

Función unitaria y función teleológica de la antijuridicidad

ELENA LARRAURI

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Barcelona.

Es frecuente en la doctrina la afirmación de que la antijuridicidad cumple una función unificadora (*Einheit der Rechtsordnung*) en la teoría del delito. De este modo la tarea de la antijuridicidad estriba en, afirmada la existencia de un comportamiento típico, comprobar que este comportamiento típico no se «neutraliza» con algún permiso proveniente de otro sector del ordenamiento jurídico que autorice la lesión al bien jurídico.

Esta función unificadora de la categoría antijuridicidad en la teoría del delito implica la toma en consideración en el derecho penal del ordenamiento jurídico en su conjunto (permisos y deberes) a la luz del cual se valorará el comportamiento que ha infringido una norma penal.

A su vez esta función unificadora obedece a la convicción generalizada de que el derecho penal no puede castigar lo que otros sectores del ordenamiento jurídico autorizan a realizar.

De la función unificadora de la antijuridicidad acostumbra a derivarse que el reconocimiento de una causa de justificación —que elimina el carácter antijurídico del acto— requiere una valoración de todo el ordenamiento jurídico. En consecuencia declarar que un comportamiento está justificado es declarar que este comportamiento es conforme a derecho (Rodríguez Mourullo, 1982:510).

Ello implica que las causas de justificación pueden provenir de cualquier sector del ordenamiento jurídico y que incluso las recogidas expresamente en el ordenamiento penal obedecen también a principios jurídicos generales (Roxin, 1987:234; 1994:496).

En este sentido se afirma que las causas de justificación no siempre se encuentran en el ordenamiento penal (Bacigalupo, 1985:68) sino que pueden provenir del reconocimiento de un derecho o deber que se reconoce en otros sectores del ordenamiento jurídico. Así por ejemplo el derecho de retención reconocido en los artículos 1780 y 1730 del Código Civil excluye la antijuridicidad de la apropiación indebida (art. 252 CP) o el deber de detener en el artículo 492 de la LECr excluye la antijuridicidad de la detención del artículo 163 (CP) (Bacigalupo, 1985:68). (1)

La forma en como son admitidas estas autorizaciones de actuar en el derecho penal es mediante la alegación del artículo 8.11 que precisamente permite realizar esta función unificadora entre el ordenamiento penal y el resto del ordenamiento jurídico (Antón Oneca, 1949:200; Cobo-Vives, 1990:359).

De esta función unificadora que cumple la categoría de la antijuridicidad se extrae una consecuencia ulterior para las causas de justificación. En efecto, es opinión compartida en la doctrina española que afirmado que un comportamiento típico está amparado por una causa de justificación, esta declaración produce sus efectos para todos los sectores del ordenamiento jurídico (*Durchschlagendes kraft*). En este sentido es afirmación habitual que un comportamiento amparado por una causa de justificación no sólo excluye la pena, sino toda consecuencia jurídica (Bacigalupo, 1985:68).

En resumen, *una causa de justificación proviene de y produce efectos en todo el ordenamiento jurídico.* (2)

Pero ¿qué significa exactamente que «la antijuridicidad cumple una función unificadora»? Ello puede ser objeto de dos interpretaciones:

a) que lo que constituye un «injusto» es unitario para todos los sectores del ordenamiento jurídico;

b) que (aun cuando el injusto es propio de cada sector del ordenamiento jurídico) una vez eliminado el injusto penal, por la presencia de una causa de justificación, se elimina asimismo «toda consecuencia jurídica».

Respecto de la primera interpretación parece existir acuerdo en que el injusto no es unitario para todo el ordenamiento jurídico. Así Roxin

(1) El por qué se afirma en el caso del art. 163 la tipicidad de la conducta como realizan además de BACIGALUPO (1985:68), MIR (1990:447) y CEREZO (1990:52) puede ser debido a dos razones: a) entender que la referencia a «ilegal» es un elemento que dice relación con la antijuridicidad a pesar de estar recogido expresamente en el tipo; b) que en realidad la detención es ilegal pues el funcionario no tenía derecho a realizarla pero que no es antijurídica si se ha realizado un examen conforme a deber. Ambos aspectos son controvertidos: el primero dice relación con el criterio que se usa para diferenciar los elementos normativos del tipo de la antijuridicidad (véase MAURACH, 1962:350); el segundo dice relación con la discusión de si debe concurrir la situación realmente o basta la creencia racional de que concurre (LUZÓN, 1991:77-78).

(2) Criterio utilizado para distinguirlas de las causas de inculpabilidad de las cuales se afirma que son estrictamente penales (ROXIN, 1987:234) y que no producen efectos en el resto del ordenamiento jurídico.

(1994:495-496) manifiesta que la diferencia no estriba únicamente en las distintas consecuencias que cada sector del ordenamiento jurídico prevé para la realización del injusto, sino que ya los presupuestos de existencia de este injusto son distintos para cada sector del ordenamiento jurídico.

