésta que también hace extensible a la -- consideración de esta causa justificante como cristalización del Derecho fundamental a la libertad de expresión (43); extensión que no me parece del todo co

rrecta, toda vez que la emisión de juicios de valor es una capital vertiente de la mencionada libertad. Lo que ocurre, en mi opinión, es que el ejercicio de este Derecho fundamental constituye un importante interés a ponderar. Creo que, de nuevo, el fundamento de este precepto ha de encontrarse en la ponderación de intereses que, a su vez, marcará los límites al ejercicio de este derecho a la crítica.

Y si esto es así, como parece, de nuevo surge la cuestión acerca de la necesidad o superfluidad del §193 del StGB, si es que va a ser considerado como cláusula general de justificación.

Albin Eser plantea el hecho de que la excesiva generalidad del fundamento de la justificación, sin que exista cláusula alguna que lo concrete, no ofrece suficientes garantías ni desde el lado del agente ni, sobre todo, desde el que sufre la acción (44). Ciertamente que esa concreción tiene que tener sus propios perfiles, es decir, su contenido específico, -- que Eser ve en lo que él llama su "función evoluti--

va" (45): mientras que el estado de necesidad y la legítima defensa rinden tributo al mantenimiento del "status quo", la "salvaguardia de intereses legítimos" proporciona valores nuevos, permite una alteración de la situación de los intereses en conflicto, rinde tributo al desarrollo comunitario, es, por decir así, una causa de justificación "progresista", - siquiera sea porque con su existencia se permite una evolución, una posibilidad de modificar la situación previa, en la medida en que, a su amparo, quedan justificadas conductas típicas que alteran el "status quo".

En definitiva, la pretendida generalización del §193 del StGB vendría a significar su aplicabilidad a todos aquellos casos en que el sujeto actúe en beneficio de intereses propios o comunitarios, "que no resulten desproporcionados con el bien jurídico lesionado" (46).

Al margen de lo artificial que, en mi opinión, resulta esta pretendida "función evolutiva", insufi-

cientemente explicada, lo cierto es que la generalización del §193 pasa forzosamente -y el propio Eser parece reconocerlo cuando propone una redacción alternativa- por una modificación legislativa. Si ésta se produjera, cabría cuestionarse si la nueva causa de justificación, situada ya en la Parte General del Código, tendría virtualidad para ser considerada cláusula de apertura a la totalidad del Ordenamiento como fuente indirecta de la justificación; es decir, - si en ella cabrían todos los cumplimientos de deberes y ejercicios de derechos a los que se refirió -- Graf zu Dohna como incompatibles con el carácter antijurídico.

Naturalmente, sin texto positivo no es posible pronunciarse, si bien cabe señalar que la característica fundamental de una cláusula de este tipo radica - precisamente en la ausencia de contenido específico- respecto del fundamento general. Eser parece dar a entender que la pretendida "función evolutiva" es un rasgo peculiar del §193, opinión ciertamente discutible: el principio del interés preponderante no impi-

de en modo alguno, aunque ciertamente tampoco lo favorece, la justificación de una conducta tendente a alterar el "status quo".

De cualquier manera, hoy no es posible afirmar que el Derecho penal alemán contenga una cláusula general de justificación; sino, por el contrario, que la ausencia de una disposición de esta índole obliga a la admisión de causas justificantes extralegales, -- que deben ser iluminadas por el principio del interés preponderante.

2.- Sistema de la limitación legislativa

Muy diferente resulta la regulación jurídica de -- aquellos Ordenamientos donde existe una cláusula general de justificación; si bien, como se alcanzará a comprender, tal diferencia es más formal que real, -- toda vez que las causas de justificación extralegales podrán también con esta modalidad de regulación,

ejercer su función sistemática; lo único que ocurre es que ya no serán supraleales, por tener cabida en la remisión que a ellas se efectúa la cláusula general.

De esta forma, el Ordenamiento jurídico-penal permanece escrupulosamente fiel al principio de legalidad pues, en definitiva, se produce un reconocimiento legal, nacido por tanto en el seno del poder legislativo, de todas las posibles causas de justificación. - Puede afirmarse por consiguiente, que también en materia de autorización se cumple con la reserva de ley, si bien ésta es tan sólo la relativa, por las razones arriba expuestas. También allí quedó señalado -- que la formulación genérica de la justificación habrá de hacerse con referencia al ejercicio de un derecho subjetivo (47), si bien la relación jurídica - puede verse desde el lado del cumplimiento de un deber jurídico, lo que indica, en suma, que alguien -- tiene un derecho subjetivo a que dicha acción se lleve a cabo (48).

No siempre ha coincidido la doctrina en atribuir a la eximente del "ejercicio legítimo de un derecho" la función que aquí le estamos otorgando. Ten es así -- que son muy numerosos los autores que, al referirse a ella, lo han hecho calificándola de obvia (49), su pérflua (50) o norma ad abundantiam (51).

También nuestros comentaristas clásicos se interrogaron acerca de su necesidad. Así, Pacheco alude a -- ello (52) y Groizard señala que la mayor parte de -- las legislaciones antiguas y modernas no han creído -- necesario consignarla expresamente (53), mientras -- Castillo García y Soriano la reputa innecesaria: "Na -- da puede haber que justifique tanto como el cumpli -- miento del deber, el ejercicio del derecho, oficio o cargo" (54).

En nuestros días, se ha referido mucho más tenuamente a esta cuestión, en México, González de la Vega, -- para quien "la mención del ejercicio de un derecho -- como eximente no es estrictamente necesaria, puesto -- que no hay delito sin antijuridicidad" (55). Que la

mención no es estrictamente necesaria ya ha quedado claro: tanto que, en efecto, como acabamos de ver -- que señaló ya Groizard son muchas las legislaciones que la omiten. Lo que ya no aparece con tan meridiana claridad es la inconveniencia de tal mención. Así, -- entre nosotros ha sido defendida la posición contraria por Del Rosal quien recuerda que "si se medita -- detenidamente, se caerá en la cuenta que dada la vigencia del principio de legalidad y la gravedad que reviste el ejercicio de los derechos, resulta comprensible su concreción legal, porque constituye, -- además, un reconocimiento expreso e insoslayable de que el acto jurídico requiere la ausencia de una causa justificativa para ponderarlo como culpable" (56).

En definitiva, aparece clara la innecesariedad de -- la mención expresa del ejercicio de un derecho como causa de justificación. No existe unanimidad, sin embargo acerca de la inconveniencia de la misma; más -- matizadamente, algunos autores creen conveniente la mención mientras que nadie manifiesta que ésta resulte negativa.

Analícemos ahora, siquiera sea someramente, la cláusula general de justificación expresamente mencionada en el Código penal italiano.

a) El Código penal italiano.-- El Ordenamiento punitivo italiano contiene, como ya quedó apuntado, una cláusula general de justificación en el artículo 51 del Código penal. Mediante este precepto se abre a la totalidad del Ordenamiento el carácter de fuente de la justificación; contiene, portanto, un reenvío a todo el Derecho; estamos ante una norma general de autorización, que a Cavallo no sólo no le parece inútil, sino "una de las más felices del Código vigente" (57), y que ha permitido señalar a Bettioli como "hay que hacer notar que tal autorización puede derivar no sólo de una norma contenida en el Código penal, sino de toda norma jurídica que suponga el surgimiento de una libertad de acción, sea esa norma de Derecho público o de Derecho privado" (58).

Hay que reseñar, no obstante, que la citada cláusula contiene alguna peculiaridad. Dice textualmente el artículo 51 del Código penal italiano:

"L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine = legittimo della pubblica Autorità, esclude la punibilità.- Se un fatto costituente reato è commesso per ordine del l'Autorità, del reato risponde sempre il = pubblico ufficiale che ha dato l'ordine.- Risponde = del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo = che, per errore di fatto abbia ritenuto di obbedire = a un ordine legittimo.- Non è punibile chi aseque = l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consen = te alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine":

Así pues, recoge la disposición tanto aquellos casos en que se actúa en legítimo derecho, cuanto los que se cumple un deber, ya sea éste por obediencia a la ley -que habrá de ser entendido, en sentido amplio, = como todo el Ordenamiento jurídico- ya sea por obediencia a la autoridad -cuyo mandante también habrá = de ser legítimo.

Destaca poderosamente la expresa mención a que tanto el derecho como el deber han de ser jurídicos, estos, han de proceder de cualquier norma del Ordenamiento jurídico, sea ésa, como señala Leone, de la naturaleza que sea (penal, civil, etc.) o incluso de la costumbre (60).

Más concretamente enumera Cavallo las diferentes fuentes del ejercicio de un derecho, aludiendo a la norma jurídica -penal o extrapenal-, la disposición-judicial, el acto administrativo, la costumbre, la analogía, etc. (61).

Todo ello permite, sin duda, reafirmarnos en la consideración de que el ejercicio de un derecho-y el cumplimiento de un deber, que, en cierto modo, no es sino el reverso de la misma medalla- que se hallan recogidos en el artículo 51 del Código penal italiano hacen de éste una cláusula general de justificación. En el mismo sentido se ha expresado Malinverni para quien "la categoría de las causas de justificación es, sin embargo, (tras enumerar las legales) --

'abierta', en cuanto que el 'ejercicio del derecho' -- comprende todas las situaciones legítimamente previstas por el Ordenamiento jurídico" (62).

En definitiva, el ejercicio del derecho merece la -- consideración de justificante genérica en el Ordenamiento punitivo italiano. Las otras causas de justificación en él contenidas son categorías específicas: "así, la acción ofensiva de quien legítimamente defiende un derecho propio o ajeno --la ofensa que realiza el sujeto en estado de necesidad--, el consentimiento, etc., son ejercicios del derecho. En estos -- casos, sin embargo, la eximente específica opera en lugar de la genérica (artículo 15 del Código penal)" (63), o dicho en la terminología de Ranieri se ha -- producido un reenvío de la norma penal a la no penal (64).

Dado el estrecho paralelismo que guarda el artículo 51 del Código penal italiano con la circunstancia undécima del artículo 8º del Código penal español, será en el Capítulo siguiente donde analizaremos con --

algún mayor detenimiento ambas disposiciones.

b) El Código penal español. Remisión.- La circunstancia undécima del artículo 8º del Código penal español desempeña, en efecto, el papel de cláusula general de justificación. Ya hemos visto como señalaba Del Rosal la conveniencia de dicha cláusula - (65). Por su parte, también Antón Oneca se refirió a tal papel: "En virtud del número 11 del artículo 8º", señala, "el hecho queda justificado cuando el sujeto obra en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho, lo cual obliga a considerar todo el Derecho público y privado para saber si un hecho es o no antijurídico" (66).

Más modernamente ha otorgado, entre nosotros, a la citada causa de justificación el carácter de cláusula general Córdoba Roda para quien "también en Derecho español corresponde a la totalidad del Ordenamiento jurídico, y no tan sólo al Derecho penal, decidir si una acción típica se encuentra justificada; las causas de justificación pertenecen a la totalidad del -

Derecho. Dos notas distinguen sin embargo nuestro Ordenamiento jurídico: en primer lugar, la sanción de responsabilidad criminal de la conducta autorizada por un cuerpo legal distinto del Código penal (....) resulta del número 11 del artículo 8º del Código penal (ejercicio del derecho); lo único que, a la luz de las consideraciones del texto cabría preguntarse es si resulta necesario o supérfluo el número 11 del artículo 8º del Código penal, en lo que afecta al -- ejercicio de un derecho. En segundo lugar, conforme al criterio de legalidad sentado en el artículo 2 y reiterado por el término "legítimo", en el artículo 8º número 11º del Código penal, la causa de justificación (el ejercicio del derecho) debe estar contenido en la ley" (67).

A la primera de las cuestiones planteadas por Córdoba --la necesidad o superfluidad de la cláusula-- ya se ha respondido: precisamente por respeto --si se quiere, exquisitamente escrupuloso-- con el principio de legalidad, se atribuye una función a la regulación expresa del ejercicio de un derecho como causa de --

justificación. De esa función sistemática que cabe atribuir al precepto puede desprenderse también la respuesta a la segunda de las cuestiones planteadas por Córdoba, y no precisamente en el sentido apuntado por el catedrático de la Universidad de Barcelona de hacer equivalentes los términos "legítimo" y "legal" (68). Si como afirma Córdoba los deberes y derechos necesitan estar consignados en la ley, o bien resultará falsa la afirmación de que "también en Derecho español corresponde a la totalidad del Ordenamiento jurídico decidir si una acción típica se encuentra justificada", pues no estará incluyéndose todo el sector del Ordenamiento jurídico distinto de la ley como fuente de la justificación, o no será cierto que la remisión a la totalidad del Ordenamiento esté contenida por el artículo 8º número 11 del Código penal, con lo que los encomiables deseos de supervivencia del principio de legalidad en materia de justificación se verán absolutamente frustrados.

Dado el obvio interés que, para nosotros, despierta la función sistemática del precepto en estudio, y --

aún sin desconocer la unidad temática con lo hasta - aquí expuesto, dedicaremos el siguiente capítulo al análisis concreto de dicha función, por lo que el te ma ahora apuntado será objeto de un más amplio desarrollo en las páginas siguientes.

NOTAS

- (1) Merkel, A., Derecho penal, trad. Dorado Montero, P., tomo I, Madrid s.f., págs. 223 y 224.
- (2) Delitala, G., Adempimento di un dovere, en Diritto penale (racolta degli scritti), Milano, 1976, pág. 467.
- (3) Haurech, R., Tratado de Derecho penal, traducido por Córdoba Roda, J., Barcelona, 1962, tomo I, - pág. 365.
- (4) Feuerbach, A., Lehrbuch des gemeinen Deutschland gültigen peinlichen Rechts, Erfurt, 1799 - - pág. 377.
- (5) Vid. Rodríguez Mourullo, G., Legalidad (principio de), en Nueva Enciclopedia Jurídica (N.E.J.), Seix, tomo XIV, Barcelona, 1971, págs. 862 y ss.; Jiménez de Asúa, L., Tratado de Derecho penal, - tomo II, 4ª ed., Buenos Aires, 1964, págs. 377 y ss. y amplísima bibliografía allí citada.
- (6) Vid. López de Oñate, F., La certeza del Derecho, Buenos Aires, 1956, págs. 76 y 77.
- (7) Rodríguez Mourullo, G., Legalidad..., cit., pág. 888.

- (8) Vid. Mantovani, F., Diritto penale. Parte generale, Padova, 1979, págs. 40 y ss.
- (9) Cobo del Rosal, M.; Vives Antón, T.S., Derecho penal. Parte general, tomo I, Valencia, 1980, - págs. 64 y 65. Cfr. Mantovani, F., Diritto..., - cit., pág. 38.
- (10) Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T.S., Derecho penal..., cit., pág. 65.
- (11) Ibidem, págs. 66 y 67. Cfr. Bellíng, E., Il --- significato del principio nulla poena sine lege poenalli nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale, en Giustizia penale, vol. XXXVII, Roma, 1931, pág. 319.
- (12) En tal sentido, ha afirmado Bockelmann que "el principio de legalidad sólo rige para el establecimiento de penas (cuando se preven penas)" - y, podría añadirse, para el de sus presupuestos, Bockelmann, P., Strafrecht. Allgemeiner Teil, -- München, 1973, pág. 90.
- (13) Vid. infra cap. IV
- (14) Bettiol intentó, en efecto, compatibilizar el - referido principio con el régimen político fascista. "Se olvida que este principio", afirmó - el ilustre penalista italiano, "encuentra su --

verdadera justificación racional precisamente en el ámbito del Estado autoritario, de cuya legislación se quiere desterrar" (...). La aplicación analógica de las normas penales, para Bettiol, que cita a Delitala, "lejos de corresponder a los principios de un Estado autoritario, se encuentra en contraste con ellas. No refuerza el poder ejecutivo, sino el judicial. Y no es posible ocultar que el principio de autoridad puede ser sacudido también por un excesivo poder de los órganos judiciales". Bettiol, G., - La regola "in dubio pro reo" nel Diritto e nel processo penale, en Scritti Giuridici, tomo I, - Padova, 1966, págs. 307 y 308, cit. por Rodríguez Mourullo, G., Legalidad..., cit., pág. 885.

- (15) Como ya hemos puesto de manifiesto vid. supra - cap. II , págs. 147 y ss.
- (16) Bettiol, G., Diritto penale. Parte generale, -- 10ª ed., Padova, 1978, pág. 303 Cfr. Mantovani, F., Diritto penale..., cit., pág. 81. En el mismo sentido Roxin, C., Die "sozialistischen Einschränkungen" des Notwehrrechts, en ZStW 93 - - (1981), pág. 79.
- (17) Samson, E., en Rudolphi, H.J., Horn, E., Samson, E., und Schreiber, H.L., Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. 2. Auflage - Frankfurt am Main, 1977, pág. 262.

- (18) Dohna, A.G. zu, La estructura de la teoría del delito, trad. de la 4ª ed. alemana por Fontán - Balestra, C., con la colaboración de Friker, E., Buenos Aires, 1958, págs. 44 y 45.
- (19) Dohna, A.G. zu, La estructura..., cit., pág. 45.
- (20) Vid. supra cap. I, págs. 42 y ss.
- (21) Dohna, A.G. zu, La estructura..., cit., pág. 46 subrayado en el original.
- (22) Dohna, A.G. zu, La estructura..., cit., pág. 47 igualmente subrayado en el original.
- (23) Vid. de la citada obra las págs. 56 a 59.
- (24) Eser, A., Wahrnehmung berechtigter Interessen -- als allgemeiner Rechtfertigungsgrund. Bad Hom--bung v.d. H., Berlin, Zürich, 1969, pág. 42.
- (25) Vid. sobre este tema: Ulrich, K., Die Wahrneh--mung berechtigter Interessen bei der Beleidigung in §193 des Strafgesetzbuchs insbesondere in - der Judikatur des Reichsgerichts (Dissertation) Göttingen, 1908; Weber, O., Wahrnehmung berech--tigter Interessen gemäss §193 RStGB, Cassel, - - 1917; Schulze, K., Wahrnehmung berechtigter Inte--ressen (§193 StGB) Berna-Leipzig, 1928; Klee, -

K., Das Recht auf Wahrheit als Grundprinzip des §193 StGB, in Beiträge zur Strafrechtswissenschaft (Hrsg. von August Megler) (Festschrift für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 15.-August 1930) -- Bd. 2 Tübingen, 1930, págs. 365 y ss.; Eberle, W., Beiträge zur Lehre der Wahrnehmung berechtigter Interessen, Kiel, 1933; Steckmann, F.W., -- §193 StGB, ein Fall des entschuldigenden Notstands oder der Rechtfertigung? Bonn-Leipzig, 1937; - Dahlheimer, K., Die Rechtsnatur der Wahrnehmung berechtigter Interessen (§193 StGB) (Dissertation), Mainz, 1955; Lohse, H., Die Wahrnehmungsberechtigter Interessen (§193 StGB) bei der Pressebeleidigung auf der Grundlage der Zwecktheorie Inaugural-Dissertation (zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwig - Universität zu Freiburg i. Br.), 1958; Hardt, U., - Grenzen zulässiger Interessenwahrnehmung unter dem Gesichtspunkt des erlaubten Risikos (Eine dogmatische Untersuchung zu §193 StGB), München, 1967.

- (26) El §193 StGB afirma textualmente: "Los juicios-críticos sobre producciones científicas, artísticas o profesionales, las expresiones proferidas en el desempeño o defensa de derechos o salvaguardia de intereses legítimos, así como los-reproches y censuras del superior frente a sus-subordinados, las declaraciones oficiales o juicios ante funcionarios en casos análogos, tan -sólo serán punibles en tanto que la existencia-de una lesión (s.c. del honor de las personas)-provenga de la forma o de la expresión o de las circunstancias en que se dieran.
- (27) En este sentido vid., por ejemplo, Lackner, K., Strafgesetzbuch mit Erläuterungen 12. Auflage, -München, 1978, pág. 696. Cfr. Eser, A., Wahrnehmung..., cit., págs. 9 y 10 y bibliografía allí citada (en nota 4).
- (28) Eser, A., Wahrnehmung..., cit., pág. 9.
- (29) En el fondo, la fórmula no sería muy distinta - para el ejercicio legítimo del derecho, acogida por otros Ordenamientos.
- (30)

- (31) Eser, A., Wahrnehmung..., cit., pág. 16.
- (32) En este sentido vid. supra cap. I
- (33) Eser, A., Wahrnehmung..., cit., pág. 17.
- (34) Eser, A., Wahrnehmung..., cit., págs. 20 a 22.
- (35) Cfr. Eser, A., Wahrnehmung..., cit., pág. 28.
- (36) Ebermayer, L., en Leipziger Kommentar, 2. Aufl. Bd. 2. En ediciones posteriores de esta obra, = se mantienen posturas distintas. En la 9ª, Herdeger hace descansar el §193 StGB en el principio del interés preponderante. Concretamente se refiere al "conflicto de intereses".
- (37) Eser, A., Wahrnehmung..., cit., pág. 30.
- (38) Vid. Sauer, W., Die Ehre und ihre Verletzung, = Berlin, 1915, págs. 187 y ss.
En el mismo sentido Noll, P., Übergesetzliche = Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht, en = ZStW 68 (1956), págs. 181 y ss.
- (39) Eser, A., Wahrnehmung..., cit., págs. 32 y 33, = citando los trabajos de la Gran Comisión Alemana del Código penal. Niederschriften IX, págs. ==

65 y ss. y XII, pág. 452, donde se recogen las posiciones análogas de Lenckner, Lange, Eb. - - Schmidt, Bockelmann. Vid. la nota 63 de la obra citada.

- (40) Vid. supra cap. I
- (41) Citados por Eser, A., *Wahrnehmung...*, cit., - - págs. 37 y 38.
- (42) Eser, A., *Wahrnehmung...*, cit., pág. 38.
- (43) Eser, A., *Wahrnehmung...*, cit., pág. 39. Sobre el tema cfr. Klee, K., *Das Recht...*, cit.
- (44) Eser, A., *Wahrnehmung...*, cit., pág. 42.
- (45) Eser, A., *Wahrnehmung...*, cit., págs. 45 y ss.
- (46) Eser, A., *Wahrnehmung...*, cit., pág. 68.
- (47) Vid. supra págs. 265 y ss.
- (48) Es el caso de la fórmula legislativa española-- "el que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo". Más adelante se estudiará con detenimiento la función sistemática de la circunstancia undécima del artículo 8º del Código penal español. Vid. infra cap. IV

- (49) "Se trata de una fórmula pleonástica, innecesaria por obvia. Resultaría evidente, aún cuando no lo dijera la ley". Cfr. Granata, L., Compendio di Diritto penale italiano. Parte generale, Roma, 1953, pág. 70.
- (50) Así Impallomeni, G.B., *Instituzioni di Diritto penale* (primera ristampa dell'edizione postuma, - curata di Lanza, V.), Torino, 1911, pág. 302. - En el mismo sentido Maggiori, G., *Diritto penale*, vol. I, Parte generale, tomo I, 5ª ed., Bologna, 1961, pág. 297.
- (51) Alimena, B., *Principio de Derecho penal*, traducido y anotado por Cuello Calón, E., tomo I, -- vol. II, Madrid, 1916, pág. 114.
- (52) Pacheco, J.F., *El Código penal comentado y concordado*, tomo I, Madrid, 1870, pág. 175.
- (53) Groizard y Gómez de la Serna, A., *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, tomo I, 2ª ed., Madrid, 1902, pág. 328.
- (54) Castillo García y Soriano, R., *La reforma del - Código penal español*, Avila, 1896, pág. 132.
- (55) González de la Vega, F., *El Código penal comentado*, México, 1974, pág. 78.