También en España la doctrina (Cobo-Vives, 1990:235; Antón Oneca, 1949:209; Bacigalupo, 1985:19; Muñoz Conde-García Arán, 1993:276) se manifiesta partidaria de la concepción de que el injusto es propio de cada sector del ordenamiento jurídico.

Esta especificidad puede provenir de dos razones: el carácter de «ultima ratio» del derecho penal y de las finalidades que persigue cada sector del ordenamiento jurídico.

El primer motivo es afirmación habitual de la doctrina penal cuando afirma que el derecho penal «castiga de entre todos aquellos ilícitos, los más graves». Con ello parece aludirse a una diferencia cuantitativa (Cobo-Vives, 1990:235).

El segundo motivo explicaría el porque a veces existen diferencias cualitativas (3). Así debido a que la finalidad del derecho civil no es sancionar un ilícito sino resarcir un daño causado a un tercero se explica el que una tentativa de homicidio no constituya un «ilícito civil» (4) y sí en cambio una falsedad documental consumada.

En consecuencia cada sector del ordenamiento jurídico delimita su propio «injusto», presupuesto de una intervención.

Esto es, el hecho de que un comportamiento no constituya un injusto penal no significa que no exista un ilícito civil, laboral, o una infracción administrativa.

Pero, si el «injusto» es específico, ¿cómo puede la antijuridicidad ser unitaria? La respuesta depende obviamente de como se defina el concepto de «injusto».

Si por injusto se entiende el acto típico y antijurídico parece difícil afirmar que hay un injusto específico pero que la antijuridicidad es unitaria. Ya que si el injusto —acto típico y antijurídico— es específico ello puede ser debido no sólo a que la tipicidad sea distinta sino también a que la valoración que recibe este hecho típico puede no ser coincidente en todos los sectores del ordenamiento jurídico. De ahí que finalmente puede no haber un injusto penal pero sí administrativo. Este proceder se muestra en Roxin (1994:483) que al utilizar injusto como sinónimo de acto típico y antijurídico no tiene más remedio que concluir que en ocasiones puede haber un juicio de antijuridicidad penal.

(3) Como observan ANTÓN ONECA (1949:209) y CEREZO (1994:66) existen injustos específicamente penales sin correspondencia en el derecho civil. Sin embargo esta afirmación sería discutida por aquellos autores que entienden que el derecho penal siempre tiene una «naturaleza secundaria».

(4) Salvo en el supuesto claro está que pueda probarse la existencia de un daño moral susceptible de ser indemnizado.

Por el contrario en la doctrina española «injusto» se tiende a utilizar como sinónimo de ilícito tipificado (5). Así, siguiendo a Welzel (1969:78), se entiende que «La materia de prohibición es tan variada como formas prohibidas de conducta hay en el Derecho Penal. En cambio, la antijuridicidad, es decir, la contradicción entre la realización de una materia de prohibición y el ordenamiento jurídico, es una y la misma en todo el Derecho. Lo que es antijurídico en un sector del Derecho lo es también en el otro».

De acuerdo a esta concepción, el injusto —acto ilícito tipificado— que constituye el objeto de la valoración es específico de cada sector del ordenamiento, pero cuando se afirma que este injusto (ilícito tipificado) específico es antijurídico se está realizando un juicio de valoración por medio del cual se afirma que está en relación de contradicción con todo el ordenamiento jurídico (Cobo-Vives, 1990:235; Mir, 1990:135; Muñoz Conde-García Arán, 1993:276). Y por ello a pesar de que el injusto —materia de prohibición— es específico de cada sector, la antijuridicidad, al expresar la relación con todo el ordenamiento jurídico, es unitaria.

En consecuencia si por injusto se entiende el acto típico no hay duda de que esta es una categoría específicamente penal. Así no suscita problema alguno afirmar que cuando la exención de responsabilidad penal obedece a la falta de tipicidad ello no produce efectos en el resto del ordenamiento jurídico.

Sin embargo cuando la exención de pena obedece a la ausencia de antijuridicidad, hemos visto que se está expresando la relación con todo el ordenamiento jurídico. Por ello la declaración de que el comportamiento es conforme a derecho no es un juicio (de antijuridicidad) penal sino un juicio (de antijuridicidad) general (6). Es por ello que se concluye

(5) La confusión proviene cuando se afirman expresiones como «La antijuridicidad es un predicado, lo injusto un sustantivo. *Lo injusto es la forma de conducta antijurídica misma* (...) (WELZEL, 1969:78) o «*El injusto*, por el contrario, es el objeto valorado, algo sustantivo: *el hecho antijurídico en sí mismo considerado*» (COBO-VIVES, 1990:235). En estos casos antijurídico se está utilizando como sinónimo de ilícito y no como sinónimo de hecho típico no justificado. Así se ve por la continuación de WELZEL (1969:78) «*Lo injusto es la forma de conducta antijurídica misma: la perturbación arbitraria de la posesión, el hurto, la tentativa de homicidio*. La antijuridicidad es una cualidad de estas formas de conducta y precisamente la contradicción en que se encuentran con el ordenamiento jurídico. Existe, pues, un injusto penal específico, del mismo modo que hay un injusto civil o administrativo específico (un ejemplo del primero es la tentativa y del segundo la perturbación arbitraria de la posesión), pero existe sólo una antijuridicidad unitaria. Todas las materias de prohibición, reguladas en los diversos sectores del Derecho, son antijurídicas para todo el ordenamiento jurídico» (subrayado añadido). En este contexto injusto específico es la materia de prohibición y no el hecho típico y antijurídico.

(6) Afirmar que no es posible una antijuridicidad penal implica admitir que el juez penal realiza un juicio de conformidad al derecho. Si se entendiera que el juez penal realiza en la antijuridicidad una declaración de necesidad de pena no habría lógicamente inconveniente en afirmar que sí es un juicio de valoración específicamente penal.

que la declaración de que el comportamiento está justificado produce efectos en todo el ordenamiento jurídico. «La característica fundamental de una causa de justificación es la de excluir totalmente la posibilidad de toda consecuencia jurídica: no sólo penal, sino también civil, administrativa, etc.. (Bacigalupo, 1985:68). (7)

Sin embargo pronto aparece una excepción expresamente admitida. Como es sabido, la declaración de que un comportamiento está amparado en el artículo 8.7. —tradicionalmente considerado una causa de justificación cuando se salva un interés prevalente— no impide que este comportamiento de lugar a una responsabilidad civil (art. 118.1.3.^a CP). La declaración de que se ha realizado un mal amparado por un estado de necesidad no obstaculiza (por vía penal o por vía civil) la reclamación de los daños por parte de la persona perjudicada.

Es lógicamente cierto que esta reclamación se realiza a quien ha salido beneficiado —aquél cuyo bien ha sido salvado— y por ello se afirma desde Antón Oneca (1949:651) que «(...) no se trata de exigir responsabilidad civil por un hecho previsto en la ley como delito, sino de distribuir, decía Silvela, las consecuencias de un mal entre personas que estaban ligadas por un cuasi contrato o por una especie de mancomunidad que la ley reconoce. Los tratadistas modernos, precisando más, nos hablan del principio del enriquecimiento sin causa...».

Ha gozado pues de aceptación por la doctrina la afirmación de que el fundamento de la responsabilidad civil generada por un hecho justificado no es la realización del delito previo sino el enriquecimiento injusto. «Ello se debe a que la responsabilidad civil no es una sanción impuesta a consecuencia de una infracción, sino una forma de restablecer una situación económica anterior» (Mir, 1990:455).

Sin embargo que el fundamento de la responsabilidad civil sea distinto no obsta a que este resultado contradiga la premisa inicial, esto es, que una causa de justificación produce el efecto de eliminar toda consecuencia jurídica.

Observemos que la necesidad de buscar esta explicación adicional obedece a la convicción generalizada de que una causa de justificación —a diferencia de una causa de inculpabilidad— se caracteriza por eliminar toda consecuencia jurídica.

En consecuencia cuando este efecto no se produce, como en el caso del artículo 20.5, ello aparece como una distorsión, ya que podría pensarse que la legítima defensa y el cumplimiento de un deber —convertidas en «genuinas» causas de justificación— eliminan en efecto toda consecuencia jurídica ulterior al no observar el código penal una regla de responsabilidad civil semejante a la prevista para el estado de necesidad.

(7) En el mismo sentido MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN (1993:282). Más matizadamente en el sentido de reseñar expresamente la excepción de la responsabilidad civil MIR (1990:454), COBO-VIVES (1990:354), CEREZO (1994:447, nota 18) y RODRÍGUEZ MOURULLO (1982:522).

Sin embargo tampoco en estos casos se cumple el efecto atribuido a las causas de justificación. Como pone de manifiesto el ejemplo citado por Muñoz Conde-García Arán (1993:283) la aplicación de una causa de justificación no impide que subsista una sanción administrativa. Así, después de manifestarse contrarios a la existencia de una antijuridicidad penal, manifiestan: «Esto no quiere decir que el Derecho penal no pueda justificar por *criterios específicamente penales* un hecho típico en el que se observen infracciones administrativas o civiles. Así, por ej., puede apreciarse una causa de justificación en el Policía que dispara contra un ladrón con un arma no reglamentaria, (...)». (Muñoz Conde-García Arán, 1993:283; subrayado añadido).

El cumplimiento de un deber tampoco elimina la posibilidad de indemnizar a la persona afectada. Como observan Cobo-Vives (1990:354) «También las actuaciones conforme a Derecho pueden producir, en ocasiones, la obligación de indemnizar a quien ha de soportar su ejercicio según la legislación española vigente».

En efecto, la declaración por parte del juez penal de que un guardia municipal ha actuado en cumplimiento de su deber no impide que un tercero perjudicado por el ejercicio de este deber, recurra a la Administración Pública, la cual responde por el funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos, para obtener una indemnización; responsabilidad que se fundamenta en el principio de responsabilidad objetiva (art.139 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común). Observemos que en los ejemplos utilizados no se trata de que la acción no sea penalmente típica pero subsista una contravención civil o administrativa, sino de que el juicio de antijuridicidad no elimina toda consecuencia jurídica, esto es, justifica a efectos penales, pero no impide el surgimiento de responsabilidades civiles o sanciones administrativas.