- (56) Del Rosal, J., Derecho penal español (lecciones) 3ª ed., Valladolid, 1960, tomo I, pág. 333.
- (57) Cavallo, V., L'esercizio del diritto nella teoria generale del reato, Napoli, 1939, pág. 318.
- (58) Bettiol, G., Diritto..., cit., pág. 301.
- (59) Más adelante me referiré, si bien tan sólo de manera tangencial, a las estrechas relaciones que mantienen el cumplimiento del deber y la obediencia debida, especialmente en el Ordenamiento español. Vid. infra págs. 344 y sgs. ---
- (60) Leone, G., Elementi di diritto e procedura penale, Napoli, 1960, pág. 89.
- (61) Cavallo, V., Diritto penale. Parte generale, -- vol. II, Napoli, 1955, pág. 617.
- (62) Malinverni, A., Esercizi di Diritto penale, Torino, 1972, págs. 60 y 61.
- (63) Malinverni, A., Esercizi..., cit., pág. 91.
- (64) Cfr. Ranieri, S., Manuale di Diritto penale, -- vol. I, Parte generale, 3ª ed., Milano, 1956, -- pág. 141.

- (65) Vid. supra pág. 268 , nota 56.
- (66) Antón Oneca, J., Derecho penal. Parte general..., cit., pág. 177.
- (67) Córdoba Roda, J., Notas a Maurach, R., Derecho penal..., cit., tomo I, pág. 365.
- (68) En el mismo sentido Cuello Calón, E., Exposición del Código penal reformado, Barcelona, - - 1933, págs. 104 y 105; del mismo, El nuevo Código penal español (exposición y comentarios), libro I, Barcelona, 1929, pág. 110; y González de la Vega, F., El Código penal..., cit., pág. 78, entre otros muchos.

CAPITULO CUARTO : LA FORMULA LEGISLATIVA ESPAÑOLA

La eximente undécima del art. 8º del Código penal - español justifica la conducta de quien realiza una acción típica en "cumplimiento de un deber, o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo". Tres parecen, a primera vista, las manifestaciones de esta cláusula: el cumplimiento del deber, el ejercicio legítimo de un derecho y el ejercicio legítimo de un oficio o cargo (1); si bien, no puede caber duda de que todas ellas pueden ser unificadas, si entendemos el término "derecho" en un sentido lato (2); en fin de cuentas, todos estos conceptos son entendidos como parte de la relación jurídica (3): - existe un deber en la medida en que alguien tiene -

un derecho subjetivo, y el oficio y el cargo están compuestos de los denominados "derechos-deberes". -- No obstante, tampoco parece totalmente inútil la fórmula legal si otorgamos un sentido más técnico a los términos que en ella aparecen. Como quiera que, entendiéndose como se entienda, es el ejercicio del derecho el concepto nuclear de la eximente, de acuerdo con la categoría otorgada por von Tuhr al derecho subjetivo, como "concepto central del Derecho Privado" (4), y aún del Derecho todo, conviene que sea éste el primero que analicemos.

I.- EL EJERCICIO LEGITIMO DE UN DERECHO

Define Ennecerus el derecho subjetivo como un "poder jurídico, otorgado al individuo por el Ordenamiento jurídico, como medio para la satisfacción de sus intereses" (5); concepción que es criticada por Larenz, pues no alcanza los derechos de la personalidad, ni los créditos, difícilmente compatibles -- con la idea de poder de la voluntad (6). Tampoco la concepción de Jehring considerando el derecho subjetivo como "interés jurídicamente protegido" parece válida, pues "pueden también protegerse jurídicamente intereses de forma distinta a la concesión de un derecho subjetivo" (7). Entre nosotros, De Castro - define el derecho subjetivo como "la situación de poder concreto concedida a la persona como miembro activo de la comunidad jurídica y a cuyo arbitrio - se confía su ejercicio y defensa" (8).

Ciertamente no resulta sencillo proporcionar una definición válida acerca del concepto de derecho subjetivo, lo que ha sido utilizado como argumento por

los adversarios de su reconocimiento (9). Y, sin embargo, han sido numerosos los intentos de lograr -- una definición adecuada (10).

Dabin define el derecho subjetivo como "la prerrogativa, concedida a una persona por el derecho objetivo y garantizada con vías de derecho, de disponer -- como dueño de un bien que se reconoce que le pertenece, bien como suyo, bien como debido", para añadir que "naturalmente, esta pertenencia y ese dominio sólo existen en los límites más o menos estrictos, de extensión o incluso de finalidad, que les -- asigna el derecho objetivo. Pero dentro de esos límites el titular del derecho subjetivo tiene el pleno dominio de su bien" (11).

Varios son los aspectos que cabe deducir de esta definición y que concurren en el concepto objeto de la misma. En primer lugar, ha de ser destacado el aspecto de "pertenencia". "Todo derecho subjetivo supone un bien o valor ligado al sujeto-persona por un lazo de pertenencia, consagrado por otra parte por-

el derecho objetivo, de suerte que esa persona puede decir que ese bien o valor es suyo" (12), lo que -- significa que el derecho subjetivo se presenta como una relación de pertenencia entre el sujeto de una cosa; cosa que, no necesariamente, ha de ser material, sino que también puede tratarse de cosas inmateriales, derechos, etc.

El segundo aspecto es el de dominio; "puesto que la cosa pertenece al sujeto, éste tiene poder sobre -- ella, es su dueño" (13). El uso de ese dominio no -- debe confundirse con el ejercicio del derecho subjetivo, sino que más correctamente se trata de un "po-
der de libre disposición de la cosa, objeto del derecho" (14).

En tercer lugar, debe ser destacada la condición de "alteridad" (15). El derecho subjetivo se tiene -- frente a terceros: sólo tiene sentido por referencia a otro, que puede ser una persona determinada o toda la comunidad. Sobre este carácter hemos de volver inmediatamente (16). "La oponibilidad a otro de

la pertenencia-dominio se hace explícita" para Dabin, "en los conceptos emparejados de inviolabilidad y - de exigibilidad. En primer término, la inviolabilidad: no hay derecho subjetivo sin la obligación correspondiente del respeto a ese mismo derecho (...). Por su parte, el titular del derecho siempre tiene la facultad, que usará o no, en virtud de su mismo derecho de disposición, de exigir el respeto, la no violación de su derecho: éste es el concepto de exigibilidad" (17). En otras palabras, el titular del derecho ha de ser respetado en el mismo por todos o, al menos, por aquél frente a quien lo ejerce, y puede exigir ese respeto.

Estas inviolabilidad y exigibilidad carecían de sentido si el Derecho no pusiera su carácter coactivo a disposición del titular del derecho subjetivo, garantizándole su ejercicio acudiendo, si fuera menester a los Tribunales, cuya protección jurídica puede recabar, mediante la utilización del derecho de acción. "Jurídicamente, ya que no moralmente, socialmente, ya que no lógicamente, no se puede decir que

se tiene derecho sino se puede recurrir al Estado pa-
ra hacerlo triunfar, tanto más cuanto que en régi-
men de Estado la prohibición de la coacción privada
hace de hecho inoperante incluso la exigibilidad in-
herente al derecho; es urgente, por tanto, que a --
falta de la coacción privada, intervenga la coac- -
ción pública" (18).

Pertenencia, dominio, alteridad y protección jurídi-
ca son, pues, los aspectos esenciales que deriva Da-
bin de su propia definición de derecho subjetivo; de
definición que suscribo, al menos como instrumento de-
gran utilidad para mejor comprender el alcance de -
la eximente undécima del art. 8º del Código penal -
español.

En definitiva, el concepto de derecho subjetivo va-
unido a la idea de "valor", de "bien"; "el derecho -
subjetivo es una categoría fundamental del Derecho,
la cual expresa que algo, un "bien" determinado co-
rresponde o pertenece en justicia a una persona". -
"Lo que corresponde o pertenece al titular forma el
contenido del derecho" (19).

1.- Distinción del derecho subjetivo de otras categorías jurídicas

Pero esa relación de pertenencia entre sujeto y cosa no agota la categoría jurídica en cuestión. Sino que resulta necesaria una referencia a la relación entre el sujeto como titular del derecho y los demás, en quienes concurre un correlativo deber de abstención sobre esa cosa (20). Y en eso consiste precisamente la relación jurídica, entendida como un "nexo jurídico" entre personas que puede abarcar al titular y a otra (s) persona(s) determinada(s) o aquel y a todos los demás sujetos (21). "La mayoría de las relaciones jurídicas no están formadas por un solo vínculo, sino por un complejo de vínculos jurídicos coordinados entre sí; representan un todo, una "estructura" cuyos elementos particulares son derechos subjetivos, facultades, deberes y vinculaciones de diversas clases" (22).

No es posible, como fácilmente se comprenderá, profundizar aquí y ahora en todos estos conceptos, pro

plos de la Teoría General del Derecho, pero sí intentar delimitarlos para una mejor comprensión del alcance de la circunstancia undécima del art. 8º del Código penal español y la función sistemática que aquí se le ha otorgado.

Hemos visto como se establece la relación jurídica entre dos o más personas. Las consecuencias jurídicas que se derivan de dicha relación para uno de los participantes de la misma constituyen su posición jurídica. Dichas consecuencias pueden ser derechos subjetivos, expectativas de adquisición, deberes u otras vinculaciones, deberes de cumplimiento, competencias, etc. (23).

Sin duda son los derechos subjetivos los más importantes elementos de la relación jurídica.

Un derecho subjetivo puede, a su vez, comprender diversas facultades. En la medida en que dichas facultades pertenecen al derecho subjetivo, el ejercicio de éstas es una parte del ejercicio de aquél, -

de tal manera que el ejercicio de un derecho consigte precisamente en hacer uso de una o varias de sus facultades (24). La facultad es, pues, el contenido del derecho subjetivo. Puede también hablar de "los poderes" que pertenecen al sujeto titular de la situación favorable, sobre la base de cuanto disponga la norma concreta constitutiva del derecho (25).

Las expectativas de adquisición consisten en la posiibilidad que tiene uno de los participantes en la relación de adquirir en el futuro un derecho "sin que esta posibilidad necesite ya haberse concretado en un derecho de adquisición independiente o en un derecho expectante" (26). Estas expectativas pueden pertenecer al titular del derecho subjetivo o a otro sujeto y obviamente, su ejercicio no puede llelvarse a cabo mientras no resulte efectiva su potencialidad.

Puede hablarse de "derecho expectante" cuando una expectativa de adquisición es protegida "contra perjuicios por el Ordenamiento jurídico y tiene tal im

portancia económica que surge la necesidad de disponer de ella como si de un derecho subjetivo se tratase"(27). En la medida en que es concebido como un tipo de derecho, no habrá duda de que su ejercicio vendrá amparado por la eximente en estudio.

Es menester referirse a los dos sentidos en que comúnmente se utiliza la expresión "derecho subjetivo"; bien en sentido estricto, bien en sentido amplio como interés objetivamente protegido o jurídicamente tutelado, tal como era definido por Jehring y, como vimos, rechazado por Larenz (28); y establecer si la eximente abarca ambas o tan solo una de las dos categorías. Pero, a su vez, también el término "interés" es ambiguo, pues existen intereses simples, sin protección jurídica de tipo alguno; si se produce un conflicto entre uno de esos intereses, así entendidos, y la norma penal prohibitiva, es claro -- que prevalece ésta, pues si el interés carece de -- protección jurídica, e incluso de reconocimiento -- del Ordenamiento, no podrá hacerse prevalecer frente a una prohibición jurídica. Precisamente es en esa-

indiferencia jurídica donde radica la distinción entre el simple interés y el derecho subjetivo que, - ni aún entendido en el más amplio de los sentidos, - puede abarcar aquello que no está particularmente - tutelado por el Derecho positivo (29).

La doctrina tradicional, a decir de Caraccioli (30) utiliza la expresión derecho subjetivo para referirse al interés reconocido por el Ordenamiento jurídico como propio exclusivamente de su titular y protegido de forma directa o inmediata mientras que "interés legítimo" viene a significar un interés individual estrechamente conexo con un interés público; el Ordenamiento protege este último de modo directo y aquél tan sólo en la medida en que participe de dicha protección; se trata de un interés "indirecto y ocasionalmente tutelado".

Existe sin embargo, otra posición, mantenida fundamentalmente en el campo del Derecho público, y más concretamente por los administrativistas, especialmente los italianos, para la que el interés legíti-

mo no preexiste a la violación de la norma, sino que adquiere relieve precisamente con la trasgresión; - antes de ésta existirá un mero interés fáctico a la general protección o acción de la Administración pública; interés que adquirirá relevancia jurídica -- precisamente tras su eventual lesión (31). El interés legítimo, en otros términos, no es más que una mera proyección procesal de un interés fáctico (32).

Entre nosotros, añade Garrido Falla, recogiendo la postura señalada que "puede haber administrados para los que de la observancia o no de las normas de acción por parte de la Administración pública resulte ventaja o desventaja de modo particular respecto de los demás", lo que puede suceder, bien porque la posición fáctica en que se encuentre el ciudadano - le haga más sensible frente a un determinado acto - administrativo -por ejemplo, los comerciantes que poseen establecimientos abiertos al público en una calle ante la decisión administrativa de cerrarla - al tráfico-, bien porque sea el destinatario del acto administrativo que se discute -piénsese en los -

oposidores ante el acto de resolución de la misma- (33). (Y aún podría ponerse un ejemplo más indivi-- dualizado, partiendo del anterior: los opositores - propuestos por un Tribunal para ser nombrados fun-- cionarios, ante una posible revisión del acto admi-- nistrativo por el que se les nombraba). Pues bien, - ese especial interés cualificado es el que responde a la noción de interés legítimo "cabalmente por las razones señaladas postula para sí la protección del Ordenamiento jurídico" (34). La presencia de dicho- interés legítimo se corresponde siempre, para Ca--- rrada y Bartolli con la preexistencia de un derecho subjetivo, presupuesto de aquél (35).

Ciertamente, el interés legítimo, por sí sólo, no - constituye un derecho subjetivo, pero está estrecha- mente relacionado con él; en otros términos, de la- situación de interés legítimo se desprende una se-- rie de facultades, cuyo uso constituye el ejercicio de un derecho subjetivo (36). En caso de existencia del derecho, no hay duda de que su ejercicio estará amparado por la causa de justificación, en caso de-

suponer la verificación de una conducta típica.

Si el interés aparece realmente protegido por el Ordenamiento, es porque se confiere a su titular unas posibilidades de acción (37), y si realmente su interés entra en conflicto, de tal manera que sólo mediante una actuación aparentemente delictiva o, en otras palabras, penalmente típica, pudiera salvarlo -situación posible, aunque no frecuente, pues casi-siempre cabrá la posibilidad de acudir a los órga--nos judiciales pertinentes- nos encontraremos ante un caso claro de conflicto de intereses, cuya ponderación tendrá que resolver si estamos o no ante una conducta justificada. Piénsese que si otorgamos al ejercicio legítimo de un derecho la función de cláusula general de justificación, en ella deberán comprenderse todos aquellos casos que deban resultar -justificados en atención al principio del interés -preponderante que, como ha quedado reiteradamente -expuesto (38), constituye el fundamento material de la justificación penal.

Podemos pues, afirmar provisionalmente, que la presencia de un derecho subjetivo, cuyo ejercicio es - legítimo -con arreglo a Derecho- justifica siempre, con las salvedades que después veremos; si tan sólo existe un interés legítimo habrá que ponderar si éste es o no prevalente sobre el interés del sujeto - pasivo en que no se lleve a cabo la acción; ponderación que habrá de desprenderse del grado de protección que el Ordenamiento otorgue a los respectivos-intereses en conflicto.

En este sentido, afirma Pagliari que por ejercicio-legítimo de un derecho debe entenderse no sólo el - del derecho subjetivo, sino "cualquier otra situación jurídica favorable" (40), mientras que para --- Ranieri hay ejercicio de un derecho, "cuando alguien puede comportarse como se comporta; porque el Ordenamiento jurídico le reconoce la facultad, o por razón de su oficio, o por autorización legítimamente-concebida, por la autoridad competente, o por su situación subjetiva o por el fin justo que persigue"- (41). Por su parte, alude Mantovani a que en la exi

mente tiene cabida toda situación derivada de un -- poder jurídico de hecho, cualquiera que sea la deno-- minación legislativa o dogmática de tal poder (dere-- cho subjetivo, potestad, facultad jurídica, aunque-- no la facultad simple) (42).

Para Caraccioli, lo importante es que sea posible -- el ejercicio; el problema radicaré entonces en de-- terminar si, tanto el derecho subjetivo, en sentido estricto, como en sentido amplio, es decir, el inte-- rés objetivamente protegido o legítimo, son ejerci-- tables (43). La diferencia fundamental entre dere-- cho subjetivo e interés legítimo es que la protec-- ción brindada por el Ordenamiento jurídico es obje-- tiva mientras que la de aquél es subjetiva; en -- otros términos, la tutela del Ordenamiento al inte-- rés no depende de la voluntad de su titular. Eso no significa en absoluto que la intensidad de la misma sea menor, sino que, por el contrario, existen inte-- reses con una protección jurídica muy intensa -- así, el interés (genéricamente expresado como derecho) a la vida, la integridad física, etc.- (44). En el ca

so del interés legítimo, el citado autor prefiere hablar de "derecho subjetivo en sentido lato" (45).

La diferencia, pues, no radica en la posibilidad o no del ejercicio, sino en la diferente clase de tutela otorgada por el Ordenamiento jurídico. Y es -- perfectamente posible --será incluso, lo normal-- que un mismo bien reciba ambos tipos de protección, según se trate de una esfera u otra del Ordenamiento: así, la propiedad se protege de forma objetiva en Derecho penal --constituye entonces un interés legítimo-- y de forma subjetiva en Derecho civil --el titular puede, si quiere, establecer las acciones tendentes a mantener dicha titularidad; es entonces un derecho subjetivo--. Pero nada de esto afecta en absoluto, al ejercicio legítimo del derecho de propiedad, de tal manera que quien, en uso de sus atribuciones como propietario, realiza una acción típica, estará amparado por el art. 8º número 11 del Código penal, con independencia de cual sea el tipo de protección que una u otra esfera del Ordenamiento le dispense.

Podemos, entonces, concluir, que en orden al ejercicio legítimo de un derecho, como causa eximente de la responsabilidad criminal, caben tanto el ejercicio del derecho subjetivo, en sentido estricto, como en sentido amplio, esto es, del interés legítimo (46).

Que, como más arriba se ha dicho y después se verá con mayor detenimiento, el ejercicio no es ilimitado, sino que ha de ponderarse con el quebranto del interés o intereses opuestos que suponen la realización de una conducta típica, como lógico corolario del fundamento de la justificación, es algo que, definitivamente, alcanza en el mismo grado al derecho subjetivo en sentido estricto y al interés legítimamente protegido.

2.- Tipos de derechos

Siguiendo la exposición de Larenz podemos establecer varios tipos o clases de derechos subjetivos, no sin antes reiterar la imposibilidad de extendernos en la apreciación de estos conceptos, pertenecientes a la Teoría General del Derecho (47). La clasificación -- obedece a un criterio fundamental: el contenido del derecho es decir, aquél bien que corresponde al titular del mismo.

En primer lugar, se encuentran los derechos de la -- personalidad: "Son, según su estructura general (...) derechos al respeto, esto es, al reconocimiento y a la no ofensa a la persona en su "dignidad" peculiar y en su ser, en su existencia corpórea-espiritual. - El "bien" protegido por ellos, es dicho muy genéricamente la autoexistencia de la persona" (48). Pueden destacarse, de entre éstos, el derecho al nombre y el derecho a la propia imagen, así como a la no vulneración de su vida, de su cuerpo, de su salud y de su libertad de movimientos; así como el "derecho gene--

ral a la personalidad" que abarca la protección de manifestaciones de palabra y por escrito, así como la "esfera privada" o intimidad personal. El simple ejercicio de estos derechos, muy rara vez puede suponer la verificación de conductas típicas y, por consiguiente dar lugar a la apreciación o no de la eximente en estudio. Sin embargo, sí es posible que la salvaguardia de estos derechos pueda chocar con algún otro interés y sea necesaria la realización de algún tipo penal. Los más importantes de estos derechos se encuentran recogidos por la Constitución lo que les otorga una primacía formal (49).

En segundo lugar se refiere Larenz a los derechos de familia personales; "aquellas situaciones jurídicas familiares que no poseen carácter jurídico-patrimonial" (50), destacando sobre todos la patria potestad, así como un cierto derecho al respeto de la comunidad de vida matrimonial. La naturaleza de estos derechos es, indudablemente, más compleja; -- pues en el fondo tan sólo se poseen para ejercerlos en una determinada dirección, dando cumplimiento a-

los deberes; es decir, se trata de "derechos-deberes" o, empleando la terminología de Dabin "derechos-función" (51), y carecían de sentido si no fuera porque su titular se encuentra en una situación de obligado jurídicamente. Esta naturaleza hace que su ejercicio otorgue, en caso de verificación de una conducta típica una exención de responsabilidad criminal análoga a la del cumplimiento de un oficio o cargo, como después veremos (52) aunque, desde luego sólo muy impropiamente pueda hablarse en la esfera familiar de estos conceptos.

En tercer lugar se refiere Larenz a los derechos de dominio sobre cosas, prototipo de los cuales es la propiedad (53), que permite a su titular un dominio casi absoluto, aunque pueda estar jurídicamente limitado, sobre la cosa, y esa relación con los demás que impone a éstos la obligación de abstenerse de actuar sobre la cosa. Junto a la propiedad existen los derechos reales limitados, que sólo otorgan a su titular un abanico de facultades mucho más concreto y casi siempre temporalmente limitado.

Los derechos sobre bienes inmateriales "son derechos de dominio sobre bienes incorpóreos, tales como obras del intelecto e inventos, y, precisando más, son derechos, limitados en cuanto al tiempo, a la utilización o explotación exclusiva de tales bienes" (54). También de aquí puede desprenderse el deber de abstención de los demás frente al derecho del titular.

Los créditos "son derechos frente a una persona determinada en orden a una prestación que aquella ha de realizar al titular" (55). Aquí la relación es más concreta entre el titular y el obligado, así como respecto del contenido, limitado a la prestación de que se trate. Con la verificación de ésta, el crédito se extingue.

Se refiere después Larenz a los denominados derechos de cooperación; cooperación que se ha de dar "en la formación de la voluntad, así como en la participación en la actividad de una sociedad, de una asociación o de una corporación, los cuales se deri

van de la condición de socio o miembro y, por lo regular no pueden ser separados de ésta" (56). Se trata, en suma, de la cooperación en la formación de la voluntad colectiva. Alcanzan sus límites en el deber de fidelidad frente a la sociedad y frente a los demás socios.

Por derecho potestativo se entiende "el derecho que corresponde a una determinada persona de llevar a cabo una relación jurídica entre ella y otra persona, o de determinarla específicamente en su contenido, modificarla o rescindirla, mediante un acto constitutivo unilateral que es, por lo regular, una declaración de voluntad recepticia. El derecho potestativo confiere al titular un "poder" jurídico que se traduce en la posibilidad de producir efectos jurídicos sólo según su voluntad, para producir los cuales, dado que por ello es afectada la esfera jurídica de otro, se requiere normalmente el consentimiento de éste" (57). Si el consentimiento se otorga voluntariamente, lo normal, salvo que se requieran intereses sobre los que el que consiente no

tiene absoluto poder de disposición, es que no quepa la verificación de una conducta típica por el ejercicio de uno de estos derechos. Otra cosa es que no medie el consentimiento; la invasión de la esfera jurídica del otro comportará entonces una conducta típica que estará, sin embargo, amparada por la eximente del ejercicio legítimo de un derecho y, por tanto, justificada (58).

Los derechos de apropiación son aquellos que otorgan a su titular la facultad de hacer suya una cosa que no es de nadie, una res nullius. Si bien, en principio, todos tienen derecho a ello, sobre determinadas cosas y en concretas situaciones, es posible que un sujeto tenga un derecho de apropiación sobre una cosa, que elimine la posibilidad de que alguien más -- pueda apropiarse de la misma. Así, el derecho de caza o pesca, el de apropiación del titular, basado en la propiedad de una mina, sobre los minerales sujetos a regulación de dichos yacimientos (59).

"Pueden designarse como derechos de adjudicación -- aquellos por los que recae en el titular un derecho al cumplirse determinados requisitos, sin que se requiera para ello un acto del titular dirigido a tal fin" (60). Entre estos, considera Larenz los derechos expectantes que se producen cuando se da una "expectativa" -y por tal se entiende, la "posibilidad, más o menos asegurada jurídicamente, de adjudicación de un derecho subjetivo"- consolidada "de -- tal forma que ya es considerada en el tráfico como una situación patrimonial actual y por ello aparece la necesidad de transferirla, pignorarla o embargarla como un derecho subjetivo", sin que sea posible afirmar genéricamente cuando se da este caso.

También pueden darse derechos sobre derechos, por ejemplo, usufructo o prenda sobre derechos, de los que queda excluido el de propiedad, pues en ese caso estaríamos ante un usufructo o una prenda simples. Se puede decir que en los derechos sobre derechos se da un desdoblamiento del derecho básico, y las facultades que este derecho confiere se hallan-

repartidas entre el titular de éste y el del derecho sobre éste. Tanto uno como otro pueden ejercerlos, - y si ello supone la realización de un tipo penal, - estar amparados por la eximente del ejercicio legítimo de un derecho.

Se refiere, por fin, Larenz a los contraderechos -- que son "aquellos derechos que hacen posible al titular neutralizar en cierta medida un derecho de -- otra persona dirigido contra aquél, privando a ese derecho dotado parcialmente de su eficacia" (62). - Es este un caso clarísimo de derecho, cuyo ejerci-- cio puede dar lugar a una conducta aparentemente tí-- pica, en la medida en que se impide al otro ejercer su derecho. Sin embargo, en muchas ocasiones, ni si-- quiera se dará la adecuación al tipo, pues, en rea-- lidad, el otro no poseerá ese derecho que aparente-- mente se le otorgaba, dada la presencia del contra-- derecho.

En teoría, sin embargo, no resulta oportuno descartar a priori ninguna posibilidad; habrá que estimar

que siempre que el ejercicio de alguno de los tipos de derechos reseñados suponga la verificación de -- una conducta típica, éste podrá estar amparado por/ la causa de justificación en cuestión. No obstante, como ya se ha señalado, el ejercicio de un derecho, no es ilimitado, de forma que un abuso en el mismo no puede dar lugar al reconocimiento jurídico.

3.- Límites del ejercicio de un derecho. La cues- - tión del abuso del derecho

La eximente del ejercicio legítimo de un derecho es tá, como es lógico, sometida a unos límites; lími-- tes que responden, al menos, a dos criterios dife-- rentes: el primero viene determinado por la propia- naturaleza de la expresión "ejercicio legítimo de - un derecho"; será necesario la real existencia de - un derecho a actuar del modo en que se actúa; el re- conocimiento jurídico de la conducta que, como he-- mos visto, ha de constituir una facultad del titu-- lar del derecho subjetivo o interés legítimo.

El segundo de los límites reseñados viene dado por el fundamento genérico de la justificación: en ocasiones, aún cuando aparentemente exista un derecho-subjetivo, la verificación de una conducta típica - pretendidamente amparada por su ejercicio, no podrá justificarse si supone el quebrantamiento de un interés más grave. A todo ello ya me he referido con anterioridad, al señalar como la teoría de la ponderación de intereses supone un correctivo de la teoría del fin; como ésta no puede aceptarse sin la -- previa adopción de aquélla; aún cuando empleemos un medio adecuado para la consecución de un fin, en -- principio, justo, no podrá la acción considerarse -- conforme a derecho si quebranta un interés mayor -- que el que salva (63): así, no es aceptable justificar la producción de una muerte, amparándose en el derecho de propiedad, aceptando, por ejemplo, como justa la conducta del propietario de un fundo situado junto a un colegio, que electrifica las vallas -- que separan éste de aquél, con el fin, sin duda justo, de que su propiedad no se vea invadida, o la -- del acreedor que se apodera de los bienes de su deu

dor en contra de la voluntad de éste, y con ánimo de hacerse pago... aún cuando no mediare violencia y no se diere, por tanto, el tipo de la "realización-arbitraria del propio derecho".

En realidad, estas dos clases de límites pueden unificarse: el primero no es más que la cristalización formal del segundo, pues el derecho subjetivo o el interés legítimo tan sólo estarán salvaguardados -- por el Ordenamiento hasta el punto que marca el -- principio de la ponderación de intereses o, si se -- prefiere, el del interés preponderante.

Altavilla ve en la proporcionalidad entre la satisfacción del derecho subjetivo y el interés quebrantado el límite al ejercicio de aquél, cuya transgresión da lugar a la consideración como delictiva de la conducta típica, en su caso, verificada (64).

La cuestión es magníficamente planteada por Antolisei cuando afirma que "no es suficiente que el Ordenamiento jurídico atribuya un derecho para que el -

hecho realizado con el fin de ejercitarlo no sea punible: es preciso que la ley consienta, al menos implícitamente, ejercitarlo mediante aquella determinada acción que normalmente constituye delito" (65). Será necesario ahora dar un contenido a esta visión formal: averiguar cuando la ley consiente, al menos implícitamente, ejercitar el derecho mediante aquella determinada acción que normalmente constituye delito; en otras palabras, delimitar los requisitos de la eximente.

Tratándose, como se trata, de una disposición abierta a la totalidad del Ordenamiento, resulta imposible establecer, con carácter general, los límites de la justificación; éstos dependerán del tipo de derecho de que se trate y de la fuente en que se encuentre recogido. De esta manera ha podido referirse Caraccioli, respecto del art. 51 del Código penal italiano, paralelo a nuestra fórmula legislativa del número 11 del art. 8º del Código penal español que, "es diferente según el límite venga recogido por una ley ordinaria o por la Constitución" y -

lo propio ocurre, según el derecho subjetivo venga reconocido por una u otra (66). En el mismo sentido, afirma Cavallo que hay que tener en cuenta el modo como surge, se afirma y manifiesta el derecho subjetivo, ya que ello "postula la delimitación de la esfera, dentro de la cual debe estar comprendido su ejercicio, para que pueda decirse legítimo, y pueda producir la inexistencia del delito" (67).

Si el derecho subjetivo tiene un reconocimiento constitucional, entra en juego, para estos autores, el principio de la jerarquía normativa. Si bien es cierto que se ha afirmado por la doctrina y la jurisprudencia, que las leyes ordinarias son desarrollo de la Constitución, lo cual me parece incuestionable, de ahí no se puede deducir que la legislación ordinaria pueda, en modo alguno, limitar el ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, a no ser que ello autorice la misma norma fundamental (68); lo contrario sería oponerse a las declaraciones de "inviolabilidad" de los derechos recogidos en las propias Constituciones. Precisamen

te porque la ley ordinaria debe entenderse como un-
mero desarrollo de la Constitución, no es posible -
que aquélla contradiga a ésta. En otros términos, -
sólo cabrá limitar un derecho constitucional cuando
su ejercicio choque con otros intereses, cuyo reco-
nocimiento ostente idéntico rango.

El tema adquiere especial relevancia cuando las li-
mitaciones al derecho vienen impuestas por el mismo
Ordenamiento penal; es decir, cuando es el Código -
penal el que declara delictivas ciertas manifesta--
ciones del ejercicio de derechos reconocidos consti-
tucionalmente (69). Entiendo que la temática que es-
te problema plantea desborda el de los límites del-
ejercicio de un derecho y más bien incide en la con-
cepción que acerca del derecho y del Derecho se pue-
da tener. Quede, por ahora, la afirmación de que --
los límites a los derechos reconocidos por la Cons-
titución han de venir señalados por la Constitución
misma. Y en este sentido, resulta paradigmático el-
art. 20 de la vigente Constitución española que, - -
tras reconocer y proteger el derecho a la libertad-

de expresión, en sus diversas manifestaciones, añade en su punto 4: "Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia" (70).

Se plantea Caraccioli que si el derecho subjetivo -- tan sólo tiene un reconocimiento con rango de ley ordinaria, el problema puede ser diferente. Nos encontraremos entonces, ante dos posibilidades: que -- la ley ordinaria sea un desarrollo directo de la -- Constitución, de modo que el fundamento último del derecho subjetivo pueda encontrarse en la norma fundamental, o que no lo sea (71). El primer caso debe solventarse, para el autor italiano, en favor del -- prevalimiento del derecho subjetivo, pues la ley ordinaria que lo recoge no es sino "el reflejo, la -- particular aplicación de un principio afirmado constitucionalmente" (72), tal como sucede, por ejemplo, con los derechos de la personalidad regulados en el

Código civil, pero reconocidos y afirmados por la Constitución. La solución al caso de que los derechos no encuentren su reconocimiento último en la norma fundamental se plantea como una encrucijada: o prevalece la norma penal que limita las facultades del titular del derecho, o prevalece la norma atributiva del mismo, de modo que la conducta típica verificada en ejercicio de ese derecho no es antijurídica. Caraccioli se pronuncia en favor de esta segunda solución (73), pues lo contrario supondría la afirmación de un principio que señalara que los intereses de terceros, lesionados o puestos en peligro, prevalecen sobre los propios; principio que es inexistente.

No me parece del todo afortunada, en este punto, la exposición que el citado autor efectúa de este último caso. Y ello, porque ya no es adecuado plantearse el tema a la manera de un conflicto de leyes entre la que reconoce y la que limita el derecho subjetivo, sino que es en el seno de la propia normativa penal donde debe encontrarse la solución formal:

precisamente ésa es la función que estamos atribuyendo a la eximente en estudio. Por supuesto que la conducta típica estará justificada si el agente tenía un derecho reconocido por el Ordenamiento, con el rango que sea, para actuar de ese modo, tanto si le es atribuido por la Constitución cuanto si lo es por una norma con rango inferior al del Código penal. Ello no significa que no me parezcan acertadas las afirmaciones anteriormente recogidas y compartidas acerca de la imposibilidad de que la ley penal limite los derechos reconocidos por la Constitución más allá de lo que ésta lo permite. Pero el problema de los límites del ejercicio del derecho subjetivo es otro, y resulta imposible solucionarlo de acuerdo con el principio de la jerarquía normativa. Determinar donde acaba el ejercicio y donde comienza el abuso no puede, en mi opinión, hacerse de modo general. Creo, por el contrario, que habrá de darse una solución casuística, cuyo soporte material ha de ser el principio del interés preponderante: el abuso comienza precisamente allí donde el interés lesionado o puesto en peligro por el ejercicio

del derecho es superior al que proporciona. Naturalmente, me estoy refiriendo al caso en que la conducta verificada sea típica, pues excede, con mucho, - las intenciones del presente trabajo pronunciarse - acerca del abuso del derecho en la esfera extra-penal, donde han sido puestas de manifiesto las dificultades para establecer un concepto jurídico del - abuso del derecho (74). Sí resulta, sin embargo, -- conveniente, señalar que la doctrina iusprivatista- ha dejado claro que sólo cabe hablar de abuso cuando nos referimos a algunos tipos de derecho: en - - efecto, en el caso de los "derechos-deberes" o "de-rechos-función", esto es, aquellos que se tienen en virtud de obligaciones jurídicas, no puede darse el-abuso, pues desde el mismo instante en que se utilice el derecho subjetivo en dirección opuesta a la - debida, éste cesá; no estamos ante un acto abusivo, sino ante un acto ilegal (75).

Por otra parte, tampoco cabe abuso en aquellos derechos en los que no se da el uso: derechos de la personalidad, derecho al honor, derechos que tienen --

por objeto alguna abstención en provecho del titular, tales como servidumbres negativas, obligaciones de no hacer, etc. (76).

También me parece indispensable referirme a que el concepto legal de abuso del derecho se encuentra recogido en nuestro Ordenamiento positivo, si bien de manera imperfecta, por el art. 7.2 del Código civil: "La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que - por la intención de su autor, por su objeto o por - las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de - un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de -- las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso" (77).

Podemos, en conclusión, afirmar que para que la causa de justificación se dé, es necesario que exista el derecho subjetivo -o interés legal-, no importa el rango con que esté reconocido, y que su ejerci--

cio no quiebre un interés mayor que el que proporciona. Sobre como pueden compararse los intereses - no creo necesario volver, pues ya quedó suficientemente expuesto.

Cavallo, por su parte, distingue los límites de los derechos subjetivos, según su origen y según su naturaleza (78). En primer término, se plantea el citado autor si el derecho origen de su ejercicio, posee una naturaleza individual o social. En el primer caso, y ésta será la posición de la doctrina -- tradicional, su ejercicio no tendrá mayores limitaciones que las derivadas de la definición formal -- que lo constituya; otorgará a su titular un poder -- prácticamente omnímodo. Si por el contrario, consideramos el derecho subjetivo a la luz de las corrientes que consideran el fenómeno social, los límites de su ejercicio vendrán dados por el interés-comunitario (79). Ciertamente, en un Estado social y democrático de Derecho, no cabe hoy atribuir al derecho subjetivo un carácter absoluto ni individualista; de nuevo el principio de la ponderación de -

intereses, donde el interés social ha de jugar un - destacado papel, habrá de proporcionar el baremo pa - ra determinar los límites del ejercicio (80).

Respecto a la fuente de que proceda, lo importante - no será el rango, como ya hemos visto, sino el con - tenido: es decir, las limitaciones que expresamente contenga.

También pueden los límites proceder de normas pena - les que tutelen otros intereses públicos o privados (81). Por supuesto, que el Derecho penal a través - de la tipificación de las conductas delictivas pro - tege otros intereses que pueden entrar en conflicto con el ejercicio del derecho subjetivo o el interés legal; pero éste es precisamente el tema objeto de - la cuestión, y pretender afirmar que la determina - ción de los límites del ejercicio del derecho, en - orden a la aplicación de la eximente ha de verse en la tipificación penal resulta una petición de prin - cipio. En dicho defecto incurre, entre nosotros, -- Quintano cuando afirma que "el ejercicio de un dere

cho exime de la responsabilidad criminal siempre y cuando que dicho derecho, al usarse o ejercitarse, no constituya acción penada por la ley" (82), o, -- cuando años más tarde reitera que "no ampara la exi^umente el uso que constituyere delito" (83). Con estas afirmaciones pueden querer decirse dos cosas di^uferentes: que cuando no concurre la eximente, la ac^ución típica es delictiva, o que cuando la acción es típica no puede ser justificada por el ejercicio de un derecho. Lo primero, por obvio, no puede ser tenido en cuenta; lo segundo, por absurdo, entiendo -- que tampoco. En efecto, no puede considerarse que -- la tipificación penal de la conducta sea el límite del ejercicio del derecho: eso es lo mismo que afir^umar que la causa de justificación contenida en el -- número 11 del art. 8º del Código penal español ampa^ura todas las conductas típicas, sin mayor límite -- que el de que sean... conductas típicas. ¡Ciertamen^ute, no resulta menuda la limitación!

También pueden proceder los límites, según Cavallo de "normas del derecho público general o excepcio--

nal de carácter político, judicial, administrativo, fiscal, sanitario o militar" (84). Bajo este confuso epígrafe hace, en realidad, el autor italiano, - una referencia a la legislación de excepción; punto éste, sin duda, de gran interés.

La segunda gran clasificación efectuada por Cavallo atiende a la naturaleza de los límites, distinguiendo entre objetivos y subjetivos: los primeros se refieren al propio ejercicio y pueden referirse a los requisitos que debe reunir la persona a quien se -- concede el derecho, esto es, su titular, a las condiciones de tiempo en que el derecho subjetivo puede ser ejercitado, a las condiciones de lugar o del espacio, a los medios con que puede ser ejercitada, a las circunstancias, el modo o la forma en que el derecho puede ser ejercido, y finalmente, las derivadas del fin para el cual el derecho es concebido- (86). Los límites se refieren al modo de ser (attegiamento) psicológico del titular del derecho subjetivo en el momento en que lo ejerce. Y pueden venir referidos a los motivos por los que el derecho pue-

de ser ejercido -si el derecho se otorga sólo para ser ejercido con una determinada intención-, a los fines para los que el derecho se ejerce -cuando el derecho sólo puede ser ejercido en una determinada dirección, de tal modo que su infracción pueda dar lugar a la "desviación de poder"-, así como los derivados de la existencia de particulares condiciones de diligencia, prudencia o pericia que sean expresamente requeridas por la norma de la que deriva el derecho subjetivo, o de normas diversas que lo limitan en relación a la tutela de los derechos de terceros (87).

Respecto de los dos primeros tipos de límites subjetivos, será necesario que vengan expresamente señalados por la normativa otorgante de los derechos, -pues, de lo contrario, estos operarán de manera objetiva, con independencia de los móviles o fines --del titular que los ejerza, en orden a la toma en consideración de la eximente. Esto aparece con absoluta rotundidad en el Código penal italiano, al que se refiere Cavallo, en virtud de su art. 59; y, en-

mi opinión, lo mismo sucede en el Derecho penal español, por las razones expuestas en otro lugar de la presente monografía (88).

A mi entender, la clasificación del autor italiano resulta poco clarificadora. Y ello es lógico, pues no es fácil, y probablemente tampoco práctico, establecer una clasificación general de límites al ejercicio de un derecho, cuando éstos pueden tener tan -- distintos origen, naturaleza y alcance; será en la concreta regulación de los derechos donde deba encontrarse sus limitaciones; el Derecho penal se contenta, en este caso, con ser mero receptor de tales conceptos (89); el alcance de la eximente undécima del art. 8º del Código penal viene dado por la regulación jurídica de los derechos a que se refiere, -- que es extra-penal, y por el principio de la ponderación de intereses, corolario de la justificación penal.

La consecuencia, en orden a la exención de responsabilidad criminal cuando se verifica una conducta tí

pica actuando con "abuso del derecho" es que éste decae; esto es, no se produce la justificación, si bien en algunos casos y siempre que, al menos, quepa hablar de un derecho ejercido, la Jurisprudencia española ha aceptado la atenuación de la pena (90).

Pero, es posible, además, que el tipo penal abarque sólo y precisamente la verificación de conductas en ejercicio abusivo del derecho; esto es, el legislador considera delictivas precisamente las acciones consistentes en ejercer desviadamente un derecho. Dos son las manifestaciones que con mayor claridad, resultan exponentes, en el Código penal español, de la citada clase de incriminaciones: la realización arbitraria del propio derecho y los delitos cometidos con ocasión de los derechos reconocidos por las leyes.

3.1.- La realización arbitraria del propio derecho

La realización arbitraria del propio derecho está tipificada en el art. 337 del Código penal español,

perteneciente al capítulo IV del título IV (Delitos-
contra la Administración de Justicia) del libro II:-
"El que con violencia o intimidación se apoderare de
una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago
con ella será castigado con la pena de multa equiva-
lente al valor de la cosa, sin que pueda bajar de --
20.000 pesetas" (91).

Obviamente, no me es posible analizar el tipo; pero-
sí conviene efectuar unas brevísimas consideraciones
acerca del bien jurídico protegido por la tipifica--
ción de esta conducta, para poner de manifiesto que-
obedece al hecho de que la acción quebranta un inte-
rés superior al que proporciona la satisfacción del-
derecho subjetivo.

Dos pueden ser las concepciones acerca del bien jurí-
dico en esta figura: una individualista -según la --
cual se trata de defender la posesión de ataques lle-
vados a cabo con violencia- (92), y otra publicista-
según la cual el objeto de protección es la Adminis-
tración de Justicia y, en concreto, "la defensa del-

interés político de monopolización por parte del Estado de la actividad de la justicia"- (93).

Ciertamente ninguna de las dos posiciones resulta -- incorrecta, y la propia evolución legislativa del -- precepto parece ponerlo de manifiesto (94), pese a la oposición de algunos de nuestros comentaristas clásicos (95). Todo ello ha conducido a Bajo, a mi juicio con toda la razón, a afirmar que "estamos, pues, en presencia de un delito pluriofensivo en el que aparecen como sujetos pasivos tanto la propia Administración de Justicia como el poseedor" (96).

Llegados a este punto, cabe plantearse por qué, en este caso, la conducta merece una menor pena que la prevista en el art. 496 del Código penal español, cuyo párrafo primero castiga con una pena privativa de libertad y pecuniaria (arresto mayor y multa de - - 20.000 a 200.000 pesetas) la conducta del que "sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe o le compeliere a efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto", precepto en el que cabría encuadrar la realiza-

ción arbitraria del propio derecho en caso de no existencia del precepto específico; si bien el delito de coacciones tan sólo protege la libertad individual.

La respuesta no puede ser otra más que la relevancia que el legislador penal otorga a la preexistencia del derecho de crédito que el sujeto activo posee, y -- considerar que es menor el contenido de injusto, toda vez que, aún cuando sea abusiva e incorrectamente, se satisface un interés legítimo, si bien no a través del conducto adecuado. Prueba de ello resulta la exigencia del "ánimo de hacerse pago" que -- contiene el propio tipo (97).

En la doctrina italiana, Regina ha puesto en relación la realización arbitraria del propio derecho con el ejercicio legítimo de un derecho, señalando aquélla -- como límite jurídico-penal de éste (98), y rechazando que la distinción radique en que en el primer caso el derecho haya sido contestado y en el segundo no, toda vez que no es requisito indispensable del ejercicio de un derecho su pacífica aceptación.

No debe, sin embargo, olvidarse, que el hecho de que la conducta no fuera incardinable en este precepto - concreto, no hace que fuera lícita y conforme a Derecho como parece pretender esta postura. Me parece -- más acertada la opinión de nos encontramos ante un - conflicto de intereses, en el que prevalecen los de la Administración de Justicia y la libertad y seguridad individuales frente al que comporta la satisfacción de un legítimo derecho por unas vías inadecuadas, en el que la preexistencia de ese derecho sirve para aminorar el contenido de injusto.

De esta manera queda, mejor explicadas las diferentes actitudes que el legislador adopta frente a las conductas constitutivas de coacciones o de realización arbitraria del propio derecho, primando una relación jurídica preexistente entre los sujetos activo y pasivo en el segundo caso. A partir de esta idea, y -- con esas matizaciones sí puede ser acertada la expresada opinión de Regina: la realización arbitraria -- del propio derecho actúa como límite del ejercicio - de un derecho, ya que éste ha dejado de ser legítimo.

3.2.- Los delitos cometidos con ocasión del ejerci--
cio de los derechos de la persona reconocidos por --
las leyes

La utilización de la ley penal para limitar el ámbito del ejercicio de los derechos ha sido frecuente -- en la esfera de las libertades públicas. Así, mien-- tras las Constituciones reconocían éstas, con mayor o menor amplitud, eran utilizados los Códigos penales-- para restringir su efectividad.

De esta forma, el Código penal español contiene en -- la sección 1ª del capítulo II del título II del li-- bro II los "delitos cometidos por los particulares -- con ocasión del ejercicio de los derechos de la per-- sona reconocidos por las leyes". Los delitos de im-- presos clandestinos, manifestación no pacífica, reu-- nión ilegal o asociación ilícita limitan los dere-- chso fundamentales reconocidos por los arts. 20 -li-- bertad de expresión-, 21 -libertad de reunión- y 22-- -libertad de asociación- de la Constitución española, de la que son desarrollo.

Me he referido antes, de acuerdo con Caraccioli (99) a que los derechos cuyo reconocimiento tiene rango - constitucional tan sólo pueden ser objeto de las limitaciones que posean dicho rango; en otras palabras, sólo para proteger intereses que también están reconocidos constitucionalmente (100).

De esta forma, se impone una interpretación de estos preceptos penales limitadores del ejercicio de los - derechos, como mero desarrollo de la norma fundamental que impone la "unidad de criterios valorativos"- a todo el Ordenamiento (101) respetando de esta manera la unidad, no sólo formal, del Derecho todo.