Ello no es una excepción que se produce exclusivamente en el estado de necesidad y en consecuencia no se trata de afirmar que el estado de necesidad es una causa de justificación (y no una causa de inculpabilidad) «a pesar» de que subsiste la responsabilidad civil, sino precisamente de cuestionar la premisa mayor, esto es, que una causa de justificación produce el efecto de eliminar toda consecuencia jurídica. «Para decirlo de una buena vez, la cuestión de si el estado de necesidad obliga a la reparación del daño es totalmente independiente de su contradicción con el derecho o su adecuación al mismo. No es raro en el derecho del Imperio que del cumplimiento de un deber surjan obligaciones de indemnizar». (Binding, cit. por Bacigalupo, 1983:99).

La exposición de los ejemplos precedentes ha pretendido mostrar que no es certero afirmar que una causa de justificación produzca efectos en todo el ordenamiento jurídico. Recordemos además que la función unitaria de las causas de justificación se basa asimismo en la afirmación de que estas provienen del resto del ordenamiento jurídico. Los ejemplos sugeridos por Roxin nos permitirán a continuación discutir este aspecto.

Roxin (1994) pone de manifiesto que en su opinión no toda infracción administrativa o ilícito civil que constituya una acción típica debe necesariamente dar origen a un injusto penal. Vale la pena citar los ejemplos expuestos por Roxin (1994:495) «El consentimiento presunto de un menor para que otra persona dañe su propiedad es un ilícito civil que constituye al mismo tiempo una acción típica y que si bien no está justificada en derecho penal no por ello constituye un injusto penal». El segundo ejemplo es «el uso de fuerza excesiva antireglamentaria que no puede ampararse por el cumplimiento de un deber pero que no impide que pueda existir legítima defensa o estado de necesidad que eliminan el carácter de injusto penal del comportamiento pero no eliminan la contravención administrativa». Afirmando finalmente «Debe reconocerse, en consecuencia con Gunther, la existencia de especiales *causas de exclusión del injusto penal*» (1994:496; subrayado añadido).

La referencia a los «criterios estrictamente penales» de Muñoz Conde-García Arán, así como las «causas de exclusión del injusto penal» finalmente reconocidas por Roxin evidencian que no toda acción típica que infrinja el ordenamiento civil o administrativo debe al mismo tiempo constituir un injusto penal. Expresado en otros términos, aun cuando no exista un permiso general, proveniente del ordenamiento jurídico, el juez penal puede, en opinión de Roxin, declarar que la acción está justificada, esto es, que de acuerdo a criterios penales el comportamiento no es injusto.

Si la exposición precedente es acertada ello en últimas lleva a preguntarse que queda de la «función unificadora de la antijuridicidad», ya que si algo muestran los ejemplos anteriores es que:

a) ni las causas de justificación provienen siempre del ordenamiento jurídico —parecería que pueden encontrarse causas de justificación penales—,

b) ni la existencia de una causa de justificación produce sus efectos en todo el ordenamiento jurídico —la declaración de justificado— no elimina las sanciones administrativas o la responsabilidad civil.

Estas consideraciones son las que sirven de introducción para discutir la posición de Gunther quien aboga precisamente por la existencia y reconocimiento de una antijuridicidad penal y rechaza que la antijuridicidad deba cumplir (exclusivamente) una función unificadora de dar entrada en el derecho penal de los permisos provenientes del resto del ordenamiento jurídico.

Günther (1983:251-256) parte de dos premisas: En primer lugar el concepto de antijuridicidad no es un concepto unitario del ordenamiento jurídico sino un concepto funcional, esto es, un concepto que se determina teleológicamente de acuerdo a las diversas finalidades de los distintos sectores del ordenamiento jurídico.

Por ello señala Günther (1992:191-192) que la diferenciación en el juicio de antijuridicidad es posible, sin incurrir en contradicciones nor-

mativas, desde el momento en que las prohibiciones y mandatos son diferentes en los distintos sectores del ordenamiento jurídico.

Incluso en el propio sistema penal existen causas de justificación propias de un determinado tipo penal y en consecuencia es un juicio divisible respecto del mismo comportamiento. Por ello las causas de justificación pueden ser particulares para un determinado sector jurídico, para un tipo penal específico, o universales.

En segundo lugar el principio de proporcionalidad exige que la respuesta penal, la más severa que adopta el ordenamiento jurídico, requiera de la presencia de un injusto agravado. Por ello la función de la antijuridicidad no se agota en contestar a la pregunta de si el comportamiento está aprobado y confiere un permiso de actuar sino adicionalmente en contestar a la pregunta de si existe un injusto suficientemente grave para ser penalmente desaprobado.

De acuerdo a estas premisas Günther (1992:193-201) distingue entre causas de justificación (generales) y causas de exclusión del injusto penal.

Son causas de justificación generales: los deberes de actuar; los derechos fundamentales constitucionales; la legítima defensa y el estado de necesidad justificante.

Estas son generales porque son previas al derecho penal o están reguladas de igual forma en todos los sectores del ordenamiento jurídico. Sus efectos son: conceder un permiso de actuar, imponer una obligación de tolerar y producir efectos en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico.

Por el contrario tienen el carácter de específicas (causas de exclusión del injusto penal): el consentimiento expreso o presunto; los elementos que restringen el alcance de algunos tipos penales (p.ej. 193 StGB; 218 StGB; 240 StGB); los casos de disminución del injusto (p.ej. agresiones de los padres a sus hijos o de los maestros en el ejercicio del derecho de corrección; manifestaciones pacíficas; objetores de conciencia).

Estas son específicas porque producen sus efectos exclusivamente en el seno del derecho penal, eliminan el injusto penal (8), pero no prejuzgan su valoración por el resto del ordenamiento jurídico y no generan un deber de tolerar.

Las causas de exclusión del injusto (específicamente penales) no excluyen la valoración antijurídica general del ordenamiento jurídico. Lo único que eliminan es el juicio de desaprobación penal del comportamiento. Estas causas de exclusión del injusto penal se limitan a señalar, de acuerdo a criterios penales («teleológicos»), que la conducta no es suficientemente grave como para ser necesaria una pena, pero no pre-

(8) En la versión alemana GÜNTHER (1992:201) señalaba que eliminaban la punibilidad lo cual inducía a confusiones pues esto no se discute, lo que se discute es que precisamente se elimine el injusto. En la versión española GÜNTHER (1995:57, 59-63) se refiere a estos casos como supuestos de atenuación (disminución) del injusto.

juzgan la valoración que el resto del ordenamiento jurídico realiza del comportamiento y en consecuencia no conceden un permiso de actuar.

Günther entiende que su posición es continuadora de un sistema penal «teleológico», en el cual se acepta que los criterios específicos penales de merecimiento y necesidad de la pena deben formar parte de todas las categorías del delito. En consecuencia se manifiesta favorable a incorporar en la categoría de la antijuridicidad las causas de exclusión del injusto penal, cuya función, como he destacado, no es separar lo permitido de lo prohibido sino delimitar lo prohibido del injusto agravado merecedor de sanción penal.

La posición de Günther no ha sido muy bien acogida en la doctrina española y ha dado origen a múltiples críticas.

Así la doctrina española ha negado en general que pueda hablarse de una «antijuridicidad penal» o de «causas de exclusión del injusto» (Bacigalupo, 1986:1200; 1989:467; Cobo-Vives, 1990:361; nota 18; Laurenzo, 1990:311-316; Luzón, 1995a:26-27; Muñoz Conde, 1988:608-609; Muñoz Conde-García Arán, 1993:283; Cerezo, 1994, 447-448) (9), reafirmando por el contrario en que el juicio de antijuridicidad es unitario (de acuerdo a un único criterio que vendría proporcionado por el «ordenamiento jurídico») y general (que produce sus efectos en todos los sectores del ordenamiento jurídico).

Sin embargo si se acepta esta posición de la doctrina española deberá explicarse las dos divergencias detectadas anteriormente, esto es, los casos en los cuales a pesar de estar el comportamiento justificado ello no impide el surgimiento de responsabilidades civiles o administrativas y las acciones típicas no autorizadas por el ordenamiento jurídico y que sin embargo se afirma que no constituyen un injusto penal.

Examinemos de nuevo alguno de los ejemplos mencionados por Günther como causas de exclusión del injusto penal:

a) El consentimiento expreso o presunto.

Recordemos que este es uno de los casos (un menor consiente de forma presunta en que se dañe una cosa de su propiedad) en el que Roxin admite que existe una causa de exclusión del injusto penal (10).

(9) La crítica más completa se encuentra sin lugar a dudas en Díez RIPOLLÉS (1991). Más favorables a la posición de GÜNTHER han sido las opiniones de MIR (1990:455-456); SILVA (1992:405) y GIMBERNAT (1991:75).

(10) Niega validez al ejemplo CEREZO (1994:447-448, nota 21) pues si bien admite que en derecho penal los requisitos del consentimiento acostumbran a ser menos rigurosos que en derecho civil entiende que «cuando se den los requisitos de la causa de justificación en el Derecho penal, la conducta será también lícita para el Derecho civil». Sin embargo, si se admite que los requisitos para la validez del consentimiento son distintos, en derecho penal que en el derecho civil, es difícil entender la razón de porque se producirá identidad de efectos.

De acuerdo a Cerezo (1990:84) en este caso se realiza una acción típica de daños del artículo 263 ya que éste no requiere expresamente que se realice contra la voluntad de su dueño.

A continuación se discute si es necesario que el consentimiento apto para justificar reúna las características del derecho civil o si por el contrario el derecho penal goza de autonomía para dictaminar en que supuestos el consentimiento es admisible y produce efectos de causa de justificación. (11)

En el primer caso, si se exige que el consentimiento reúna los mismos requisitos del derecho civil, parece claro que habría acuerdo en señalar que existe una causa de justificación (general, proveniente del ordenamiento jurídico) que otorga un derecho de disponer del bien jurídico. (12)

En el segundo caso, si el consentimiento no reúne las características exigidas por el derecho civil (13), Cerezo (1990:87, nota 44) entiende que también es admisible como causa de justificación porque «La función esencial del consentimiento como causa de justificación, en el Derecho Penal, no consiste en la transmisión de derechos, sino en la exclusión de la antijuridicidad de la conducta».