II.- EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

Como hemos visto, derecho subjetivo y deber jurídico son las dos posiciones centrales de la relación jurídica, de tal manera que la existencia de un derecho-subjetivo da lugar a un deber, ya afecte éste a la generalidad o a un sujeto concreto o concretable. E-igualmente puede afirmarse el corolario inverso: la-presencia de un deber jurídico genera la correlativa existencia de un derecho subjetivo o, al menos, de un interés jurídicamente tutelado. Pese a su origen-ético (102), que hacía entender este concepto, al mo-do kantiano, como una exigencia interior que el hom-bre siente en su conciencia, la concepción jurídica-del deber prescinde enteramente del sentimiento del-sujeto; al Ordenamiento jurídico sólo le interesa el comportamiento objetivo conforme a deber. Y ello, --precisamente, porque es el resultado de ese comporta-miento lo que importa, en la medida en que respete --el interés o derecho ajeno.

1.- La cuestión del "exámen conforme a deber". Remisión

Si es cierto que no todo deber implica un derecho -- concreto, pues como dice Larenz "pueden derivarse -- también de normas que convierten en deber una conducta determinada sin dar a otro un derecho subjetivo -- respecto a ese deber" (103), no lo es menos la afirmación de que la simple presencia del deber, y aún -- más la de la norma que lo crea, implica un interés -- al que el Derecho ha otorgado una protección, como -- consecuencia de una valoración. Ello permite, sin duda, conectar el cumplimiento de un deber como causade justificación con el principio de ponderación de intereses, y afirmar que el cumplimiento de un deber justifica en la medida en que el interés generado supere al quebrantado por la verificación de la conducta típica en que el cumplimiento de dicho deber consistía.

No obstante la anterior afirmación, no siempre es -- posible, con carácter general, la delimitación de --

cuando una conducta va a generar un interés, o si se prefiere, un daño, mayor que su omisión; es decir, - habrá casos en que el sujeto no esté en condiciones de acérta, en un juicio, necesariamente ex-ante, si el aparente deber de actuar debe prevalecer sobre el aparente deber de abstenerse que le impone la norma penal, o viceversa. Y sin embargo, elementales razones de seguridad jurídica obligan al Ordenamiento a dar una respuesta al sujeto que se encuentra en tal situación conflictiva. El problema adquiere especial virulencia en el ámbito de los denominados "derechos-deberes" o, si se prefiere, en el ejercicio legítimo del oficio o del cargo, en el que el sujeto tiene de recho al actuar de una determinada manera, siempre - que lo haga para satisfacer el cumplimiento de los - concretos deberes que el ejercicio de su actividad - le impone. Por ello, prefiero postergar el tratamiento a las páginas que a tal ejercicio se dedican (104).

2.- Delimitación del concepto de deber: el tema de los "mandatos anti-jurídicos obligatorios"

Hemos señalado que también respecto del cumplimiento de un deber rige el principio del interés preponderante, de tal manera que estará justificada aquella conducta típica efectuada en cumplimiento de un deber jurídico, que comporta un interés mayor que el que supone la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la tipificación de la conducta precisamente verificada. Un caso que plantea particulares problemas es el del delito de desobediencia, regulado por el art. 369 del Código penal en los siguientes términos: "Los funcionarios judiciales o administrativos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a sentencias, decisiones u órdenes de la Autoridad superior, dictadas dentro de los límites de su respectiva competencia y revestidos de las formalidades legales, incurrirán en las penas de inhabilitación especial y multa de 20.000 a 100.000 pesetas.

Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley.

Tampoco incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos constituidos en Autoridad que no den cumplimiento a un mandato en el que se infrinja manifiesta y terminantemente cualquier otra disposición general".

Los problemas que, en orden al presente trabajo, plantea el precepto transcrito son fundamentalmente la naturaleza de los párrafos segundo y tercero, tradicionalmente considerados como especiales causas de justificación, y la de la conducta de quienes desobedezcan el mandato, cuando éste sea antijurídico pero no constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto legal. Y ello porque si consideramos que esta conducta es portadora del injusto del delito de desobediencia, ello querrá decir que -

el interés quebrantado -el respeto a la jerarquía ad ministrativa- es considerado por el Ordenamiento como superior al proporcionado -el respeto a la legali dad y, en consecuencia, la primacía del Ordenamiento jurídico-; solución político-criminalmente inaceptable, al menos desde la óptica de un Estado social y democrático de Derecho (105). Ello aún se vería más reforzado si aceptásemos la tesis de que la desobediencia no es más que un "delito contra un deber" -- (106); tesis que, por otra parte, no comparto.

Recientemente, entre nosotros, ha rechazado esta postura Octavio de Toledo, para quien "hay que abandonar la idea de ver los tipos contenidos en estos últimos artículos" -se refiere a los 369 y 370- "en -- función exclusivamente de un deber y aceptar que el principio de jerarquía debe dinamizarse poniéndolo - en relación con el bien jurídico" (107), que no es otro que la "actividad que la Administración desarrolla en beneficio de la sociedad" (108).

No me parecen ~~in~~convincientes las argumentaciones que acusan a esta concepción de "indudablemente tranquilizante", en base a negar que todos los tipos estén en relación con un bien jurídico, pues "la misión de -- protección de bienes jurídicos es aún un propósito, -- no una realidad" (109). Creo, por el contrario, que la presencia de un imperativo obedece siempre a una finalidad, de tal modo que la norma --no necesariamen-- te el legislador-- al ordenar, valora; valoración que no es prejudicial, sino consustancial al mandato. Y es al intérprete al que corresponde la tarea de descubrir esa valoración y de interpretar en consecuencia. Lleva, por consiguiente, razón Octavio de Toledo cuando pretende buscar "más allá" del simple deber y se plantea que éste existe en los servidores-- de la administración, "porque ésta sirve a la sociedad" (110).

De tal manera, que el "deber de obediencia" está precisamente en función del servicio que la Administración presta. Y éste, lejos de ser un concepto vago, -- aparece explicitado con rotunda claridad en el art.--

103 de la Constitución española: "La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho", para añadir en el párrafo 2 que "los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la Ley" (111). A partir de aquí, no resulta complicado atisbar el bien jurídico protegido por la tipificación del delito de desobediencia: éste no puede ser otro más que el correcto servicio de la Administración a los intereses generales, de acuerdo con los citados principios, especialmente el de jerarquía, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

Y si esto es así, como parece, la "complaciente" aceptación de la existencia de mandatos antijurídicos -- obligatorios en el Ordenamiento español aparece, al menos, como sumamente discutible. También es cierto que el Derecho no puede configurar el tipo de forma que quepa a todo funcionario inferior el enjuicia-

miento de cada orden del superior, pues eso sería ya absolutamente incompatible con el citado principio de jerarquía. Por eso se distingue entre las sentencias, decisiones u órdenes que constituyen infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley, así como los mandatos que infrinjan manifiesta y terminantemente cualquier otra disposición general, de aquellos otros que "simplemente" son antijurídicos. El desobedecer una orden de la primera especie no quebranta en absoluto el bien jurídico protegido. Y, en consecuencia, habrá que considerar que la conducta, no sólo está justificada, sino rotundamente que ni siquiera es típica: los párrafos segundo y tercero del art. 369 no serán pues, especiales causas de justificación como entiende la doctrina mayoritaria (112), sino causas de exclusión del tipo (113).

En cambio, la conducta del inferior que desobedezca un mandato antijurídico, que no lo es manifiestamente, supone ya una cierta quiebra del principio de jerarquía. Estamos entonces ante un conflicto de inte-

reses, que habrá de solventarse, porque ya hemos visto que ésa es la solución constitucional, en favor del prevalimiento de la Ley y del Derecho, al que está sometida la actuación de la Administración. La conducta, pues, estará justificada: el encuadramiento formal de dicha justificación puede verse, sin la menor dificultad, en la circunstancia 11ª del art. 8º del Código penal. Podría decirse que ejerce legítimamente su derecho al desobedecer un mandato antijurídico (114). Prefiero, sin embargo, afirmar con toda rotundidad que la vertiente de la eximente que le ampara es el cumplimiento de un deber, porque el inferior, si conoce la antijuridicidad del mandato, tiene incluso deber de desobedecer, de tal forma que, - quien a pesar de ello obedezca el mandato y verifique una conducta tipificada como delito -piénsese que todo este discurso sólo tiene sentido en el caso de que verificar el mandato antijurídico suponga realizar una conducta típica- habrá cometido una acción antijurídica, si bien excusable en virtud de la circunstancia eximente duodécima del art. 8º del Código penal español (115).

Podemos, pues, concluir que bajo el epígrafe "cumpli
miento de un deber" caben todas aquellas conductas -
típicas que, además de venir impuestas por el Ordenam
miento, proporcionen un interés superior al que quier
bre su verificación, incluida la desobediencia del inf
erior que se opone al cumplimiento de un mandato ant
tjurídico de su superior.

III.- EL EJERCICIO LEGITIMO DEL OFICIO O CARGO

1.- Delimitación conceptual

La fórmula empleada por la circunstancia undécima -- del art. 8º del Código penal parece unir el ejercicio del oficio o cargo al del derecho; he preferido, sin embargo, abordarlo después del cumplimiento del deber porque, en mi opinión, no se trata sino de una mixtura de ambos. En efecto, lo que caracteriza este ejercicio, llamémosle "profesional", es la presencia de derechos y deberes simultáneamente (116).

Por ello, este tercer epígrafe no plantea, en principio, mayores dificultades que las emanadas de los anteriores, si bien haya preferido trasladar a este lugar, por ser precisamente aquí donde se produce con mayor frecuencia, la referencia más concreta a la cuestión del "examen conforme a deber" que pueda corresponder al sujeto como requisito subjetivo para que su conducta típica resulte justificada (117).

Tampoco puede resultar problemática la distinción -- entre los términos "oficio" y "cargo", que radica en el carácter público (funcionarial) de este último -- concepto (118).

2.- La cuestión del "exámen conforme a deber"

2.1.- Planteamiento general

La función sistemática de la cláusula general de justificación que estamos otorgando a la circunstancia -- undécima del art. 8º del Código penal español, puesta en relación con el fundamento genérico que hemos otorgado a la misma, permite comprender que es el interés que al Derecho proporciona el ejercicio del -- oficio o cargo el que hace que conductas típicas, ve rificadas precisamente en esa dirección, puedan resultar conformes a Derecho. Pensemos en las interven ciones quirúrgicas, ciertas prácticas deportivas o -- las detenciones efectuadas por agentes de la Autoridad: el hecho de que estas actividades se desarro --

llen prevalece sobre los intereses que su legítimo - ejercicio pueda, ocasionalmente, quebrar (119).

Habrán ocasiones, sin embargo, en que tal beneficio - no se produzca: pensemos en la intervención quirúrgica fracasada, las prácticas deportivas que ocasionan lesiones muy graves o incluso la muerte a uno de los practicantes -el caso no es, por desgracia, demasiado infrecuente en determinados deportes, como el boxeo, donde la producción de daños físicos resulta -- prácticamente ineludible- o la detención de quien -- luego resulta inocente, por no abandonar los ejemplos antes citados. En otros términos, habrá ocasiones en que a posteriori quepa afirmar que habría sido mejor que esa conducta no se hubiese llevado a cabo. - En pura coherencia con lo mantenido en páginas anteriores (120), parece que si el Derecho no quiere que la conducta se lleve a cabo, no debe justificarla. - Sin embargo, la solución no es tan fácil, por varias razones: en primer lugar, porque no siempre es posible determinar ex-ante, es decir, en el momento de decidir si debe llevarse a cabo o no la conducta, si

ésta va a resultar beneficiosa o perjudicial. Y en - segundo lugar, porque el hecho de que al Ordenamiento no le haya reportado beneficio alguno la concreta con ducta realizada no significa que no se lo reporte, - con carácter general, el que, en casos aparentemente análogos, se lleven a cabo conductas semejantes. Y, - por fin, no puede olvidarse que el ciudadano tiene - que saber, en el momento en que ha de optar por lle- var a cabo la conducta o no, si ésta va a estar jus- tificada o va a ser contraria a derecho. Y el Ordena miento jurídico ha de darle, al menos, la posibili- dad de conocerlo.

Todo esto hace que, si bien el correcto análisis de- si la conducta ha sido beneficiosa y, por consiguien te, si, en virtud del principio del interés preponde rante ha de reputarse justificada, sólo puede efec- tuarse ex-post, -esto es, una vez comprobadas sus con secuencias y comparadas con las que se hubieran pro- ducido, suprimida mentalmente la conducta verificada, haya de adelantarse el momento de la ponderación al- de la verificación de la conducta o, por mejor decir

al de la toma de decisión por parte del sujeto activo acerca de si lleva a cabo o no dicha conducta.

Esta situación adquiere especial relevancia en casos de ejercicio del cargo, si bien es común a todo cumplimiento del deber.

En otro lugar del presente trabajo ya me he referido a ello (121); no obstante, considero imprescindible-reiterar aquí lo allí expuesto, utilizando, además,- el mismo ejemplo: el art. 492 de la vigente Ley de - Enjuiciamiento Criminal impone a la Autoridad o Agente de policía judicial el deber de proceder a la detención de un sujeto cuando se den determinadas circunstancias allí reseñadas; y concretamente, el número cuarto, se refiere al que, estando en el caso del número tercero -cuando sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuera llamado por la Autoridad judicial, estando señalada pena inferior a prisión correccional (hoy, prisión menor) al delito- "aunque todavía no - se hallare procesado", con tal que concurren las dos

circunstancias siguientes: 1ª) que la Autoridad o -- agente tenga motivos racionalmente bastantes para -- creer en la existencia de un hecho que presenta los- caracteres de delito, y 2ª) que los tenga también -- bastantes para creer que la persona a quien intente- detener tuvo participación en él.

El deber, pues, lo impone la Ley cuando se den esas- circunstancias, y la Autoridad o agente habrán de -- proceder a la detención. Su conducta estará justifi- cada, aún cuando fuere típica -pensemos que para lle- var a cabo la detención es necesario actuar con una- cierta dosis de violencia-, aunque, en virtud de un- juicio ex-post no haya resultado beneficiosa, por ha berse comprobado que el sujeto no había tenido parti- cipación alguna en los hechos que se le imputaban.

Esta justificación puede fácilmente ser comprendida, también a partir de una ponderación de intereses: -- prevalece el funcionamiento del aparato judicial --po licial-- que se vería anquilosado si se adoptara cual- quier otra solución- sobre la libertad personal del-

sujeto sospechoso, aunque inocente, en aquel concreto momento, y a quien el Ordenamiento está imponiendo el deber de someterse a la acción policial.

A cambio de justificar esta conducta, el Ordenamiento impone al funcionario la obligación de realizar lo que la doctrina denomina "exámen conforme a deber" y que, en el ejemplo escogido, ha de traducirse en la ponderación de las circunstancias que hagan presumir la existencia del hecho que presenta los caracteres de delito, que la persona a quien se intenta detener tuvo participación en él y, ~~que~~ si se trata de un delito para el que está prevista pena inferior a prisión menor, que el sujeto no comparecerá cuando sea llamado por la Autoridad judicial. Si el resultado de esa ponderación, proporciona motivos racionalmente bastantes para creer en todo ello, el agente habrá realizado el exámen conforme a deber y su conducta será adecuada a Derecho.

El presente trabajo no pretende, al referirse a esta temática, otra cosa que presentar la circunstancia -

undécima del art. 8º del Código penal español, como-cláusula general de justificación. Si se ha planteado este concreto problema ha sido por la aparente dificultad de, a primera vista, conciliar el adelanta-miento de la ponderación de las circunstancias al mo-mento de la decisión de la verificación de la conduc-ta, y su consiguiente justificación, aún cuando éste enjuiciamiento no fuera correcto, con el principio -del interés preponderante, señalado como fundamento-último de la justificación. Ello hace que no sea és-te el lugar adecuado para analizar en profundidad la significación dogmática del examen conforme a deber-y, sobre todo, las consecuencias del error en el mismo (122).

A la pregunta planteada por Lenckner acerca de si --- existe causas de justificación en las que unas cir--cunstancias justificantes externas puedan ser reem--plazadas por el elemento del examen conforme a deber, con la consecuencia de que el hecho sea conforme a -derecho, exclusivamente porque el autor ha obrado --con el cuidado a que estaba obligado, creo haber da-

do respuesta afirmativa, (123) y en el mismo sentido que su formulador: "Se trata, exclusivamente, de los casos en los que, por causas especiales, es realmente obligado liberar al autor del riesgo de una decisión tomada conforme a deber, pero errónea en definitiva" (124). Por fuera de estos casos, la conducta - podrá ser inculpable, pero ^{no} justificada (125).

Desde la óptica de la ponderación de intereses, pues, la respuesta está dada. Gómez Benítez, por su parte - y entre nosotros, ha hecho descansar esta problemática en la teoría del riesgo permitido y, aún más concretamente, en el campo del "incremento del riesgo" - (126). Por otra parte, considera que la justificación de estas conductas descansa en el "privilegio - estatal del error" (127). La razón de ese pretendido privilegio debe verse, a mi entender, también en la ponderación de intereses. Se trata, en realidad, de la toma en consideración del interés en el funcionamiento de los órganos estatales: en el ejemplo anteriormente expuesto, de los judiciales. Pero también - puede darse en el ejercicio de otras actividades, ta

les como las también ya citadas, profesión médica o práctica de deportes violentos. En ese sentido, no se trata, en realidad, de un privilegio otorgado en razón del sujeto, sino de la función limitadora que la ponderación de intereses ejerce sobre cualquier otra concepción, como el riesgo permitido o el incremento del riesgo (128). Tampoco está limitado, por idénticas razones, el "privilegio" al ejercicio del cargo.

Finalmente hay que señalar que todo lo hasta aquí -- afirmado no implica que, sino se efectúa el "examen conforme a deber" o éste resulta equivocado, no quede justificada la conducta de quien tenía intención de cometer un delito, pero cuya acción resulta beneficiosa, tras el juicio ex-post. A ello ya nos hemos referido suficientemente en otro lugar (129). Piénsese que la consecuencia justificante del juicio ex-ante, esto es, cuando el sujeto realiza todo lo que le es exigible para ponderar si actúa conforme a deber -- aunque posteriormente la ponderación sea incorrecta, supone un incremento de la zona de no prohibición, -

mientras que operar con el criterio simétrico en el caso opuesto -esto es, cuando el sujeto no realiza la ponderación o incluso, realizándola llega a la conclusión que no debe actuar, y sin embargo lo hace, resultando a posteriori que su actuación fue correcta- supone incrementar la esfera prohibida y, en consecuencia, restringir el campo de la libertad (130).

Como resumen a este apartado, puede señalarse que -- existen casos en que está justificada la conducta -- que ha quebrado un interés mayor que el proporcionado, según se desprende de un juicio ex-post, siempre que hubiere resultado lo contrario, en un juicio ex-ante. Y ello se debe a que resulta necesario tomar -- en consideración el interés que el Ordenamiento tiene en que casos análogos la conducta se lleve a cabo.

2.2.- Especial referencia al uso de la violencia por la Autoridad o su agente

Uno de los casos en que las anteriores afirmaciones-- tienen una mayor aplicación práctica, y quizá sea el

más importante, es el que afecta al uso de la violencia por la Autoridad pública o sus agentes.

Esta sólo podrá llevarse a cabo, previo exámen conforme a deber, en el que habrá que tener en cuenta - no sólo la necesidad racional de la misma sino, además y sobre todo, que su empleo no va a producir consecuencias más perjudiciales que beneficiosas, a partir de la escala de valores propiciada por el Ordenamiento jurídico.

El primero de estos requisitos ha sido reiteradamente exigido por la Jurisprudencia. Así, la Sentencia de 19 de Junio de 1948 (131) declara que "No se debe recurrir a la violencia más que cuando las especiales circunstancias del caso lo exijan ineludiblemente" - de tal forma que "el agente se viera precisado a emplear la violencia como único medio de hacer respetar la ley que se vulneraba", tal como afirma la Sentencia de 8 de Marzo de 1935 (132).

El requisito es absolutamente lógico, pues ¿qué duda cabe que el empleo de la violencia constituye -- siempre un mal, en la medida en que quiebra intereses que el Ordenamiento sigue protegiendo?. Y si esa quiebra no es imprescindible para salvar otro bien -- de mayor valor, no podrá, con propiedad, hablarse de un auténtico conflicto de intereses.

La necesidad no sólo sería una referencia cualitativa sino también cuantitativa; en otros términos, tan sólo se podrá usar precisamente el grado de violencia necesario para conseguir la salvaguardia del interés superior; grado de violencia y necesidad que -- habrán de ser medidos de conformidad a las circunstancias peculiares de cada caso.

También son múltiples los pronunciamientos de la Jurisprudencia en este sentido. Así, afirmaba el Tribunal Supremo, el 26 de Enero de 1959 (133) que "Para que pueda apreciarse esta eximente es condición indispensable que el medio violento empleado por el -- acusado, sea el racional y adecuado para hacer respe

tar el principio de Autoridad o cumplir con los deberes propios del oficio o cargo que tuviere confiado, porque no puede darse a esta causa de justificación mayor extensión que la que exija la naturaleza de -- las funciones que se ejerzan y la realización de los fines a que se circunscriban éstas, sin favorecer extralimitaciones y abusos"; afirmaciones que ya había efectuado el 30 de Setiembre de 1947 y que reiteraría el 13 de Noviembre de 1964 (134). Y, aún con mayor concreción, la Sentencia de 18 de Junio de 1960 fallaba que "Esta eximente no autoriza a usar siempre de medios violentos en el desempeño de las funciones de Autoridad, sino en la medida necesaria e imprescindible para el mantenimiento del Orden público y descansa en dos premisas o soportes para ser aplicada: que la Autoridad obre dentro del círculo de sus atribuciones no provocando a la situación de violencia que motive la represión, y que ésta no rebase los límites adecuados al restablecimiento del Orden jurídico en el momento de que se trate, ya que el uso de la fuerza en tanto está legitimado en cuanto no haya -- otro medio utilizable para conseguir aquel fin" (136).

También nuestro más alto Tribunal reconoce que no es posible establecer estos límites con carácter general, sino que habrán de ser medidos con las circunstancias de cada caso, lo que equivale otorgar a la Autoridad o a su agente el deber de exámen. De esta forma la Sentencia de 22 de Enero de 1943 (137) se refiere a la violencia aludiendo a que "Tal medio como elemento relativo que es, ha de medirse por las circunstancias que rodean el hecho cuales son la hora de medianoche, el lugar de vía pública y los actos de la víctima de alardear con propia confesión de portar un arma ante los guardias obligados a evitarlo y de sustraerse al requerimiento de éstos, máxime en momentos de situación de alteración del orden público".

Por fin, resume ambas vertientes -cualitativa y cuantitativa- la Sentencia de 2 de Marzo de 1965 (138), del siguiente modo: "La circunstancia de justificación 11 del art. 8º del Código penal comprende todos los medios racionalmente necesarios para cumplir el fin expresado por la Ley, sin excluir la fuerza, - -

cuando el cumplimiento del deber requiere la necesidad de emplear medios violentos adecuados, elementos relativos, necesidad y adecuación que han de medirse en atención a las circunstancias que rodean el hecho, en cada caso concreto" (139).

Podemos, pues, resumir las anteriores aseveraciones en el sentido que sólo en caso de absoluta necesidad puede utilizarse la violencia, y además, sólo en tan to sea necesario. Un nuevo límite ha de venir forzosamente marcado por el grado de interés que el Ordenamiento tenga en la protección del bien jurídico - que resultaría quebrado por la actuación violenta - de la Autoridad o su agente. De esta manera, no podrá quebrarse el valor vida, cuya lesión está casti gada, al menos, con reclusión menor, por el art. -- 407 del Código penal, para defender el orden público, cuya lesión está castigada, como máximo, por el art. 246 del mismo cuerpo punitivo con prisión me-- nor; sin que, en absoluto, me parezca admisible que, en los casos en que se repele un hecho de escasa -- gravedad mediante el uso de una fuerte violencia --

quepa apreciar la eximente incompleta, (140).