Sin embargo, aceptando la corrección de este razonamiento, pareciera que en este último caso se está frente a una *causa de justificación específica penal*, ya que si bien proviene del ordenamiento jurídico, el derecho penal la reformula en atención a su propia finalidad y si bien elimina el injusto penal no produce efectos generales (como p.ej. una transmisión de propiedad).

Semejante a la discusión del consentimiento es la que se origina en base al ejemplo expuesto por Roxin acerca del uso de fuerza antiregla-

(11) Observa BACIGALUPO (1991:115-116) que la exigencia de unos u otros requisitos debería venir condicionada por la posición que se sostenga respecto de si el consentimiento es causa de atipicidad o de justificación. Sin embargo en opinión de Bacigalupo estas diferencias no se traslucen en el momento de exigir los requisitos pues para toda la doctrina basta la capacidad natural de consentir para lo cual es suficiente el entendimiento de que se renuncia a la protección penal aun cuando no estén presentes el resto de requisitos exigidos por el derecho civil.

(12) Esta parece ser si mi comprensión es acertada la posición de COBO-VIVES (1990:378-379) quienes manifiestan que la validez del consentimiento «ha de ser apreciada con criterios propios del derecho penal»; sin embargo: «Cuando la renuncia y correlativa adquisición del derecho se encuentren reguladas por el Derecho privado, será necesario que concurren en el titular y en el acto las condiciones esenciales que el ordenamiento requiere para otorgarle validez».

En consecuencia cuando el consentimiento «destipifica» este puede tener unos requisitos distintos de los requeridos en el derecho civil; por el contrario cuando opera por el art. 20.7 debe exigirse los mismos requisitos que requiera el sector particular del ordenamiento jurídico para conceder un derecho y ser considerada la conducta jurídicamente justa.

(13) Admiten que el consentimiento en derecho penal es una institución autónoma MIR (1990:563); BACIGALUPO (1991:115); Díez RIPOLLÉS (1991:774) y CEREZO (1990:87, nota 44). Sin embargo quizás sea importante destacar que para los dos primeros autores el consentimiento es considerado causa de atipicidad.

mentaria no amparada (en España) por el artículo 20.7 pero sí eventualmente por el art. 20.4 o bien por el art. 20.5 (14)

En este caso en opinión de Roxin que el comportamiento típico del funcionario no esté justificado por un permiso general —la autorización administrativa de actuar que podría alegarse por medio del artículo 20.7—, no impide que esté justificado por una causa de justificación específicamente penal (15) ni que en su caso subsistan responsabilidades administrativas por el uso de esta fuerza excesiva antireglamentaria.

En definitiva este grupo de ejemplos se caracteriza por el hecho de que a pesar de no existir un permiso general proveniente del ordenamiento jurídico, la conducta aparece penalmente justificada.

b) **Los supuestos de disminución del injusto.**

También estos casos constituyen un subgrupo de las causas de exclusión del injusto penal. (16)

Aquí Günther (1992:199) basa la exención de la pena en que se trata de casos en los que se produce un ligero exceso de una causa de justificación, exceso que impide una declaración de conformidad con el derecho a pesar de que no justifica una intervención penal.

Cita, además del exceso en el ejercicio del derecho de manifestación o libertad de conciencia no amparados por un derecho constitucional, los casos en que padres o maestros se exceden en el ejercicio del derecho de corrección lo cual impide declarar su conducta conforme a derecho sin que ello sea sinónimo de haber de declarar un injusto penal.

La consecuencia en todos estos casos, entiendo, sería eximir de pena pero dejar subsistente la imposición de una sanción civil o administrativa.

(14) También niega validez al ejemplo CEREZO (1994:447, nota 21) pues en su opinión «En nuestro derecho, a través de la causa de justificación del n.º 7 del art. 20, de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo se da una perfecta sintonía con las disposiciones del Derecho público, planteándose únicamente un problema de concurso de leyes entre aquella causa de justificación y las de legítima defensa o estado de necesidad». Parece exagerado hablar de «perfecta sintonía» cuando se admite por la doctrina (CUERDA, 1990:529) que las facultades previstas en la legítima defensa o en el estado de necesidad son más amplias que las que se reconocen al amparo del art. 20.7 y que puede plantearse un concurso de causas de justificación.

(15) No puedo dejar de señalar la aporía que se produce cuando se afirma que la actuación del funcionario está amparada por una «causa de exclusión del injusto penal» como la legítima defensa o el estado de necesidad, precisamente las únicas causas de justificación generales que existen en opinión de GÜNTHER (1992).

(16) He eludido el análisis del segundo grupo de causas de exclusión del injusto penal reseñado por GÜNTHER (1992) al requerir el análisis de los elementos presentes en los tipos penales.