Se plantea en este punto el valor que haya de atribuirse a las reglamentaciones por las que se rijan la actividad de la agente. Sin duda que deben ser tomadas en consideración, pero sin duda también que no de forma absoluta, sino en atención al principio de jerarquía normativa, limitadas por las normas de carácter superior (141). De esta forma, las disposiciones reglamentarias no podrán ser interpretadas de manera que quiebren las valoraciones efectuadas por el Código penal y, sobre todo, declaradas en la Constitución.

Cabe plantearse, llegados a este punto, qué sucede cuando el funcionario se excede en el empleo de la violencia. Distingue Córdoba, según el abuso sea doloso, culposo o fortuito (142). En el primer caso, a su juicio, "resulta inaplicable la eximente decimo--primera del art. 8º. La atenuante primera del art. 9º sólo lo será si concurre el requisito sustancial para la referida eximente, de la necesidad de la vio--

lencia genéricamente considerada" (143). Entiendo -- que en este caso debe tenerse muy en cuenta que nos encontramos ante la producción dolosa de unas lesiones --o quizá, incluso la muerte-- innecesarias. Y no parece adecuado atenuar la responsabilidad criminal-- que de ellas se deriven. Desde luego, no es correcto hacerlo con carácter general, dada, por otra parte, -- la naturaleza instrumental, respecto de la determinación de la pena, de las circunstancias atenuantes -- (144).

Mayores problemas plantea el caso en que la violencia o, al menos, su exceso, sea imprudencia. Tan sólo puede darse esta circunstancia en caso de error vencible; es decir, cuando el funcionario haya errado en la ponderación de la necesidad de la misma. Nos moverá entonces, en el campo del error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, que será considerado de tipo o de prohibición, según se abraza o no la teoría de los elementos negativos del tipo (145).

Así, sólo si se es partidario de la teoría estricta -- de la culpabilidad, para la que el error sobre el -- presupuesto fáctico de una causa de justificación -- constituye un error de prohibición, habrá de considerarse acertada la aplicación de la atenuante analógica en caso de error acerca de la necesidad de la violencia en el ejercicio del cargo o el cumplimiento -- del deber; postura coherentemente defendida por Córdoba (146), quien distingue según fuera o no necesaria genéricamente la violencia, para negar en el segundo caso la aplicabilidad de la atenuante, por faltar el requisito básico de la necesidad. Córdoba añade que, en caso de que sí concurriera este requisito, esto es, que lo innecesario no fuera la violencia -- misma sino tan sólo el exceso, habría que castigar -- por imprudencia y además tomar en consideración la -- atenuante. Y eso, ciertamente, no aparece como tan -- coherente: rechazadas por el profesor de Barcelona -- las teorías del dolo, tanto en sus versiones estricta (147) como limitada (148), así como la limitada -- de la culpabilidad (149), se declara partidario de -- la teoría estricta de la culpabilidad. No parece ló-

gico dar, entonces, un tratamiento de imprudencia al caso en cuestión: el exceso en la violencia no habrá sido cometido culposamente -siempre que el sujeto ha ya querido y conocido actuar con esa violencia, circunstancias éstas que no se cuestionan- sino con dolo; lo único que ocurrirá es que su culpabilidad estará atenuada por la concurrencia del error vencible de prohibición, sin que sea aceptable la acumulación de disminuciones de la pena que propone Córdoba.

Quienes, en cambio, se muestren partidarios de alguna de las teorías del dolo o de la limitada de la -- culpabilidad sí que se mostrarán conformes con la ca lificación como imprudente de la conducta referida;- sin que se opongan tampoco a la posible toma en consideración de la eximente incompleta, siempre que -- consideren que ésta no juega papel alguno en la teoría del delito sino que pertenece a la teoría de la pena (150), especialmente cuando sí fuera necesaria- la utilización de un cierto grado de violencia; solu ción ésta que me parece correcta. En otras palabras, la solución aportada por Córdoba me parece adecuada;

pero precisamente porque no comparto su postura acerca del conocimiento de la antijuridicidad en general, y del error vencible sobre los presupuestos de hecho de las causas de justificación, en particular.

Finalmente, es posible, aún cuando aparezca como sumamente difícil en la práctica, que el exceso en la violencia sea fortuito, con lo que sería de aplicación el número 8º del art. 8º del Código penal (151).

En resumen, puede establecerse que, en caso de que exista un abuso en la utilización de la violencia -- por la Autoridad o su agente, no será aplicable, en general, la eximente undécima del art. 8º. Si el abuso se ha debido a un error vencible, deberá ser calificado a título de imprudencia, sin que pueda establecerse, con carácter general, la aplicabilidad de la eximente incompleta; ello dependerá de las circunstancias de cada caso; y frente a ella cabrá, en cualquier forma, la legítima defensa. Si el exceso en la violencia fuere fortuito, será de aplicación la eximente octava del art. 8º.

A efectos de la aplicación o no de la eximente, no me parece de relieve la distinción entre aquellos casos en que el uso de un cierto grado de violencia, inferior en todo caso al efectivamente utilizado, fuera necesario de los que no lo fueren, pues en ambas situaciones se incurre por igual en contrariedad a Derecho. Sí puede ser, sin embargo, un elemento decisivo en orden a la toma en consideración o no de la eximente incompleta del número primero del art. 9º del Código penal, puesto en relación con el número undécimo del art. 8º del citado cuerpo punitivo.

N O T A S

- (1) Así, Córdoba Roda se refiere a ello, si bien agrupa el ejercicio del oficio y del cargo junto al del derecho subjetivo. Córdoba Roda, J. en Córdoba Roda, J., Rodríguez Mourullo, G., Comentarios al Código penal, tomo I, Barcelona, 1972, pág. - 360.
- (2) Sobre este mismo tema Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T.S., Derecho penal (Parte general), tomo III (en prensa).
- (3) Vid. Larenz, K.: Allgemeiner Teil des deutschen-Bürgerlichen Rechts, 3. Auflage, München, 1975. - Existe traducción española con notas por M. Izquierdo y Macías-Picavea, Jaén, 1978. por la que citamos, págs. 245 y ss.
- (4) Von Thur, A.: Allgemeiner Teil des Deutschen - - Bürgerlichen Rechts. Bd. 1, Leipzig, 1910, pág.- 53. Para Bekker el concepto de derecho subjetivo es "el concepto angular de todo el edificio jurídico", en Pandekten. Weimar, 1886, pág. 46, cit. por Castán Tobeñas, J., Derechos subjetivos, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, tomo VII, Barcelona, 1955, pág. 103.

- (5) Ennecerus, L.: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch. 15. neubearbeitete Auflage, por Nipperdey, H.C. 1. Halband: Allgemeine Lehre, Personen, Rechtsobjekte. Tübingen, 1959, págs. - 428 y 429.
- (6) Al que se refiere Ennecerus en la pág. 430 de la obra citada. Vid. Larenz, K., op. cit., pág. 255. Puede verse una crítica a la teoría voluntarista (Willenstheorie), así como una exposición detallada en Castán Tobeñas, J.: Derechos subjetivos ..., cit. También en Goldschmidt, W.: Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes, 4ª edición, Buenos Aires, 1973, págs. 308 y ss.; Schreiber, F.: Concepto y formas fundamentales del Derecho. Esbozo de una teoría formal del Derecho y del Estado sobre base fenomenológica; traducción de E. García Maynez, México, 1975, págs. 44 y ss.
- (7) Larenz, K., op. cit., pág. 256.
- (8) De Castro y Bravo, F.: Derecho civil de España, - tomo I, 2ª ed., pág. 573.
- (9) Cfr. Duguit, L.: Traité de droit constitutionnel, 3ª ed., París, 1927, tomo I, pág. 274.
- (10) Puede verse una completa exposición, en Dabin, - J.: El derecho subjetivo, trad. por F.J. Osset, - Madrid, 1955, págs. 70 y ss.

- (11) Dabin, J.: El derecho..., cit., pág. 130.
- (12) Dabin, J.: El derecho..., cit., pág. 100.
- (13) Dabin, J.: El derecho..., cit., pág. 109.
- (14) Dabin, J.: El derecho..., cit., pág. 111. Su---
brayado en el original. Vid. allí la distinción
entre el uso del dominio y el ejercicio del de-
recho subjetivo, especialmente, a propósito de-
la representación legal.
- (15) Dabin, J.: El derecho..., cit., pág. 116.
- (16) Vid. infra págs. 297 y ss.
- (17) Dabin, J.: El derecho..., cit., págs. 118 y 119.
- (18) Dabin, J., op. cit., pág. 122.
- (19) Larenz, K., op. cit., pág. 274.
- (20) Larenz, K., op. cit., pág. 248.
- (21) Larenz, K., op. cit., pág. 269.
- (22) Larenz, K., op. cit., pág. 253.
- (23) Larenz, K., op. cit., pág. 269.

- (24) En contra Caraccioli, I.: L'esercizio del diritto, Milano, 1965, pág. 34.
- (25) Caraccioli, I., op. cit., pág. 32.
- (26) Larenz, K., op. cit., pág. 260.
- (27) Larenz, K., op. cit., pág. 261.
- (28) Vid. supra págs. 292 y ss.
- (29) Cfr. Caraccioli, I., op. cit., pág. 8; Leone, M.: L'esimente dell'esercizio di un diritto, Napoli, 1970, págs. 21 a 23.
- (30) Caraccioli, I., op. cit., pág. 13.
- (31) Vid. Guicciardi: La giustizia amministrativa, 3ª ed., 1954, pág. 420; Casetta: Diritto soggettivo e interesse legítimo: Problemi della loro tutela giurisdizionale, en Rivista trimestrale di diritto publico, 1952, págs. 618 y ss.; Garbaginati: La giurisdizione amministrativa. Concetto ed oggetto, 1950, págs. 61 y ss.
- (32) Caraccioli, I., op. cit., pág. 14.
- (33) Garrido Falla, F.: Interés legítimo, en Nueva - Enciclopedia Jurídica Seix, tomo XIII, Barcelona, 1968, pág. 222.
- (34) Op. y loc. cit. nota anterior.

- (35) Carrada-Bartolli: Il diritto soggettivo come -- presupposto dell'interesse legittimo, en Rivista Trimestrale di Diritto publico, 1953, págs. 348 y ss., cit. por Garrido Falla, F, op. cit., -- pág. 223.
- (36) Así, por ejemplo, de la situación de interesado legítimamente se desprende, en virtud del art.-28 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo y del 113,I de la Ley de Procedimiento Administrativo, la legitimación para demandar la declaración de no ser conforme a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la Administración, así como de recurrir en vía administrativa, respectivamente. Vid. Garrido Falla, F., op. cit., pág. 224.
- (37) Sin que esto suponga, en absoluto, identificarlo con el derecho subjetivo. Cfr. Ennecerus, L., op. cit., tomo I, pág. 288.
- (38) Vid. supra capítulo I.
- (39) En realidad, tampoco el derecho subjetivo aparece ilimitado, como después veremos. En contra, - Antolisei, F.: Manual..., cit., pág. 207: "Debe tratarse de un real y auténtico derecho subjetivo; un mero interés, aún protegido por el derecho, no es suficiente para la protección del hecho. Battaglini, G.: Diritto penale (parte generale), 3ª ed., Padova, 1949, pág. 310; Pannain,

R.: Manuale di Diritto penale, I, Parte Generale, 3ª ed., Torino, 1962, pág. 635; Pioletti, - U.: Manuale di Diritto penale (Parte generale), 2ª ed., Napoli, 1969, pág. 275.

- (40) Pagliaro, A.: Principii di Diritto penale (Parte generale), Milano, 1972, pág. 412.
- (41) Ranieri, S.: Manuale di Diritto penale, vol. I, Parte generale, Padova, 1952, pág. 137.
- (42) Mantovani, F.: Diritto penale. Parte generale, - Padova, 1979, pág. 227. En el mismo sentido Frosali, R.A.: L'esercizio di un diritto nel sistema delle cause di non punibilità, en Scritti -- Giuridici in onore di V. Manzini, Padova, 1954, pág. 224.
- (43) Caraccioli, I., op. cit., pág. 23.
- (44) Caraccioli, I., op. cit., pág. 25.
- (45) Caraccioli, I., op. cit., pág. 26.
- (46) Caraccioli, I. op. cit., pág. 28.
- (47) Larenz, K., op. cit., págs. 274 y ss.
- (48) Larenz, K., op. cit., pág. 274. Subrayados y -- entrecorillados en el original.

- (49) Así, por ejemplo, el art. 20 de la Constitución española prevee el respeto a los derechos por ella reconocidos como límite a la libertad de expresión. Sólo una correcta ponderación de intereses en conflicto puede explicar cual de los derechos constitucionalmente regulados debe prevalecer en cada caso concreto.
- (50) Larenz, K., op. cit., pág. 275.
- (51) Dabin, J., op. cit., págs. 276 y ss.
- (52) Vid. infra III.
- (53) Larenz, K., op. cit., pág. 277.
- (54) Larenz, K., op. cit., pág. 278.
- (55) Larenz, K., op. cit., pág. 279.
- (56) Larenz, K., op. cit., pág. 280.
- (57) Larenz, K., op. cit., págs. 281 y 282.
- (58) Los límites de la presente exposición que no -- pretende ser más que una mera clasificación descriptiva de los diferentes tipos de derecho subjetivo, no permiten una profundización en una categoría como la de los derechos potestativos, que presenta, por otra parte, un indudable inte

rés. Vid. Larenz, K., op. cit., págs. 281 y ss., y bibliografía allí citada. Por razones de coherencia, he preferido seguir una única exposición en este punto.

- (59) Larenz, K., op. cit., pág. 284.
- (60) Ibidem, pág. 286.
- (61) Ibidem, págs. 286 y 287.
- (62) Ibidem, págs. 291.
- (63) Vid. supra capítulo I.
- (64) Altavilla, E.: Lineamenti di Diritto criminale, 2ª ed., Napoli, 1932, pág. 135.
- (65) Antolisei, F.: Manual..., cit., pág. 207. Subrayado en el original.
- (66) Caraccioli, I., op. cit., pág. 37.
- (67) Cavallo, V.: L'esercizio del Diritto nella teoria generale del reato, Napoli, 1939, pág. 88.
- (68) En el mismo sentido Caraccioli, I., op. cit., - págs. 38 y 39. Vid. Vives Antón, T.S.: Reforma política y Derecho penal, en Cuadernos de Política Criminal, nº 1, 1977, págs. 73 y ss., especialmente pág. 80.

- (69) Así, los "delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos reconocidos por las leyes". Vid. Vives Antón, - T.S.: Reforma..., cit., págs. 98 y ss.
- (70) Vid. supra nota 49.
- (71) Caraccioli, I., op. cit., págs. 39 y 40.
- (72) Caraccioli, I., op. cit., pág. 40.
- (73) Ibídem, pág. 41.
- (74) En efecto, el concepto de abuso del derecho es entendido de maneras muy diversas: se ha puesto en relación con los conceptos de daño, desviación finalística del titular, móvil de perjuicio a terceros, motivo ilegítimo, falta, desviación de poder, fraude a la ley, etc. Esta dificultad llevó a Dabin a proponer un concepto de abuso basado en la Etica: "El uso de un derecho legal se transforma en abuso de ese derecho legal cuando se hace de él un uso contrario a la moralidad. El sumum ius del derecho positivo se cambia entonces en la summa iniuria de la moral". (op. cit., págs. 365 y 366). La solución aportada por el ilustre jurista belga me parece encuadrable entre las menos adecuadas. En efecto, un concepto jurídico que pase por el tamiz de la Etica resulta, en todo caso, y especialmente --

cuando nos estamos refiriendo nada menos que al punto en que cesa el derecho subjetivo, inaceptable.

- (75) Cfr. Dabin, J., op. cit., pág. 334.
- (76) Vid. Dabin, J., op. cit., págs. 340 y 341.
- (77) No es posible, aquí y ahora, efectuar un desarrollo de este precepto. Vid. por todos Gitrama González, M.: La corrección del automatismo jurídico mediante las condenas del fraude a la ley y del abuso del derecho, en Curso Monográfico sobre la Ley de Bases para la Modificación del Título Preliminar del Código Civil, Valencia, 1975, págs. 111 y ss., especialmente, 139 y ss. y específicamente, 147 a 168.
- (78) Cavallo, V.: L'esercizio..., cit., pág. 89.
- (79) *Ibidem*, págs. 90 y 91.
- (80) Recientemente, entre nosotros, ha propuesto Bérdugo una revisión del controvertido tema de la eficacia del consentimiento en los delitos de lesiones, descansando precisamente en la declaración de España como un Estado social y democrático de Derecho, contenido en el art. 1º de nuestra Constitución. Se alude a la "relación -

individuo-comunidad que corresponde al Estado social y democrático de Derecho recogido en el texto español de 1978" (pág. 207), si bien la conclusión a que se llega no concuerda con la opinión aquí manifestada, pues se muestra partidario de una concepción individualista del interés a la salud, que permita otorgar al titular de dicho bien jurídico un dominio pleno sobre el mismo. Vid. Berdugo Gómez de la Torre, I.: - El consentimiento en las lesiones, en Cuadernos de Política Criminal, nº 14, 1981, págs. 203 y ss.

- (81) Cavallo, V., op. cit., pág. 94. En contra, Carraccioli, I., op. cit., pág. 41.
- (82) Quintano Ripollés, A.: Comentarios al Código Penal, vol. I, Madrid, 1946, págs. 143 y 144.
- (83) Quintano Ripollés, A.: Curso de Derecho penal, tomo I, Parte general, Madrid, 1963, pág. 388.
- (84) Cavallo, V., op. cit., pág. 95.
- (85) Sobre la vigencia temporal de las normas penales de excepción, vid. por todos, recientemente y entre nosotros, Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T.S.: Derecho penal..., cit., tomo I, págs. 167 y ss.; especialmente en orden al problema de la retroactividad, págs. 183 a 185 y bibliografía allí citada.

- (86) Cavallo, V., op. cit., págs. 97 a 99.
- (87) Ibidem, pág. 102.
- (88) Vid. supra capítulo II.
- (89) No podemos referirnos aquí, más de lo que ya hemos hecho, a la construcción iusprivatista del abuso del Derecho, especialmente cristalizada - en el rechazo de los actos emulativos. Sobre el abuso del derecho en el campo de la eximente en estudio vid. Leone, M.: L'eximente..., cit., -- págs. 78 y ss., donde rechaza los requisitos de necesidad (pág. 80) y proporcionalidad (págs. - 81 y 82) a los que se refieren otros autores. - Cfr. Frosini: Esercizio del diritto, en Novissimo Digesto italiano, vol. VI, pág. 824.
- (90) Vid. en la doctrina española Córdoba Roda, J. - en Comentarios..., cit., tomo I, págs. 362 y 409.
- (91) Por su parte, el art. 514 del Proyecto de Ley - Orgánica del Código Penal tipifica la conducta de "el que, para realizar un derecho propio, en lugar de acudir a la vía judicial, recurriere a la violencia, intimidación o fuerza, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.- Se impondrá la pena superior en grado si para - la intimidación o violencia se hiciera uso de -

armas". La redacción del Proyecto aún pone más de manifiesto la referencia a un derecho preexistente, inadecuadamente satisfecho.

- (92) Vid. Bajo Fernández, M.: La realización arbitraria del propio derecho, Madrid, 1976, pág. 59.
- (93) Bajo Fernández, M., op. y loc. cit., nota anterior.
- (94) La realización arbitraria del propio derecho estuvo encuadrada, entre las coacciones, como "delitos contra la libertad y seguridad individuales" en los Códigos penales de 1848, 1850, 1870, 1928 y 1932.
- (95) Groizard, A.: El Código penal de 1870, tomo V, - Salamanca, 1893, pág. 715; Viada, S.: El Código penal reformado de 1870, 4ª ed., tomo III, Madrid, 1890, pág. 335; Vizmanos, T.M. y Alvarez, C.: Comentarios al Código penal, tomo II, Madrid 1848, pág. 451; Pacheco, J.F.: El Código penal concordado y comentado, 4ª ed., tomo III, Madrid, 1870, pág. 273 a los que se refiere Bajo Fernández, M., op. cit., pág. 60.
- (96) Bajo Fernández, M., op. cit., pág. 61. Vid. También Ardizzone, S.: I delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, Milano, 1975, págs. 177 y ss.; Regina, A.: L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni, Padova, 1979, págs. 167 y ss., donde se mantiene la opinión de que la ti-

pificación de esta conducta supone un límite al ejercicio de un derecho.

- (97) Sobre las consecuencias de la verificación de la conducta de realización arbitraria de otro derecho, vid. Bajo Fernández, M., op. cit., --- pág.s 50 a 55.
- (98) Regina, A.: op. cit., pág. 167 y ss.
- (99) Vid. supra págs. 320 y ss.
- (100) Vid. Vives Antón, T.S.: Reforma política..., -- cit., págs. 105 y ss.; Carbonell Mateu, J.C.: - Sobre el delito de propaganda ilegal, en Cuadernos de Política Criminal, nº 4, 1978, págs. 38- y ss.
- (101) Stratenwerth, G.: El problema de la "naturaleza de las cosas" en la teoría jurídica, trad. de - J. Cerezo Mir, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, -- 1964, pág. 26.
- (102) Sobre la evolución del concepto de deber, es de gran interés Schreiber, H.L.: Der Begriff der - Rechtspflicht. Quellenstudien zu seiner Geschichte. Berlín, 1966.
- (103) Larenz, K., op. cit., pág. 263.

- (104) Vid. infra III.
- (105) Como señalara ya Quintana Ripollés, A.: Comentarios..., cit., vol. II, pág. 204. y Quintero Olivares, G.: El delito de desobediencia y la desobediencia justificada, en Cuadernos de Política Criminal, nº 12, 1980, pág. 81.
- (106) Quintero Olivares, G.: El delito..., cit., -- pág. 61.
- (107) Octavio de Toledo y Ubieto, E.: La prevaricación del funcionario público, Madrid, 1979, -- pág. 246.
- (108) Octavio de Toledo, E., op. cit., pág. 247.
- (109) Cfr. Quintero Olivares, G.: El delito..., cit., pág. 62, nota 11.
- (110) Octavio de Toledo, E., op. cit., pág. 249.
- (111) El subrayado es mío.
- (112) Vid., por ejemplo, Quintero Olivares, G.: El delito..., cit., pág. 65.
- (113) En el mismo sentido Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T.S.: Derecho penal..., cit., tomo III- (en prensa).

- (114) Ciertamente, ambas vertientes de la eximente - resultan a veces de difícil delimitación entre sí, lo que llevó a decir a Cuello Calón que -- "muchas veces será imposible separarlas", Cuello Calón, E.: El nuevo Código penal español - (exposición y comentario), Barcelona, 1929, libro I, pág. 109.
- (115) Que aparece así como expresión del principio - de "no exigibilidad de una conducta adecuada a la norma". Cfr. Cobo del Rosal, M y Vives An--tón, T.S.: Derecho penal..., cit., tomo III -- (en prensa). No es posible analizar aquí la naturalidad de la obediencia debida, sobre la que la doctrina española aparece muy dividida. Generalmente, la afirmación de la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios en nuestro Derecho es utilizada como argumento fundamental de la concepción justificante de la obediencia debida. Conocida mi postura sobre este tema, -- puedo afirmar ahora que la concibo como causa- de inculpabilidad, al menos si es entendida como obediencia a un superior jerárquico y no, - al modo italiano, como obediencia a la Ley. El hecho de que, a diferencia del italiano, el Código penal español distinga entre cumplimiento de un deber y obediencia debida refuerza, a mi juicio, esta postura. En sentido contrario, entre otras muchas opiniones, Octavio de Toledo, E., op. cit., págs. 245 y 246 y Rodríguez Deve- sa, J.M.: Parte general..., cit., pág. 454.

- (116) En el mismo sentido, Córdoba Roda, J. en Comentarios..., cit., tomo I, pág. 360.
- (117) El tema fue ya apuntado al referirme a los elementos subjetivos de la justificación (vid. supra capítulo II) y al cumplimiento de un deber (vid. supra II).
- (118) Vid. Gómez Benítez, J.M.: El ejercicio..., cit.; por su parte Córdoba Roda apunta que el término "profesión" parece englobar ambos conceptos, - en Comentarios..., cit., tomo II, pág. 179.
- (119) Ello no significa que siempre quiebren algún - interés; en muchas ocasiones, el ejercicio será atípico: así, una intervención quirúrgica - no podrá, a mi entender, ser incluida en el ti po de lesiones, cuando sea el único medio para mejorar la salud del paciente; precisamente el bien jurídico que protege la tipificación de - la conducta de lesiones. Las anteriores afirma ciones tampoco suponen, como es obvio, que - - siempre que se dé una conducta típica en el -- ejercicio del cargo, esté justificada.
- (120) Vid., por ejemplo, supra capítulo II, notas 143 y 144.
- (121) Vid. supra capítulo II.

- (122) Recientemente han sido expuestas, con gran profundidad, estas consideraciones por Gómez Benítez, J.M., op. cit., págs. 27 y ss., y por lo que se refiere al error, pág. 197 y ss., y bibliografía allí citada, en especial Lenckner, T.: Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemässer Prüfung..., cit.
- (123) Lenckner, T., op. cit., pág. 72.
- (124) Ibidem, pág. 181. Tanto esta afirmación como la pregunta formulada por Lenckner se encuentran recogidas por Gómez Benítez, J.M., op. cit., págs. 204 y 202 respectivamente.
- (125) Vid. Stratenwerth, G.: Verantwortung und Gehorsam. Tübingen, 1958, pág. 171.
- (126) Gómez Benítez, J.M., op. cit., págs. 205 y ss. Como ya he señalado, no me parece éste el lugar adecuado para analizar la significación dogmática del "examen conforme a deber" más allá de lo que afecta al principio del interés preponderante como fundamento de la justificación y al cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, como cláusula general de la misma. En lo demás, me remito a la citada obra de Gómez Benítez.
- (127) Gómez Benítez, J.M., op. cit., pág. 199.

- (128) Vid. supra capítulo I.
- (129) Vid. supra capítulo II.
- (130) En el mismo sentido Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T.S.: Derecho penal..., cit., tomo III- (en prensa).
- (131) Repertorio de Aranzadi (A) 1036.
- (132) A. 550. En el mismo sentido, entre otras mu--- chas, las Sentencias de 28 de Enero de 1932 -- (A. 1875), 21 de Mayo de 1945 (A. 676) y 4 de Julio de 1961 (A. 2820).
- (133) A. 311.
- (134) A. 1128, y A. 4778, respectivamente.
- (135) A. 2004.
- (136) En el mismo sentido Sentencias de 29 de Noviem bre de 1966 (A. 5238) y 25 de Noviembre de - - 1965 (A. 5358).
- (137) A. 59.
- (138) A. 795.
- (139) Análogamente, Sentencia de 26 de Abril de 1933 (A. 2349).

- (140) Como ha hecho el Tribunal Supremo reiteradamente. Por ejemplo, en Sentencia de 9 de Marzo de 1963 (A. 1008).
- (141) Cfr. Córdoba Roda, J.: Comentarios..., cit., - tomo I, págs. 373 y 374.
- (142) Córdoba Roda, J.: Comentarios..., cit., tomo I, págs. 375 y 376.
- (143) Córdoba Roda, J.: Comentarios..., cit., tomo I, pág. 376.
- (144) Cobo del Rosal, M.: Teoría general de las circunstancias atenuantes. Inédito.
- (145) Ya me he referido con anterioridad a este tema, sobre el que existe una amplísima bibliografía. Vid. por todos la descripción de las diversas teorías efectuadas por Huerta Tocildo, S.: El error vencible de prohibición en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, en -- Cuadernos de Política Criminal, nº 12, 1980, - págs. 23 y ss.
- (146) Córdoba Roda, J.: Comentarios..., cit., tomo I, pág. 377.
- (147) Córdoba Roda, J.: El conocimiento de la anti--juridicidad en la teoría del delito, Barcelona, 1962, pág. 107.

- (148) Córdoba Roda, J.: El conocimiento..., cit., =
pág. 111.
- (149) Córdoba Roda, J.: El conocimiento..., cit., =
pág. 115. Reconoce, no obstante, que es apli-
cable el art. 565 del Código penal español, =
en base a que utiliza el término "malicia", =
que es más amplio que "dolo", pues incluye la
conciencia de la antijuricidad.
- (150) Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T.S.: Dere-
cho penal..., cit., tomo III, (en prensa).
- (151) Córdoba Roda, J.: Comentarios..., cit., Tomo I,
pág. 377.

CONCLUSIONES

I

A lo largo de la evolución de la Dogmática penal se han mantenido posiciones muy diversas acerca del fundamento material de la justificación. Así, ha habido autores que han negado la existencia de fundamento alguno, afirmando que las causas de justificación son tan sólo disposiciones permisivas, que se superponen a la norma prohibitiva.

II

Entre los partidarios de otorgar una fundamentación material a la justificación, existe un grupo para el que es imposible encontrar razones comunes a todas las causas de justificación, ya que éstas obedecen a

criterios distintos.

III

Tampoco es uniforme la postura de quienes sí encuentran criterios fundadores de todas las causas de justificación. Así, un sector doctrinal opina -- que éstas obedecen a causas plurales; mientras que otro entiende que es posible reducir el fundamento de la justificación a un único criterio.

IV

De entre las "teorías pluralistas" destaca la defendida, fundamentalmente, por Mezger, del "interés -- preponderante y la ausencia de interés". Para determinar éstos, es necesario ponderar previamente los bienes en conflicto. Por consiguiente, la postura de Mezger implica considerar la ponderación de intereses como el principio general de la justificación. Las demás posiciones pluralistas no difieren sustancialmente de ésta.

V

La teoría del "medio adecuado para el fin justo", =
debida esencialmente a Graf zu Dohna, considera --=
que lo que fundamenta la justificación es el hecho=
de constituir la conducta típica un medio adecuado=
para alcanzar un fin justo reconocido por el Estado.
La validez de esta tesis sólo puede sostenerse en =
cuanto el interés quebrantado por la acción idónea=
no merezca igual o mayor protección que el persegui
do. De lo contrario, habría que entender justifica-
da la producción de un mal mayor para la obtención=
de un bien menor. Por tanto, sólo podrá considerarse
una acción medio adecuado, en el caso de que no=
vulnere un interés superior al que proporciona.

VI

En un momento de la evolución del pensamiento de --=
Welzel se presenta la adecuación social como causa=
de justificación de derecho consuetudinario. Su ca-
racterización como fundamento de la justificación =
es incomprensible si no es puesta en relación con la
ponderación de intereses: es socialmente adecuada =

aquella conducta cuya verificación proporciona un == interés superior al que comporta su omisión, teniendo en cuenta el interés social en el desarrollo y lo que a éste coadyuva la realización de la misma.

VII

Tampoco la tesis de la "mayor utilidad que daño", debida a Sauer, es otra cosa que el resultado de una = ponderación de intereses en conflicto.

VIII

La doctrina ha utilizado diversas terminologías para= referirse al principio de ponderación de intereses. = En ocasiones, eso ha respondido a ciertas diferencias de matiz en su significación; otras veces, sin embargo, los términos han expresado conceptos equivalentes. De las diferentes denominaciones, la más correcta es= "ponderación de intereses", pues no sólo hay que comparar los bienes jurídicos en conflicto, sino también el grado de lesión o puesta en peligro, su relación = con el sujeto pasivo, etc.

IX

La ausencia total de interés no supone una puesta en cuestión de la antijuricidad, sino ya de la tipicidad misma. Si no existe daño alguno -ni lesión ni -= puesta en peligro- en un bien jurídico, la conducta= ni siquiera es típica.

X

El principio de la autonomía de la voluntad no es in compatible con el de la ponderación de intereses. -= Así, el consentimiento del sujeto pasivo, expresa la autonomía de la voluntad, que se convierte en un interés más, objeto de la ponderación. El establecimiento de cuáles son los bienes, sobre los que, dada su= importancia, el sujeto pasivo no tiene un absoluto = poder de disposición, es el resultado de otra ponderación.

XI

No puede sostenerse que el principio de ponderación= de intereses sea incompatible con el estado de necesidad en base a que en él se produce un conflicto de males y no de bienes. La comparación de los males no

Constituye sino el reverso de una misma medalla, respecto de la ponderación de los intereses en conflicto, en la que se toma en cuenta no sólo el valor de los bienes, sino también su grado de lesión o de peligro.

XII

Tampoco la legítima defensa se sustrae al principio de ponderación de intereses. Los bienes del agresor no quedan absolutamente desprotegidos. Por tanto, no puede afirmarse que esta causa de justificación se limite a resolver un conflicto entre Derecho e injusto. Por ello, se exige la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima.

XIII

Cuanto los intereses en conflicto son dos vidas humanas -las del agresor y agredido- el Ordenamiento se sitúa ante una paradoja: sólo puede proteger de manera absoluta la vida humana si, al mismo tiempo, deja en este caso y sólo en este caso, de proteger... la vida humana. Y es, sin duda, el principio de ponderación de intereses el que está detrás: frente al inte

rés -elevadísimo- que tiene el Derecho en proteger = siempre la vida humana (del agresor), se alza el interés que tiene en proteger la vida humana (del agredido) y además en afirmarse a sí mismo (defendiéndose preferentemente a quien no se rebela contra él); --- pues si no lo hiciese, sería inútil para proteger la vida humana ante cualquier agresión.

XIV

La verificación de una conducta típica que proporciona un interés superior al que quiebra está siempre = justificada. La ponderación de intereses aparece así como el fundamento material de la justificación penal. El baremo para comparar los intereses debe encontrarse en el seno del propio Ordenamiento jurídico.

XV

El denominado "sistema de la regla-excepción" no es más que un criterio expositivo, al que no debe otorgarse relevancia alguna de fondo. La afirmación de = que toda conducta típica es antijurídica excepto --- cuando concurre una causa de justificación, debe ma-

tizarse en el sentido de que no existe una conducta= contraria a Derecho que se convierte en jurídica por la concurrencia de una causa de justificación, sino= una conducta, desde el principio conforme a Derecho, aunque aparentemente antijurídica, cuya licitud se = comprueba mediante el examen acerca de las causas de justificación. Eso significa que no existe un "jui-- cio de justificación" subsiguiente a la afirmación = de que la conducta es antijurídica, sino, por el con= trario, un resultado negativo del juicio de antijuri= cidad.

XVI

No es adecuado considerar la justificación como el = resultado de un concurso de normas entre la prohibi= tiva y la disposición permisiva; en primer lugar, -= porque, en ocasiones, no hay una autorización, sino= un imperativo de actuar en sentido contrario al que, aparentemente, impone el tipo; y en segundo lugar, = porque no cabe hablar de concurso cuando desde el -= primer momento no surge la prohibición.

XVII

La teoría de los "elementos negativos del tipo" desconoce la diferencia de valoración que realiza el Derecho entre conductas típicas justificadas y conductas atípicas. La justificación de una conducta típica supone la presencia de un quebrantamiento de intereses, que queda compensado o superado por la concurrencia de una causa de justificación; ésto es, por la proporción de un interés igual o superior. En cambio, la verificación de una conducta atípica no supone quebranto de interés penalmente relevante alguno. Se rechaza, por consiguiente, la teoría de los "elementos negativos del tipo", y se afirma que el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación constituye un error de prohibición, y no de tipo.

XVIII

Si la antijuricidad está compuesta por un doble desvalor: -de la acción y del resultado-, bastará con negar uno de ellos para que quede negada la antijuricidad y afirmada, por consiguiente, la justificación.

Esta afirmación no tiene más excepciones que las expresamente contenidas por la descripción legal de la causa de justificación.

XIX

No cabe exigir elemento subjetivo de justificación = alguno sin que la Ley expresamente, y en el caso concreto, se refiera a ello. La justificación, por tanto, se produce aún cuando el sujeto actúe sin ánimo = de hacerlo de conformidad al Derecho o, incluso, lo desconozca.

Se rechaza, en consecuencia, la postura de quienes = afirman que la presencia del presupuesto objetivo de la justificación y la ausencia del ánimo de actuar = justificadamente dan lugar a la tentativa o, incluso, al delito consumado. La subsistencia del desvalor de la acción, sin desvalor del resultado alguno, no justifica ningún tipo de punibilidad.

XX

La adopción de esta postura no depende tanto de que = se sustente o no la teoría de los elementos negativos

del tipo, cuanto de que se considere la naturaleza =
fundamentalmente objetiva o subjetiva de la antijuri-
cidad. Esto, a su vez, está estrechamente vinculado =
con la concepción -sustancial-valoradora o formal-im-
perativista- del Derecho y del injusto que se abraza.
Desde el punto de vista de un Derecho penal preventi-
vo, carece de sentido castigar, ni aún con la pena =
de la tentativa, conductas que ni siquiera suponen =
peligro para algún bien jurídico, o que incluso re--
sultan beneficiosas. El Derecho no debe, pues, moti-
var a la no realización de conductas que proporcio--
nan un resultado valioso o, al menos, penalmente --=
irrelevante.

XXI

Dado el carácter unitario del Ordenamiento, una mis-
ma acción no puede, al mismo tiempo, ser justa y an-
tijurídica para una o varias ramas del Derecho. Por-
consiguiente, a la hora de analizar la justificación
penal de una conducta típica, habrá de ser tomada en
cuenta la totalidad del Ordenamiento jurídico, tanto
escrito cuanto consuetudinario.

XXII

Ello obliga al Derecho penal a una apertura, en materia de justificación, al resto del Ordenamiento jurídico, que puede hacer de dos maneras: bien admitiendo causas de justificación no codificadas y ni siquiera reguladas legalmente, sin que ésto suponga quiebra alguna del principio de legalidad al no tratarse de = incriminaciones sino de justificaciones; bien recogiendo una cláusula general de justificación que actúe como "puerta abierta" conducente a idéntica solución material: la consideración de la totalidad del = Ordenamiento como fuente, al menos indirecta, de la = justificación.

XXIII

La solución que, al respecto, adoptan los dos países occidentales, tradicionalmente considerados como vanguardistas en la ciencia penal, son representativas = de estas dos posibilidades: mientras el StGB carece = de cláusula general de justificación, por lo que en = la República Federal Alemana se admiten las causas supralegales, el Codice Penale Italiano reconduce éstas a través de una cláusula general.

XXIV

En el sistema del StGB, todo Derecho subjetivo o deber reconocido por el Ordenamiento jurídico positivo, en cualquiera de sus niveles, sirve para justificar, Por fuera del Ordenamiento jurídico positivo no es = posible justificación alguna.

XXV

Para que fuera aceptable que el § 139 del StGB (salvaguardia de intereses legítimos) es una cláusula general de justificación, sería necesaria una modificación legislativa. No se considera, en absoluto, in-dispensable, innovación alguna, en esta materia, en-el StGB, pues el principio general de la ponderación de intereses puede cubrir perfectamente todos los casos de justificación, sin necesidad de convertir en-cláusula general el § 139, ni de dotarle de "función evolutiva" alguna, como pretende Albin Eser.

XXVI

El artículo 51 del Código penal ejerce en Italia la función de cláusula general de justificación. La dis

posición recoge tanto aquellos casos en que se actúa en ejercicio de un derecho, cuanto aquellos en los que se cumple un deber, sea éste por obediencia al Ordenamiento jurídico, sea por obediencia a la Autoridad pública, cuyo mandato habrá de ser legítimo.

XXVII

En el Código penal español, la circunstancia 11ª del artículo 8º ejerce idéntica función de cláusula general de justificación.

XXVIII

La identificación del término "legítimo" con legal, éste es, contenido en la Ley en sentido estricto, planteada por algún autor, no puede admitirse sin desvirtuar completamente el significado, alcance y función que corresponden al precepto. La expresión "legítimo" es, por el contrario, sinónima de jurídico.

XXIX

El ejercicio legítimo de un derecho comprende no sólo el de los diferentes tipos de derecho subjetivo,

sino también el del interés legítimo y el de cual---
quiera de las facultades que el derecho otorga a su=
titular, sin más limitaciones que las derivadas del=
principio de ponderación de intereses y de la real =
existencia del derecho subjetivo o interés legítimo.

XXX

No es posible establecer, con carácter general, los=
límites emanados del propio derecho o interés. Sí --
puede afirmarse que cuando éste venga reconocido ex=
presamente por la Constitución, sólo podrá ceder an=
te otros intereses, también constitucionalmente pre=
vistas, sin que sea posible que la ley ordinaria u =
otra disposición de inferior rango venga a restrin--
gir los derechos reconocidos por la norma fundamen--
tal, para proteger alguno no previsto en la misma.

XXXI

No puede hablarse de conflicto normativo entre un --
precepto penal que, mediante el tipo, prohíbe la rea=
lización de una conducta, y el de otra naturaleza, =
que reconoce el derecho o interés a verificarla. es-

te constituye, por el contrario, un límite de áquel. Y es en el seno de la propia normativa penal donde = debe encontrarse la solución formal: ésa es la fun-- ción de la cláusula general de justificación.

XXXII

El principio de la ponderación de intereses marca el límite entre el ejercicio legítimo y el abuso del derecho que, en virtud del artículo 7.2 del Código ci-- vil no está apanrado por la Ley.

XXXIII

El artículo 337 del Código penal, regulador de la --- "realización arbitraria del propio derecho" y los "de litos cometidos con ocasión del ejercicio de los dere chos de la persona reconocidos por las leyes" consti tuyen sendos ejemplos de tipificaciones penales de -- conductas consistentes en el ejercicio abusivo o ile gal de un derecho.

XXXIV

La puesta en relación del artículo 369 del Código penal con el 103 de la Constitución permite interpretar que el bien jurídico protegido por el primero es el correcto servicio de la Administración a los intereses generales, de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. De esta manera, debe negarse la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios en nuestro Derecho. Los párrafos segundo y tercero del citado artículo 369 del Código penal son "causas de exclusión del tipo", mientras que la desobediencia a mandatos que no constituyan infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquier otra disposición general, pero sean antijurídicos, está justificada, en virtud de la circunstancia 11ª del artículo 8º, y concretamente, por constituir el cumplimiento de un deber.

Si bien el juicio acerca de si una conducta ha reportado un interés mayor que el quebrantado sólo puede realizarse, con propiedad, ex post, esto es, una vez comprobadas sus consecuencias y comparadas con las que se hubieran producido, suprimida mentalmente la conducta verificada, hay ocasiones en que el Ordenamiento tiene que adelantar el momento de la ponderación al de la toma de la decisión por parte del sujeto activo acerca de si lleva a cabo o no la conducta. De lo contrario, el ciudadano no podría conocer si debe actuar o no. "Se trata, exclusivamente, de los casos en que, por causas especiales, es realmente obligado liberar al autor del riesgo de una decisión tomada conforme a deber, pero errónea en definitiva", en palabras de Lenckner. Por fuera de estos casos, la conducta no estará justificada.

Si el sujeto, de acuerdo con una ponderación objetivamente correcta, ha llegado a la conclusión de ---

que debía actuar, su conducta estará justificada aunque, en virtud de un juicio ex post, no haya resultado beneficiosa. A cambio de justificar esta conducta, el Ordenamiento impone al ciudadano la obligación de llevar a cabo un "examen conforme a deber", con lo que desaparece el desvalor de la acción.

XXXVII

La justificación de estas conductas no descansa en el "privilegio estatal del error", sino en el principio de la ponderación de intereses; ponderación en la que importa el interés que el Ordenamiento tiene en que en casos análogos la conducta se lleve a cabo. Puede darse también con ocasión del ejercicio de actividades distintas a las de la función pública.

XXXVIII

Las anteriores afirmaciones no implican, en absoluto, que en el caso inverso, -es decir, cuando el sujeto no lleva a cabo el examen conforme a deber o, llevándolo a cabo, considera que no debe actuar y actúa, -produciendo un resultado valioso- haya de reputarse =

antijurídica la conducta, pues no se da el desvalor del resultado.

XXXIX

El uso de la violencia por parte de la Autoridad pública o su agente comporta la necesidad de un previo "examen conforme a deber", en que se habrá de tener en cuenta, no sólo la necesidad racional de la misma, sino además que su empleo no vaya a producir consecuencias más perjudiciales que beneficiosas, no pudiendo, para salvar un interés, perjudicar otro de mayor valor.

XL

En caso de que exista un abuso en la utilización de la violencia por la Autoridad pública o su agente, no será aplicable la eximente undécima del artículo 8º. Si el abuso fuere debido a un error vencible, deberá ser calificado a título de imprudencia, sin que pueda establecerse, con carácter general, la aplicabilidad de la circunstancia primera del artícu

lo 9º. Si el exceso en la violencia fuere fortuito,=
estará amparado por la eximente octava del artículo=
8º del Código penal.

~~~~~

~~~~~


BIBLIOGRAFIA

- ALIBRENDI, L. : "L'uso legittimo delle armi", Milano, 1979.
- ALLFELD, P. : "Lehrbuch des deutschen Strafrechts", 8. Aufl. =
Leipzig-Erlangen, 1922.
- ALTAVILLA, E. : "Lineamenti di Diritto criminale", 2ª Ed., Napo
li, 1932.
- ALVAREZ CID, J. y T. : "El Código penal de 1870", Córdoba, ---
1908.
- AMELUNG, K. : "Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. --
Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungs---
bereich eines Strafrechtsprinzips. Zugleich ein
Beitrag zur Lehre von der "Sozialschädlichkeit"
des Verbrechen", Frankfurt a. M., 1972.
- AMELUNG, K. : "Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines
Grundrechtsgutes. Eine Untersuchung im Grenzbe
reich von Grundrechts- und Strafrechtsdogmatik"
Berlin, München, 1981.
- ANGIONI, M. : "Le cause che escludono l'illicitá oggettiva pe-
nale", Milano, 1930.
- ANTOLISEI, F. : "L'offesa e il danno nel reato", Bergamo, 1930.
- ANTOLISEI, F. : "Manuale di Diritto Penale (Parte generale)",
trad. por J. del Rosal y A. Torio, con notas
del primero. Buenos Aires, 1960.
(7ª ed. en italiano a cargo de L. Ponti, Mi-
lano, 1975.

ANTON ONECA, J. ; (junto con Rodríguez Muñoz, J.A.) "Derecho penal", t. I: Parte General, Madrid, 1949.

ARAMBURU y ARREGUI, J.D. : "Instituciones de Derecho Penal Especial, arreglados al Código reformado en 30 de junio de 1850", Oviedo 1860.

ARDIZZONE, S. : "I delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni", Milano, 1975.

AURIOLES MONTERO, I. : "Instituciones de Derecho penal de España (escritas con arreglo al nuevo Código)", Madrid, 1849.

BACIGALUPO, E. : "El error sobre las excusas absolutorias", en Cuadernos de Política Criminal (CPC), nº 6, = 1978, págs. 3 y ss.

BACIGALUPO, E. : "Injusto y punibilidad", Tesis Doctoral. Inédita, Madrid, 1981.

BAJO FERNANDEZ, M. : "La realización arbitraria del propio derecho", Madrid, 1976.

BALLESTREM, K. W. Graf v. : "Der Notstand, ein Schuld- oder Unrechtsausschliessungsgrund?", Quakenbrück, 1928.

- BARATTA, A. : "Antonomie giuridiche e conflitti di coscienza. = Contributo alla filosofie e alle critica del diritto penale", Milano, 1962.
- BAR, L. v. : "Gesetz und Schuld im Strafrecht", Bd. II, Berlin, 1907.
- BATTAGLINI, G. : "Diritto Penale. Parte Generale", 3ª ed., Padova, 1949.
- BAUMANN, J. : "Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch", 8. Aufl., Bielefeld, 1977.
- BAUMANN, J. : "Ordnung und Unordnung", en Zeitschrift für Rechts politik, 1969, págs. 34 y ss.
- BAUMGARTEN, A. : "Notstand und Notwehr", Tübingen, 1911.
- BAUMGARTEN, A. : "Der Aufbau des Verbrechenslehre", Tübingen, = 1913.
- BELING, E. : "Die Lehre vom Verbrechen", Tübingen, 1906.
- BELING, E. : "Unschuld, Schuld und Schuldstufen", Leipzig, --- 1910.
- BELING, E. : "Grundzüge des Strafrechts. Mit einer Anleitung -- zur Bearbeitung von Strafrechtsfällen", 11. neu-- bearbeite Aufl., Tübingen, 1930.