Günther (1983:324-358) utiliza las causas de exclusión del injusto adicionalmente para explicar la exención de pena en los siguientes supuestos (17): 1) situaciones análogas a la legítima defensa (p.ej. legítima defensa preventiva o exceso en la legítima defensa) y 2) situaciones análogas al estado de necesidad (p.ej. males equivalentes, miedo —*nötigungnotstand*—, colisión de deberes, estado de necesidad defensivo).

Lo que tienen en común todos estos casos es que en ellos la conducta no es conforme a derecho pero sin embargo el injusto que se produce no aparece suficientemente grave para fundamentar una reacción penal.

¿Cómo explicar que una causa de justificación no elimine toda consecuencia jurídica o que a pesar de la ausencia de un permiso general la conducta no constituya un injusto, y al propio tiempo mantener que la categoría de la antijuridicidad cumple en la teoría del delito la tarea de unificar el ordenamiento penal con el resto del ordenamiento?

En mi opinión la solución estriba en el camino apuntado por Díez Ripollés (1991:771) cuando afirma que en realidad el principio de unificación del ordenamiento jurídico se ha «desenfocado» ya que este: «Se limita a expresar que, a partir de ilícitos específicos direccionalmente coincidentes, no caben soluciones divergentes entre los diversos sectores jurídicos implicados en lo que concierne a la definitiva consideración como lícita o no de una misma conducta. Por el contrario, tal exigencia deja de tener sentido cuando se trata de confrontar, respecto a una misma conducta, declaraciones de licitud de varios sectores jurídicos orientadas en perspectivas valorativas no direccionalmente coincidentes; en este caso, si las declaraciones de antijuridicidad difieren, en ningún modo se produce una vulneración del principio de unidad del ordenamiento jurídico». (18)

Si mi comprensión es acertada de acuerdo a Díez Ripollés (1991) pueden darse dos posibles situaciones:

a) si el ilícito e injusto son «direccionalmente coincidentes» entonces la valoración debe ser unitaria. Ello es debido a que el injusto penal surge del ámbito más amplio de lo ilícito. De acuerdo a ello continúa Díez Ripollés (1991:771-773) cuando hay un injusto penal direccionalmente coincidente con un ilícito civil o administrativo lo que neutraliza el injusto penal neutraliza también el ilícito civil o administrativo (debido a que lo que neutraliza lo más neutraliza lo menos). Por el contrario lo que no neutraliza el injusto penal tampoco neutraliza el ilícito civil o administrativo.

(17) Una exposición de todos los supuestos puede verse en DÍEZ RIPOLLÉS (1991:725, nota 28) y su discusión en DÍEZ RIPOLLÉS (1991: 773-777).

(18) En el mismo sentido JAKOBS (1991:349) afirma que cuando la declaración penal no tiene alcance fuera del ordenamiento penal es debido a que el objeto y contexto de valoración no son idénticos.

b) En los casos en que aparecen «discrepancias» (19), esto es, que la declaración de justificación no elimina toda consecuencia jurídica es porque en realidad «(...) lo que estará ocurriendo es que el interés incidirá, bien sobre una conducta distinta que es ilícita específica civil o administrativa pero no penal, bien sobre una misma conducta que por razones distintas a las que ha devenido ilícita penal y de otro sector jurídico es asimismo ilícita en un tercer ámbito del ordenamiento» (Díez Ripollés, 1991:773).

En esta línea arguye Díez Ripollés (1991:773) el hecho de que se considere justificadas las lesiones de los maestros a sus pupilos y que ello no evite la imposición de una sanción administrativa obedece a que la acción «(...) está siendo valorada desde dos perspectivas axiológicas que se consideran direccionalmente no coincidentes, como podrían ser, en un análisis improcedentemente rígido, la estrictamente pedagógica y la protectora de derechos de la personalidad (...)».

Lo mismo sucedería según Díez Ripollés (1991:774) en los casos del consentimiento en el que el derecho civil lo contempla enmarcado en la teoría de la transmisión de derechos y el derecho penal en aras de la protección de bienes jurídicos.

También es cuestionable el ejemplo del uso de fuerza no justificada por la autorización administrativa ya que en este caso nos hallamos frente a un concurso de causas de justificación el cual se debiera resolver utilizando aquella que permite la neutralización de todo el injusto (Díez Ripollés 1991:776, nota 225). «Otra solución sólo sería admisible si los injustos específicos respectivos, penal y extrapenal, no fueran direccionalmente coincidentes». (Díez Ripollés, 1991:776).

Si se admite la validez del razonamiento de Díez Ripollés, puede afirmarse que la falta de producción de efectos generales de las causas de justificación no desvirtúa el principio de unidad del ordenamiento porque en realidad lo que sucede es que cada sector lo contempla desde ópticas y finalidades distintas.