- BELING, E. : "Il significato del principio nulla poena sine lege poenali nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale, en Giustizia penale", vol. XXXVII, Roma, 1931.
- BELING, E. : "Die Lehre vom Tatbestand", en Frank-Festgabe, Tübingen, 1930. (Trad. española: El rector de los tipos de delito, por L. Prieto Castro y J. Aguirre Cárdenas, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ), 1941, nº 3, págs. 195 y ss.
- BENTHAM, J. : "Tratados de legislación civil y penal", Ed. preparada (y trad.) por M. Rodríguez Gil, Madrid, 1981.
- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I. : "El consentimiento en las lesiones", en CPC, nº 14, 1981, págs. 203 y ss.
- BERNALDO DE QUIROS, C. : "Derecho Penal (Parte general)", México 1949.
- BERNER, A. F. : "Lehrbuch des Deutschen Strafrechts", 18. Aufl., Leipzig, 1898.
- BETTIOL, G. : "Il mito delle rieducazione", Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale, 1963, págs. 701 y ss.
- BETTIOL, G. : "La regola "in dubio pro reo" nel Diritto e nel processo penale", en Scritti Giuridichi, Tm. I, Padova, 1966, págs. 307 y ss.

- BETTIOL, G. : "Bene giuridico e reato", en Scritti Giuridici, tm. I, Padova, 1966, págs. 318 y ss.
- BETTIOL, G. : "L'odierno problema del bene giuridico" en Scritti Giuridici, tm. II, Padova, 1966, págs. 911 y ss.
- BETTIOL, G. : "Instituciones de Derecho penal y procesal", trad. de F. Gutiérrez-Alviz y Conradi, Barcelona, 1977.
- BETTIOL, G. : "Diritto penale. Parte Generale", 10ª ed., Padova, 1978.
- BIERLING, E. R. : "Juristische Prinzipienlehre", Tübingen, --- 1894-1905.
- BINDING, K. : "Handbuch des Strafrechts", Bd. I, Leipzig, 1885.
- BINDING, K. : "Die Normen und ihre Übertretung", t. I, 4ª ed., = Leipzig, 1922; t. II, Leipzig, 1918.
- BLEI, H. : "Strafrecht I: Allgemeiner Teil", 17. Aufl. (des von Edmund Mezger begründeten werkes), München, 1977.
- BOBBIO, N. : "Contribución a la teoría del Derecho", trad. y ed. por A. Ruiz Miguel, Valencia, 1980.
- BOCKELMANN, P. : "Strafrecht (Allgemeiner Teil)", München, 1973.

BOSCARIELLI, M. : "Compendio di Diritto penale", 2ª ed., Milano, = 1976.

BRICOLA, F. : "Teoria generale del reato", en Movissimo Digesto, = t. XIX, 1974.

BUENAVENTURA SELVA, N. : "Comentarios al Código Penal reformado y planteado provisionalmente por ley de 3 de junio de 1870, Madrid, 1870.

CARACCIOLI, I. : "L'esercizio del diritto", Milano, 1965.

CARBONELL MATEU, J.C. : "Sobre el delito de "propaganda ilegal"", en CPC nº 4, 1978, págs. 3 y ss.

CARBONELL MATEU, J.C. : "Observaciones en torno al proyecto de = ley sobre reforma del Código penal en = relación a los delitos cometidos con o- casión del ejercicio de las libertades= de expresión, reunión y asociación", en CPC nº 5, 1978, págs. 213 y ss.

CARNELUTTI, F. : "Lezioni di Diritto Penale. Il reato", Milano, = 1943.

CARRARA, F. : "Programma del corso di Diritto Criminale dettato= nella Regia Università di Pisa", trad. por J.J. = Ortega Torres y J. Guerrero, Parte general, vol. I Bogota, 1956.

CASTAN TOBEÑAS, J. : "Derechos subjetivos", en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, tm. VII, Barcelona, 1955.

CASTEJON, F. : "Comentarios científico-prácticos al Código Penal de 1870", Vol. II (el vol. I es obra de Q. Saldaña). Tratado de la responsabilidad, Madrid, 1926.

CASTILLO GARCIA Y SORIANO, R. "La reforma del Código penal español", Avila, 1896.

CASTRO Y OROZCO, J.;

ORTIZ ZUÑIGA, M.: "Código penal explicado (para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones)", Granada, 1848.

CAVALLO, V. : "Il principio di causalità nel Codice Penale", Napoli, s.f.

CAVALLO, V. : "L'esercizio del diritto nelle teoria generale del reato", Napoli, 1939.

CAVALLO, V. : "Diritto Penale. Parte Generale", Napoli, 1955.

CEREZO MIR, J. : "Curso de Derecho penal español. Parte general I Introducción. Teoría jurídica del delito 1", = 2ª ed., actualizada y considerablemente ampliada, Madrid, 1981.

CIVOLI, C. : En Enciclopedia del Diritto penale italiano (Raccolta di monografie a cura di E. Pessina), Vol. 5º, Milano, 1904.

COBO DEL ROSAL, M. : "La reciente dogmática de los caracteres del delito". Tesis Doctoral, parcialmente inédita, Madrid, 1960.

COBO DEL ROSAL, M. : "Resumen y sistematización del desarrollo histórico dogmático del concepto de delito" en Revista de Derecho judicial, Madrid, 1960, págs. 49 y ss.

COBO DEL ROSAL, M. : "El artículo 426 del Código penal y el problema del consentimiento en las lesiones en la Reforma Penal española", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), XV (1962), págs. 303 y ss.

COBO DEL ROSAL, M. : "Revisión del problema del consentimiento en las lesiones en el Código Penal", en ADPCP, XVII (1964), págs. 243 y ss.

COBO DEL ROSAL, M. ;

VIVES ANTON, T. S. : "Derecho penal. Parte general", Valencia, tm. I, 1980; tm. II, 1981; tm. I-II, 1981 y tm. III, en prensa.

CORDOBA RODA, J. : "El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito", Barcelona, 1962.

CORDOBA RODA, J. : "Una nueva concepción del delito: la doctrina finalista", Barcelona, 1963.

CORDOBA RODA, J. : "Las eximentes incompletas en el Código penal", Oviedo, 1966.

CORDOBA RODA, J. ;

RODRIGUEZ MOURULLO, G. ;

(DEL TORO MARZAL, A., CASABO RUIZ, J.R.) : "Comentarios al Código penal", Barcelona, tm. I, 1972; tm. II, 1972 y tm. III, 1978.

CORSONELLO, C. : "Teoria delle cause oggettiva di cessazione del reato", Padova, 1941.

CUELLO CALON, E. : "Exposición del Código penal reformado", Barcelona, 1933.

CUELLO CALON, E. : "El nuevo Código penal español (exposición y comentario)", L. I, Barcelona, 1929.

CUELLO CONTRERAS, J. : "La estructura de la acción punible", en CPC, nº 12, 1980, págs. 5 y ss.

DABIN, J. : "El derecho subjetivo", trad. por F.J. Osset, Madrid, 1955.

DAHM, G. : "Verbrechen und Tatbestand", en Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlín, 1935.

- DALHEIMER, K. : "Die Rechtsnatur der Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB)", Dissertation, Mainz, 1955.
- DEIITALA, G. : "Il "fatto" nelle teoria generale del reato", Padova, 1930.
- DIAZ, E. : "Estado de derecho y sociedad democratica", Madrid, -- 1975.
- DIAZ PALOS, F. : "Estado de necesidad", en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, tm. 8, págs. 904 y ss. (con unas = conclusiones adicionadas), Barcelona, 1956.
- DIAZ PALOS, F. : "La legítima defensa. Estudio técnico-jurídico", Barcelona, 1971.
- DOHNA, A. Graf zu : "Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges = Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Strafrechtslehre" Halle a.S, 1905 (trad. española "La ilicitud como característica general en el contenido= de las acciones punibles. Contribución a la= doctrina jurídico-penal general", por F. Ballvé, México, 1959.
- DOHNA, A. Graf zu : "Recht und Irrtum", Mannheim, 1925.
- DOHNA, A. Graf zu : "La estructura de la teoría del delito", -- trad. de la 4ª ed. alemana por C. Fontán Ba lestra, Buenos Aires, 1958.

- DORADO MONTERO, P. : "Problemas de Derecho penal", Madrid, 1895.
- EBERLE, K. : "Beiträge zur Lehre der Wahrnehmung berechtigter Interessen", Kiel, 1933.
- END, H. : "Existentielle Handlungen im Strafrecht. (Die Pflichtenkollision im Lichte der Philosophie von Karl Jaspers)", München, 1959.
- ENGISCH, K. : "Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht", Berlin, 1930.
- ENGISCH, K. : "Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründe. Kritische Betrachtungen zu den §§ 19 und 40 des Entwurfs 1958", en Zeitschrift für die gesamte Strafrecht wissenschaften (ZSTW) 70 (1958).
- ENNECERUS, L. : "Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch", 15. neubearbeitete Aufl., por H.C. Nipperdey, 1. Halbband: Allgemeine Lehre, Personen, Rechtsobjekte, Tübingen, 1959.
- ESCRIVA GREGORI, J.M. : "La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal", Barcelona, 1976.
- ESCRICHE, J. : "Elementos del Derecho patrio", Madrid, 1840.

- ESER, A. : "Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner ---
Rechtfertigungsgrund (Zugleich ein versuch über Rechts-
güterschutz und evolutives Recht)", Bad Homburg v.d.H.,
Berlin, Zürich, 1969.
- ESTEBAN DRAKE, A. : "Los derechos públicos subjetivos", Madrid, --
1981.
- FERNECK, A.F.H. v. : "Die Rechtswidrigkeit", Bd. I, Der Begriff --
der Rechtswidrigkeit, Jena, 1903.
- FERRER SAMA, A. : "El error en Derecho penal", Murcia, 1941.
- FERRER SAMA, A. : "Comentarios al Código penal", Murcia, 1948.
- FERRI, E. : "Principios de Derecho Criminal", Trad. por J.A. Rodrí-
guez Muñoz, Madrid, 1938.
- FEUERBACH, A. : "Lehrbuch des gemeinen Deutschland gültigen pein---
lichen Recht", Erfurt, 1799.
- FIGLIO, C. : "Il reato impossibile", Napoli, 1959.
- FIGLIO, P. : "L'azione socialmente adeguati nel Diritto Penale", Na-
poli, 1966.

- FLORIAN, E. : "Parte generale del Diritto penale", 5ª ed., Milano, = 1934.
- FRANK, R. v. : "Bericht über die Rechtsprechung des Reichsgerichts", en ZSTW 14 (1894), págs. 354 y ss.
- FRANK, R. v. : "Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich", Tübingen, 1ª ed., 1897; 2ª ed. 1901; 3ª/4ª ed. 1903; -- 5ª/7ª ed. 1908, 8ª/10ª ed. 1911 ... 17ª ed. 1926 y= 18ª ed. 1931.
- FROSALI, R.A. : "L'errore nella teoria del Diritto penale", Roma -- 1933.
- FROSALI, R.A. : "L'essencio di un diritto nel sistema delle cause= di non punibilità" en Scritti Giuridici in onore di V. Manzini, Padova, 1954.
- GAJARDO URZUA, F. : "El cumplimiento de su deber y el ejercicio de= un derecho como causales de justificación", Te= sis Doctoral, Santiago de Chile, 1964.
- GALLAS, W. : "Beiträge zur Verbrechenslehre", Berlin, 1968.
- GALLO, E. : "Reato impossibile per apparente consumazione", en Ri-- vista Italiana di Diritto e procedura penale, 1964, -- págs. 1120 y ss.

GARCIA GOYENE, I. : "Código criminal español, según las leyes y == prácticas vigentes, comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés", Ma drid, 1843.

GARCIA-PUENTE LLAMAS, J. : "Nuestra concepción de las excusas obsu latorias", en ADPCP, nº XXXIV, 1981, = págs. 81 y ss.

GARRIDO FALLA, F. : "Interés legítimo", en Nueva Enciclopedia Jurí dica Seix, tm. XIII, Barcelona, 1968.

GIACHETTI, C. : "Dei reati e delle pene in generale", Vol. 2º, Fi renze, 1889.

GIMBERNAT ORDEIG, E. : "Die innere und die äussere Problematik des inadéquänten Handlungen in der dentschen = Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag = zum Kausalproblem im Strafrecht", (Disser tation), Hamburg, 1963.

GIMBERNAT ORDEIG, E. : "Delitos cualificados por el resultado y -= causalidad", Madrid, 1966.

GIMBERNAT ORDEIG, E. : Revisión crítica a Welzel, H. : "El nuevo= sistema del Derecho penal. Introducción a= la doctrina de la acción finalista" (trad. y notas de J. Cerezo Mir), en Revista de = Estudios Penitenciarios, 1966, págs. 473 y ss.

- GIMBERNAT ORDEIG, E. : "¿Tiene un futuro la dogmática jurídica penal?", en Estudios de Derecho penal, Madrid, 1976, págs. 57 y ss.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. : "El estado de necesidad: un problema de justificación", en Estudios de Derecho penal, Madrid, 1976, págs. 107 y ss.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. : "Introducción a la Parte general del Derecho penal español", Madrid, 1979.
- GITRAMA GONZALEZ, M. : "La corrección del automatismo jurídico mediante las condenas del fraude a la ley y del abuso del derecho", en Curso Monográfico sobre la Ley de Bases para la Modificación del Título Preliminar del Código civil, Valencia, 1975, págs. 111 y ss.
- GOLDSCHMIDT, J. : "Der Notstand, ein Schuldproblem. Mit Rücksicht auf die Strafgesetzentwürfe Deutschlands, Österreichs und der Schweiz", en Österreichische Zeitschrift für Strafrecht, 1913, págs. 129 y ss.
- GOLDSCHMIDT, W. : "Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes", 4ª ed., Buenos Aires, 1973.
- GOMEZ BENITEZ, J.M. : "El ejercicio legítimo del cargo", Madrid, 1980.

- GOMEZ ORBANEJA, E. : "El ejercicio de los derechos", Madrid, ----,
1975.
- GGANATA, L. : "Compendio di Diritto penale italiano (Parte Gene-
rale)", Roma, 1953.
- GREGORI, G. : "Adequatezza sociale e teoria del reato", Padova, =
1969.
- GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, A. : "El Código penal de 1870, con-
cordado y comentado", tm. I,=
2ª ed., Madrid, 1902.
- GROSSO, C.F. : "Difesa legittima e stato di necessità", Milano, =
1964.
- HÄBERLE, P. : "Die wesengehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grund-
gesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen=
Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom ---
Gesetzesvorbehalt", 2. Aufl., Karlsruhe, 1972.
- HARDT, U. : "Grenzen zulässiger Interessenwahrnehmung unter dem =
Gesichtspunkt des erlaubten Risikos. (Eine dogmatische
Untersuchung zu § 193 StGB)", München, 1967.
- HART, H.L.A. : "Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis",---
trad. por G.R. Carrió, Buenos Aires, 1962.
- HERTZ, E.: "Das Unrecht und die allgemeinen Lehre des Strafrechts",
Hamburg, 1880.

- HIMMELREICH, K. : "Notwehr und Fahrlässigkeit", Berlin, 1975.
- HIRSCH, H.J. : "Die Lehre von den negativen Tatbestandmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund", -- Bonn, 1960.
- HIRSCH, H.J.: "Soziale Adäquanz und Unrechtslehre", en ZSTW 74 = (1962), págs. 78 y ss.
- HOFMANN, W. : "Beweislast und Rechtfertigung bei ehrverletzenden Behauptungen im politischen Bereich", en Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1966, págs. 1200 y ss.
- HOLD v. FERNECK, A. : "Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung = zu der allgemeinen Lehre des Strafrechts". Jena, 1. Bd. 1903; 2. Bd. 1905.
- HUERTA TOCILDO, S. : "El error vencible de prohibición en el Proyecto de ley orgánica de Código penal de = 1980", en CPC, n° 12, 1980, págs. 23 y ss.
- IMPALLOMENI, G.B. : "Instituzioni di Diritto penale" (prima ristampa dell'edizione postuma, curata di V. = Lanza), Torino, 1911.
- JARAMILLO GARCIA, A. : "Novisimo Código Penal, comentado y cotejado con el de 1870", vol. I, Salamanca, 1928.

JESCHECK, H.H. : "Lehrbuch des Strafrechts (Allgemeiner Teil)", =
3. Aufl., Berlin 1978 (trad. española F. Muñoz=
Conde y S. Mir Puig, Barcelona, 1981).

JIMENEZ DE ASUA, L. : "La teoría jurídica del delito", Discurso =
leído en la solemne inauguración del curso
académico de 1931 a 1932, Madrid, 1931.

JIMENEZ DE ASUA, L. : "El nuevo Derecho penal", Madrid, 1929.

JIMENEZ DE ASUA, L. : "Tratado de Derecho penal", tm. IV, 3ª ed.,
Buenos Aires, 1965.

KAUFMANN, Arm. : "Teoría de las normas", trad. E. Bacigalupo y E.
Garzón Valdés, Buenos Aires, 1977.

KAUFMANN, Art. : "Das Unrechts bewusstsein in der Schuldlehre des
Strafrechts", Mainz, 1950.

KIENAPFEL, D. : "Das erlaubte Risiko im Strafrecht. (Zur Lehre ==
vom sozialen Handlungsbegriff)", Frankfurt, a.M.,
1966.

KITZINGER, F. : "Juristische Apherismen", Berlín, 1923.

KLUG, U. : "Die zentrale Bedeutung des Schutzgedankes für den ==
Zweck der Strafe", Berlin, 1938.

- KOHLRAUSCH, E. : "Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht", I Teil.
Berlin, 1903.
- KOHLRAUSCH, E. : "Besprechung von Frank 3/4. Aufl.", en ZStW 24 =
(1903), págs. 730 y ss.
- KRAEMER, K. : "Ausschluss der Rechtswidrigkeit Dei Befehl des Vor-
gesetzten", Köln, 1925.
- KRAUSS, D. : "Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht" en --
ZStW 76 (1964), págs. 19 y ss.
- KÖHLER, A. : "Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil", Leipzig, =
1917.
- KÜPER, W. : "Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflicht--
tenkollision im Strafrecht", Berlin, 1979.
- LACKNER, K. : "Strafgesetzbuch mit Erläuterungen", 12. Aufl., Mün-
chen, 1978.
- LANGLE RUBIO, E. : "Código Penal de 1870", Madrid, 1915.
- LANGLE RUBIO, E. : "La teoría de la Política Criminal", Madrid, =
1927.
- LANZA, V. : "Diritto penale italiano (Principii generali)", Tori-
no, 1908.

- LARENZ, K. : "Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts", 3. Aufl., München, 1975 (trad. española con notas,= por M. Izquierdo y Macias-Picavea, Jaén, 1978).
- LARENZ, K. : "Metodología de la ciencia del Derecho", trad. por = M. Rodríguez Molinero, 2ª ed., Barcelona, 1980.
- LENCKNER, T. : "Notwehr bei provoziertem und verschuldetem An--griff", en Goltdammers Archiv für Strafrecht, --- 1961.
- LENCKNER, T. : "Der rechtfertigende Notstand", Tübingen, 1965.
- LENCKNER, T. : "Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis --pflichtgemässer Prüfung", en Beiträge zur gesam--mten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer, Berlin, 1966, págs. 165 y ss.
- LEONE, G. : "Elementi di Diritto e procedure penale", Napoli, --- 1966.
- LEONE, M. : "L'esimente dell'esercizio di un diritto", Napoli, --- 1970.
- LISZT, F. v. : "Tratado de Derecho Penal", trad. por L. Jiménez = de Asúa y adicionado por Q. Saldaña, 3ª ed., Ma--drid, s.f.

LISZT, F. v. : "Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge", Berlin, --
1905 (reimpr. 1970).

LOHSE, H. : "Die Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB) =
bei der Pressebeleidigung auf der Grundlage der Zweck-
theorie", (Dissertation), Freiburg i. Br., 1958.

LOPEZ DE OÑATE, F. : "La certeza del Derecho", Buenos Aires, 1956.

LOPEZ-REY Y ARROJO, M.;

ALVAREZ VALDES, F. : "El nuevo Código Penal", Madrid, 1933.

LUCAS VERDU, P. : "La lucha por el Estado de Derecho", Bolonia, --
1975.

LUZON PEÑA, D. M. : "El doble fundamento de la legítima defensa", =
en CPC, nº 3, 1977, págs. 101 y ss.

LUZON PEÑA, D. M. : "Aspectos esenciales de la legítima defensa", =
Barcelona, 1978.

MAGALDI PATERNOSTRO, M.J. : "La legítima defensa en la Jurispruden-
cia Española. Análisis de los aparta-
dos 4, 5 y 6 del art. 8 del Código Pe-
nal", Barcelona, 1976.

MAGGIORE, G. : "Diritto penale", Vol. I, Parte Generale, tm. I, 5ª
ed., Bologna, 1961.

- MALINVERNI, A. : "Esercizi di Diritto penale", Torino, 1962.
- MANTOVANI, F. : "Esercizio del diritto", en Enciclopedia del Diritto, tm. XV, 1966, págs. 627 y ss.
- MANTOVANI, F. : "Diritto penale. Parte generale", Padova, 1979.
- MANZINI, V. : "Trattato di Diritto Penale", 4ª Ed., Torino, 1961-1964.
- MARTIN LOSADA, L. : "El Código penal de 1928. Su estudio y comparación con el de 1870", Madrid, 1928.
- MASSARI, E. : "La dottrina generali del Diritto penale (Corso di Lezione Universitaria)", Napoli, 1930.
- MAURACH, R. : "Das Unrechtsbewusstsein zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik", en Festschrift für E. Schmidt, Göttingen, 1961, págs. 301 y ss.
- MAURACH, R. : "Derecho penal (Parte general)", trad. y notas de J. Córdoba Roda, Barcelona, 1962.
- MAYER, H. : "Der bindende Befehl im Strafrecht", en Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Festgabe für Reinhart von Frank (Hrsg. von A. Hagler), Tübingen, 1930, Bd. I, págs. 598 y ss.

- MAYER, H. : "Strafrecht. Allgemeiner Teil", Stuttgart, 1967.
- MAYER, M.E. : "Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht", Strassburg, 1899.
- MAYER, M.E. : "Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch", Heidelberg, 1915 (2ª ed., inmodificada, --= 1923).
- MERKEL, R. : "Die Kollision rechtmässigen Interessen und die Schadenarztspflicht bei rechtmässigen Handlungen", 1895.
- MERKEL, R. : "Grundriss des Strafrechts" Teil I. Allgemeiner Teil, = Bonn, 1927.
- MERKEL, R. : "Schuld, Vorstz, Fahrlässigkeit, Irrtum", en J.W., --= 1925, págs. 893 y ss.
- MERKEL, A. : "Lehrbuch des Deutschen Strafrechts", Stuttgart, 1889, (trad. Derecho penal, por P. Dorado Montero, Madrid, s.f.).
- MEZGER, E. : "Die subjektiven Unrechtselemente", en Der Gericht---saal (GS), 89, 1924.
- MEZGER, E. : "Tratado de Derecho penal", trad. de la 2ª ed. alemana y notas de Derecho español por J.A. Rodríguez Muñoz, 2ª ed., tm. I; tm. II adicionado por A. Quintano Ripollés, Madrid, 1955.

- MEZGER, E. : "La culpabilidad en el moderno Derecho penal", trad. = directa del alemán por J.M. Navarrete Urieta, Valladolid, 1956.
- MIR PUIG, S. : "Introducción a las bases del Derecho penal", Barcelona, 1976.
- MIR PUIG, S. : "Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho", Barcelona, 1979.
- MIR PUIG, S. : "Fundamento constitucional, de la pena y teoría del delito, en la reforma del Derecho penal", Barcelona, 1980, págs. 140 y ss.
- MOLARI, A. : "Profili dello stato di necessità", Padova, 1964.
- MOLETTI, L. : "In tema di reato impossibili", en la Giustizia Penale, 1954, tm. II, 836 y ss.
- MORO, A. : "L'antigiuridicità penale", Padova, 1947 (trad. por D. = A. de Santillán, Buenos Aires, 1949).
- MUÑOZ CONDE, F. : "Derecho Penal (Parte especial)", 2ª ed., 3ª reimp., Sevilla, 1979.
- MUÑOZ CONDE, F. : "Introducción al Derecho penal", Barcelona, 1975.

- MUÑOZ CONDE, F. : "Über den materiellen Schuldbegriff", en GA, 1978, págs. 65 y ss.
- NAGLER, J. : "Die Problematik der Begehung durch Unterlassung", en = GS, 1938, tm. III, págs. 1 y ss.
- NAGLER, J. : En Das Reichsstrafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Bd.= I (68 1-152), 6. Aufl., Berlin, 1944, págs. 35 y ss.
- NEPPI MODONA, G. : "I concetti di idoneità degli atti e idoneità --- dell'azione. Struttura e accertamento", en Rivista italiana di Diritto e procedura penale, 1963, págs. 753 y ss.
- NIESE, W. : "Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit", Tübingen, 1951.
- NOLL, P. : "Übergesetzliche Milderungsgründe aus verminderten Un--- recht", en ZStW 68 (1956), págs. 181 y ss.
- NOLL, P. : "Tatbestand und Rechtswidrigkeit. Bei Wertabwägung als -- Prinzip der Rechtfertigung", en ZStW 77 (1965), págs. 1 y ss.
- NOWAKOWSKI, F. : "Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit", en ZStW 63 -- (1951), págs. 287 y ss.

- NUÑEZ BARBERO, R. : "El delito imposible", Salamanca, 1963.
- NUÑEZ DE CEPEDA, H. : "1870 - Código penal - 1932", La Coruña, 1932.
- NUVOLONE, P. : "I limiti taciti della norma penale", reimpr., Padova, 1972 (1ª ed. 1945).
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. : "La prevaricación del funcionario público", Madrid, 1979.
- ORTEGO COSTALES, J. : "Ensayo sobre la Parte especial del Derecho penal", La Laguna, 1959.
- ORTS BERENGUER, E. : "Atenuante de análoga significación. Estudio del artículo 9.10 del Código penal", Valencia, 1978.
- OTTO, H. : "Grundkurs im Strafrecht. Allgemeines Strafrechtslehre", Berlin, New York, 1976.
- OTTO, H. : "Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil", 3ª ed., Marburg, 1978.
- PACHECO, J.F. : "Estudios de Derecho penal (Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid, en 1839 y 1840)", Madrid, 1842.

- PACHECO, J.F. : "El Código penal concordado y comentado", 5ª Ed., --
tm. I, Madrid, 1881.
- PAGLIARO, A. : "Principi di Diritto penale (Parte generale)", Mila--
no, 1972.
- PANNAIN, R. : "Manuale di Diritto penale", I - Parte generale, 3ª ed.,
Torino, 1968.
- PELUSO, G. : "Il reato impossibile", en Studi in onore di E. Eula, =
Vol. III, Milano, 1957, págs. 231 y ss.
- PEREZ, L.C. : "Tratado de Derecho penal", tm. II, 2ª ed., Bogotá, --
1977.
- PESSINA, E. : "Elementos de Derecho penal", trad. por H. González --
del Castillo, prologada y adicionada con arreglo al =
Derecho español de entonces por F. de Aramburu y Zu--
loaga, 2ª ed. anotada por E. Cuello Calón, Madrid, --
1913.
- PETTENALI, R. : "Esercizio del diritto ed epiteto ingiurioso raccolto
al presunto autore di un furto", en Rivista italia--
na di Diritto e procedura penale, 1963, págs. 225 y
ss.

- PETERS, K. : "Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip", en Festschrift für Hans Welzel, Berlin, New York, 1974, págs. 415 y ss.
- PETROCELLI, B. : "Riesame degli elementi del reato", en Rivista italiana di Diritto e procedure penale, 1963, págs. 337. y ss.
- PETROCELLI, B. : "Principii di Diritto penale", Vol. I - Introduzione - La norma penale - il fatto. Ristampa della 2ª ed., Napoli, 1964.
- PETROCELLI, B. : "L'antigiuridicità", 4ª ed., Padova, 1966.
- PIOLETTI, U. : "Manuale di Diritto penale (Parte generale)", 2ª ed., Napoli, 1969.
- POLAINO NAVARRETE, M. : "Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español", Sevilla, 1972.
- POLAINO NAVARRETE, M. : "El bien jurídico en el Derecho penal", Sevilla, 1974.
- QUINTANO RIPOLES, A.: "Comentarios al Código penal", Vol. I, Madrid, 1946.

QUINTANO RIPOLLES, A. : "Curso de Derecho penal", tm. I - Parte general, Madrid, 1963.

QUINTANO RIPOLLES, A. : "Tratado de la Parte especial de Derecho penal", 2ª ed., notas E. Gimbernat Ordeig, --- tm. I, vol. I, Madrid, 1972.

QUINTERO OLIVARES, G. : "Represión penal y Estado de Derecho", Barcelona, 1976.

QUINTERO OLIVARES, G. : "El delito de desobediencia y la desobediencia justificada", en CPC, nº 12, 1980, págs. 59 y ss.

QUINTERO OLIVARES, G. : "Introducción al Derecho penal", Barcelona, = 1981.

RADBRUCH, G. : "Zur Systematik der Verbrechenslehre", en Frank-Festgabe, Bd. I, Tübingen, 1930, págs. 158 y ss.

RADBRUCH, G. : "Filosofía del Derecho", 4ª ed. de la trad. española, = Madrid, 1959.

RAMIRO RUEDA, R. : "Elementos de Derecho penal", Santiago, 1886.

RANIERI, S. : "Manuale di Diritto penale" Parte generale, Padova, 1952.

- REGINA, A. : "L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni", Padova,= 1979.
- RIO, R. del : "Explicaciones de Derecho penal", tm. I, Santiago de = Chile, 1945.
- ROCCO, A. : "L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale", en Opere Giuridiche, Roma, 1932.
- RODRIGUEZ DEVESA, J.M. : "Derecho penal español (Parte general", 8ª= ed., Madrid, 1981.
- RODRIGUEZ DEVESA, J.M. : "Derecho penal español (Parte especial", 8ª ed., Madrid, 1980.
- RODRIGUEZ MOURULLO, G. : "Delito imposible y tentativa de delito en= el Código penal español", en ADPCF, 1971,= págs. 369 y ss.
- RODRIGUEZ MOURULLO, G. : "Legalidad (principio de)", en Nueva Enci-- clopedia Jurídica Seix, tm. XIV, Barcelona, 1971, págs. 882 y ss.
- RODRIGUEZ MOURULLO, G. : "Legítima defensa real y putativa en la doc-- trina penal del Tribunal Supremo", Madrid,= 1976.

RODRIGUEZ MOURULLO, G. : "Derecho penal. Parte general", Madrid, ---
1977.

RODRIGUEZ MUÑOZ, J.A. ; (junto con Antón Oneca, J.) (en colaboración
con T. Jaso Roldán y J.M. Rodríguez Devesa),
"Derecho penal", tm. II, Parte especial, Ma-
drid, 1949.

RODRIGUEZ MUÑOZ, J.A. : "La teoría de la acción finalista. Lección =
inaugural del curso 1953-54, Valencia, ---
1954", 2ª ed. presentada por M. Cobo del Ro-
sal, prólogo J.M. Rodríguez Devesa, Valen-
cia, 1978.

RODRIGUEZ RAMOS, L. : "El "resultado" en la teoría jurídica del deli-
to", en CPC, nº 1, 1977, págs. 49 y ss.

RODRIGUEZ RAMOS, L. : "Apuntes de Derecho penal. Parte general", tm.
II, Madrid, 1978.

ROLDAN BARBERO, H. : "La naturaleza jurídica del estado de necesidad
en el Código penal español. Crítica de la teo-
ría de la no exigibilidad de la conducta ade-
cuada a la norma", Madrid, 1980.

ROMANO DI FALCO, E. : "Manuale di Diritto penale", Roma, 1955.

- ROSAL, J. del : "Nuevo sentido del Derecho penal.(Problemas de concepto, método y fuentes)", Valladolid, 1942.
- ROSAL, J. del : "Una nueva concepción del delito", Granada, 1943.
- ROSAL, J. del : "Principios de Derecho penal español", Valladolid, = 1945.
- ROSAL, J. del : "Derecho penal español (Lecciones ", Madrid, 1960.
- ROSAL, J. del : "Comentarios a la doctrina penal del Tribunal Supremo", Madrid, 1961.
- ROSAL, J. del : "Tratado de Derecho penal", tm. I, 2ª ed. revisada y puesta al día por M. Cobo, Madrid, 1972; tm. II, Madrid, 1968.
- ROSAL, J. del : "En torno al problema de una ciencia del Derecho penal", en Cosas de Derecho Penal, Madrid, 1973.
- ROSAL, J. del : "Compendio de Derecho penal español (Parte general)", Madrid, 1974.
- ROSSI, M.P. : "Tratado de Derecho penal" (escrito en francés y traducido al idioma español por C. Cortés), 3ª ed., Madrid, 1883.

- ROXIN, C. : "Die Provozierte Notwehrlage", en ZStW 75 (1963), págs. 541 y ss.
- ROXIN, C. : "Política criminal y sistema de Derecho penal", trad. -- por F. Muñoz Conde, Barcelona, 1972.
- ROXIN, C. : "Teoría del tipo penal" (tipos abiertos y elementos del deber jurídico), trad. E. Bacigalupo, Buenos Aires, --- 1979.
- ROXIN, C. : "Iniciación al Derecho penal de hoy", trad., intr. y notas de F. Muñoz Conde y D.M. Luzón Peña, Sevilla, 1981.
- ROXIN, C. : "Die "sozialistischen Einschränkungen" des Notwehrrechts", en ZStW 93 (1981) págs. ss.
- RUDOLPHI, H. J. : "Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre". en Festschrift für R. Maurach, Karlsruhe, 1972, págs. 51 y ss.
- RUDOLPHI, H.J. : "Die Pflichtgemässe Prüfung als Erfordernis der -- Rechtfertigung", en H. Schröder-Gedächtnisschrift, München, 1978, págs. 73 y ss.
- RUDOLPHI, H.J.: "Verschiedene Aspekte der Rechtsgutsbegriff", en --- Festschrift für Hönig, Göttingen, 1970.

RUDOLPHI, H.J. ;

HORN, E. ;

SAMSON, E. y

SCHREIBER, H.L. : "Systematischer Kommentar zum Stragesetzbuch", Bd.
I, Frankfurt, a. M., 1977.

RUIZ ANTON, L.F. : "El agente provocador", Tesis Doctoral. Inédita,
Madrid, 1978.

RUIZ FUNES, M. : "Delito y libertad", Madrid, 1930.

SAINZ CANTERO, J.A. : "Las causas de inculpabilidad en el Código pe-
nal español (el principio de no exigibilidad)",
en RGLJ, 1963.

SAINZ CANTERO, J.A. : "Lecciones de Derecho penal. Parte general", =
tm. I, Barcelona, 1979.

SAINZ CANTERO, J.A. (y otros) : "Textos de la Universidad Nacional =
de Educación a Distancia (UNED). Derecho Penal I",
Madrid, 1974.

SANTANIELLO, G. : "Manuale di Diritto penale", Milano, 1957.

SANTORO, A. : "L'ordine del superiore nel diritto penale", Torino --
1957.

- SANTORO, A. : "Manuale di Diritto penale", Torino, 1958.
- SAUER, W. : "Juristische Methodenlehre", Berlin, 1940.
- SAUER, W. : "Allgemeine strafrechtslehre", trad. de la 3ª ed. alemana por J. del Rosal y J. Cerezo, Barcelona, 1956.
- SCHIAENSKE, O. : "Die strafrechtliche Bedeutung des (militärischen) = Befehls", Königsberg i. Pr., 1922.
- SCHAFFSTEIN, F. : "Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen = Strafrechtssystems", en ZStW 57 (1938), págs. 295 y ss.
- SCHAFFSTEIN, F. : "Sozialadäquanz und Tatbestandslehre", en ZStW 72 (1960), págs. 369 y ss.
- SCHMIDHÄUSER, E. : "Einführung in das Strafrecht", Reinbeck Bei Hamburg, 1972.
- SCHMIDHÄUSER, F. : "Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch", 2 Aufl., Tübingen, 1975.
- SCHMIDT, E. : "Das Reichsgericht und der "übergesetzliche Notstand"", en ZStW 49 (1929), págs. 350 y ss.

- SCHMIDT, E. : "Lehrbuch des deutschen Strafrechts (begründet von F. von Liszt)", 26. Aufl., Berlin, Leipzig, 1932.
- SCHMIDT, R. : "Grundriss des Deutschen Strafrechts", 2. Aufl., Leipzig, 1931.
- SCHÖNKE, A. ;
SCHRÖDER, H. ;
(LENCKNER, T. u. a.) : "Strafgesetzbuch - Kommentar", 20. Aufl., München, 1980.
- SCHREIBER, F. : "Concepto y formas fundamentales del Derecho. Esbozo de una teoría penal del Derecho y del Estado sobre base fenomenológica", trad. por E. García Maynez, México, 1975.
- SCHREIBER, H.L. : "Der Begriff der Rechtspflicht. Quellenstudien zu seiner Geschichte", Berlin, 1966.
- SCHULTZ, H. : "Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts", = Erster Bd., 2. Aufl., Bern, 1974.
- SCHULTZ, H. : "Strafrech. Allgemeiner Teil", Basel, Zurich, 1975.
- SCHULZE, K. : "Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB)", Bern, Leipzig, 1928.

SHEU, L. : "Interessenwahrnehmung durch Rundfunk und Presse (Eine -- Strafrechtliche Untersuchung)", Berlin, 1965.

SILVA MELERO, V. : "Algunas tendencias contemporáneas del Derecho pe--
nal", Oviedo, 1943.

STAMMLER, R. : "Darstellung der Strafrechtlichen Bedeutung des Not--
standes", en Gebörte Preisschrift, Giessen, 1878.

STCKMANN, F. W. : "§ 193 StGB, ein Fall des entschuldigenden Notstan--
des oder der Rechtfertigung?", Borna, Leipzig, --
1937.

STRATENWERTH, G. : "Principien der Rechtfertigung", en ZStW 68 ---
(1956), págs. 54 y ss.

STRATENWERTH, G. : "Verantwortung und Gehorsam", Tübingen, 1958.

STRATENWERTH, G. : "El problema de la naturaleza de las cosas en la--
teoría jurídica", trad. por J. Cerezo Mir, en Re--
vista de la Facultad de Derecho de la Universi--
dad Complutense, 1964, págs. 7 y ss.

STRATENWERTH, G. : "Die Pflichtenkollision beim bindenden rechtswi--
drigen Befehl", en Tagungsbericht der Deutsche --
Sektion des Internationalen Juristenkommission.

STRATENWERTH, G. : "Strafrecht. Allgemeiner Teil (Die Straftat)", 3. Aufl., Köln, 1981.

SUAREZ MONTES, R. F. : "El consentimiento en las lesiones", Pamplona, 1959.

SUAREZ MONTES, R. F. : "Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo", Madrid, 1963.

THOMSON, A. : "Das Deutsche Strafrecht. Allgemeiner", Berlin, 1906.

THON, A. : "Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre", Weimar, 1878.

THUR, A. v. : "Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts", Bd. 1, Leipzig, 1910.

TORIO LOPEZ, A. : "El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código penal. Indicaciones de política legislativa sobre la "teoría de la culpabilidad"", en la reforma penal y penitenciaria, Santiago de Compostela, 1980, págs. 247 y ss.

ULRICH, K. : "Die Wahrnehmung berechtigter Interessen bei der Beleidigung in § 193 des Strafgesetzbuchs, insbesondere in der Judikatur des Reichsgerichts" (Dissertation), Göttingen, 1908.

VALDES RUBIO, J. : "Derecho penal", Madrid, 1909.

VICENTE Y CARAVANTES, J. : "Código penal reformado, comentado novisimamente precedido de una breve reseña histórica del Derecho penal de España y seguido de tablas sinópticas", Madrid, Santiago, 1851.

VANNINI, O. : "Reato impossibile", en Studi in onore di V. Manzini, Padova, 1943, págs. 473 y ss.

VANNINI, O. : "Manuale di Diritto penale. Parte generale", Firenze, 1948.

VIADA Y VILASECA, S. : "El Código Penal de 1870, concordado y comentado", tm. I, 4ª ed., Madrid, 1890.

VIVES ANTON, T.S. : "Reforma política y Derecho penal", en CPC, nº 1, 1977, págs. 73 y ss.

VIVES ANTON, T.S. : "Concepto, método y fuentes del Derecho penal", Valencia, 1977 (inédito).

VIVES ANTON, T.S. ;

GIMENO SENDRA, J.V. : "La detención", Barcelona, 1977.

VIZMANOS, T.M. ;

ALVAREZ MARTINEZ, C. : "Comentarios al Código penal", Madrid, 1848.

WACHENFELD, F. : "Lehrbuch des Deutschen Strafrechts", München, 1914,

WARDA, G. : "Die Verbotsirrtumregelung des §31 WiStG in ihrer ab---
grenzung gegen die allgemeine Irrtumsbestimmung des --
& 59 StGB", en Juristische Rundschau, 1950, págs. 546 y
ss.

WARDA, G. : "Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen", en Fest---
schrift für R. Maurach, Karlsruhe, 1972, págs. 143 y ss.

WEBER, H. v. : "Das Notstandproblem und seine Lösung in dem Strafge-
setzentwürfen 1919 und 1925", Hamburg, 1925.

WEBER, H. v. : "Die Pflichtenkollision im Strafrecht", en Festschrift
für W. Kiesselbach, Hamburg, 1947, págs. 233 y ss.

WEBER, O. : "Wahrnehmung berechtigter Interessen gemäss § 193 RStGB,
Cassel, 1917.

WEGNER, A. : "Strafrecht. Allgemeiner Teil", Göttingen, 1951.

WELZEL, H. : "Studien zum System des Strafrechts", en ZStW 58 (1939)
págs. 499 y ss.

WELZEL, H. : "Derecho penal. Parte General", trad. de la 1ª ed. por=
C. Fontán Balestra, Buenos Aires, 1956; 11ª alemana --
(Berlin, 1969) trad. por J. Bustos y S. Yañez, Santia-
go de Chile, 1970.

WELZEL, H. : "El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista", trad. y notas de J. Cerezo Mir, Barcelona, s.f. (1964).

WÜRTEMBERGER, T. : "Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft", 2. Aufl., Karlsruhe, 1959.

WUSSOW, H.J. : "Zur Lehre von der Sozialadäquanz", en NJW, 58, págs.= 89 y ss.

ZIELINSKI, D. : "Handlungs- und Erfolgs unwert im Unrechtsbegriff. = Untersuchung der Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss", Berlin, 1973.

ZIMMERL, L. : "Zur Lehre vom Tatbestand", Breslau, 1928.

ZIMMERL, L. : "Aufbau des Strafrechtssystems", Tübingen, 1930.

261

INDICE GENERAL

	Págs.
INTRODUCCION	3
I. EL TEMA DE LA JUSTIFICACION Y LA JUSTIFICACION DEL TEMA	4
II. LOS "PRECONCEPTOS" DE DERECHO E INJUSTO. . .	10
III. ESTRUCTURA DEL TRABAJO	14
NOTAS	17
 PRIMERA PARTE	
CAPITULO PRIMERO: EL FUNDAMENTO DE LA JUSTIFICACION.	20
I. POSTURAS CONTRARIAS A LA SISTEMATIZACION SO- BRE EL FUNDAMENTO DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICA- CION	23
1. Posturas que niegan un fundamento unitario.	23
2. Posturas que niegan todo fundamento . . .	25
II. POSTURAS QUE TRATAN DE FUNDAMENTAR SISTEMATI- CAMENTE LA JUSTIFICACION	27
1. Teorías pluralistas	30
a) Interés preponderante y ausencia de in- terés	30
b) Otras posiciones	38
2. Teorías monistas	41
a) La teoría del medio adecuado para el = fin justo	42
b) La teoría de la adecuación social . .	51

	Págs.
c) La tesis de la "mayor utilidad que da ña	56
d) El principio de ponderación de intere- ses. Variantes doctrinales	61
a') La ausencia de interés	61
b') Cuestiones terminológicas.	66
c') La ponderación de intereses como = fundamento de la justificación . .	69
d') Ponderación de bienes jurídicos y= principio de autodeterminación . .	77
e') Ponderación de intereses y estado= de necesidad.	90
f') Ponderación de intereses y legíti- ma defensa	93
III. CONSIDERACIONES FINALES	99
NOTAS	102
 CAPITULO SEGUNDO: LA NATURALEZA DE LA JUSTIFICACION.	 132
I. INTRODUCCION. EL CONCEPTO "CAUSAS DE JUSTIFI CACION". EVOLUCION DOCTRINAL.	 133
II. ANTIJURICIDAD Y JUSTIFICACION.	141
1. La justificación como negación formal de la antijuricidad	141
2. La justificación como negación material de la antijuricidad.	144

	Págs.
III. EL SISTEMA DE LA REGLA-EXCEPCION. CRITICA.	147
1. La función indiciaria del tipo y el sistema de la regla-excepción	147
2. Antijuricidad y justificación: aspectos positivo y negativo de un mismo juicio .	155
IV. LA TEORIA DE LOS "ELEMENTOS NEGATIVOS DEL TIPO"	160
1. Breve exposición	160
2. Referencia a algunas posiciones criticas.	161
3. Posición personal.	172
V. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE JUSTIFICACION .	177
1. Diversas acepciones. Distintas teorías = sobre su ausencia.	177
a) La tesis de la impunidad.	185
b) La tesis de la tentativa.	190
c) La tesis de la consumación.	207
2. Posición personal.	210
NOTAS	212

	Págs.
SEGUNDA PARTE	
CAPITULO TERCERO: LAS FUENTES DE LA JUSTIFICACION. .	242
I. JUSTIFICACION Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD . . .	243
II. LA TOTALIDAD DEL ORDENAMIENTO JURIDICO COMO FUENTE DE LA JUSTIFICACION. FORMULAS LEGISLATIVAS	252
1. Sistema de la no limitación legislativa. Las causas de justificación extralegales.	253
1.1.- Consideraciones en torno a la "salvaguardia de intereses legítimos" = del § 193 del StGB.	257
2. Sistema de la limitación legislativa. . .	265
a) El Código Penal Italiano	269
b) El Código Penal Español. Remisión. . .	273
NOTAS	277
CAPITULO CUARTO: LA FORMULA LEGISLATIVA ESPAÑOLA . .	289
I. EL EJERCICIO LEGITIMO DE UN DERECHO	292
1. Distinción del derecho subjetivo de otras categorías jurídicas	297
2. Tipos de derechos.	309

	Págs.
3. Límites del ejercicio de un derecho. La cuestión del abuso del derecho	317
3.1.- La realización arbitraria del propio derecho	334
3.2.- Los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes	339
II. EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER	341
1. La cuestión del "examen conforme a deber". Remisión	342
2. Delimitación del concepto de deber: el tema de los "mandatos antijurídicos obligatorios"	344
III. EL EJERCICIO LEGÍTIMO DEL OFICIO O CARGO	352
1. Delimitación conceptuada.	352
2. La cuestión del "examen conforme a deber"	353
2.1.- Planteamiento general	353
2.2.- Especial referencia al uso de la violencia por la Autoridad Pública o su Agente.	362
NOTAS	374

	Págs.
CONCLUSIONES	396
BIBLIOGRAFIA	419
INDICE GENERAL	462