Expresado en otros términos, el hecho de que una causa de justificación no elimine todo efecto jurídico ulterior —ya sea una responsabi-

(19) Acertadas parecen las reflexiones político-criminales de PERRÓN (1995:83) cuando manifiesta que en España apenas se han dado problemas de armonización entre el derecho penal con el derecho civil y el derecho público lo cual «(...) podría deberse fundamentalmente a dos factores que operan aún en la actualidad como herencia de la dictadura, pero que en el futuro seguramente perderán su significado. De una parte, el art. 20, núm. 7 del Código Penal había sido concretado muy poco mediante leyes especiales extrapenales. Por ejemplo, las autorizaciones para el uso de la fuerza por parte de los funcionarios de policía se regularon por primera vez en una ley de policía en 1986. De otra parte, el control judicial de la actuación de la Administración estaba escasamente desarrollado, y la jurisdicción civil se encontraba también en una mala situación, por lo que los ciudadanos eran remisos a hacer uso de su derecho de acudir a los Tribunales. Así, la mayoría de las cuestiones que trascendía al ámbito jurídico-penal fueron decididas por los Tribunales penales, por lo que en la práctica no podían producirse problemas de armonización».

alidad civil o una sanción administrativa— es porque pena, sanción y responsabilidad civil, tienen *distinto fundamento*. (20)

Ello explicaría el porque a pesar de ser el comportamiento justificado resta abierta la posibilidad de imponer una sanción administrativa (que tiene como fundamento la potestad de sancionar de la Administración) o de imponer una responsabilidad civil (que tiene como fundamento la compensación o resarcimiento del daño).

Sin embargo debe remarcar que este efecto no sucederá sólo en las «causas de exclusión del injusto» sino en *todas* las causas de justificación. Desde esta perspectiva pienso que es incorrecto realizar la separación que efectúa Gunther entre causas de justificación generales y específicas. Todas son «específicas», pues todas se limitan a eximir de responsabilidad penal, ya que el juez penal se limita a afirmar que no procede una responsabilidad civil *derivada de delito*. Pero desde luego no niega que esta pueda surgir si se cumplen otros presupuestos —responsabilidad extracontractual (art. 1902 Código Civil), responsabilidad objetiva de la Administración (art. 139 LRJAPAC)— que no han sido examinados por el juez penal. (21)

Por ello, pienso que le asiste razón de nuevo a Díez Ripollés (1991:768) cuando afirma que *todo* juicio de antijuridicidad es un juicio penal ya que «En ningún momento durante todo el proceso acabado de describir, ni en el tipo ni en la antijuridicidad, se ha pretendido hacer una valoración de la conducta desde todos los puntos de vista susceptibles de ser tomados en consideración por el Derecho, ni siquiera desde todos los puntos de vista a los que atiende el derecho penal».

El que ello haya originado el surgimiento de una categoría especial —por lo menos basándose en esta razón— es debido a lo equívoco o falso de la premisa mayor, esto es, que un acto amparado en una causa de

(20) Pensemos también que en ocasiones la *pretensión* que se dilucida es diversa. Así por ejemplo el tutor que en ejercicio del derecho de corrección realiza un resultado previsto en la falta de malos tratos (art. 617) a su pupilo puede ser justificado por el juez penal, si estos se ejercen en los límites del derecho de corrección (necesidad, adecuación y proporcionalidad). Pero ello no impide que en base a ello el pupilo recurra al juez civil con la pretensión de conseguir y consiga un cambio de tutor (por alguna causa del art. 244 del Código civil).

(21) He expuesto ejemplos referidos a las causas de justificación del estado de necesidad y de cumplimiento de un deber. Pero, ¿existe algún caso en que a pesar de declararse el comportamiento justificado por legítima defensa proceda responsabilidad civil al amparo de lo dispuesto en el art. 1902 del código civil? PANTALEÓN (1991:1995) es tajante al afirmar que no se deriva responsabilidad civil de la legítima defensa.

Sin embargo de todo el contexto (1991:1993-1994) puede deducirse que: a) no es necesario que el acto sea antijurídico para dar lugar a responsabilidad extracontractual; esto es, un acto lícito, justificado, puede también dar lugar a responsabilidad civil; b) el fundamento de la responsabilidad extracontractual es la existencia de un daño atribuible a culpa o negligencia; esto es, presupuestos distintos de los que examina el juez penal para declarar justificado el comportamiento. Si mi interpretación es adecuada es imaginable algún caso en que la provocación del que se defiende fuera considerada un comportamiento negligente pero no una provocación suficiente para eliminar la legítima defensa.

justificación elimina toda consecuencia jurídica en todos los sectores del ordenamiento jurídico.

Explicado el primer aspecto de que una causa de justificación no produce como efecto el eliminar toda consecuencia jurídica, si esta consecuencia jurídica ulterior obedece a un distinto fundamento, resta por explicar el por qué un comportamiento típico no autorizado por un permiso general proveniente del ordenamiento jurídico puede eventualmente no constituir un injusto penal.

Para explicar esta cuestión pienso que asiste razón a Günther al enfatizar que en la antijuridicidad no sólo se produce un juicio de adecuación del comportamiento a derecho sino además un juicio respecto a la afirmación o negación de un injusto agravado necesitado de pena.

Este segundo *criterio político-criminal* es el que explicaría el por qué a pesar de no existir una autorización con carácter general, esto no obstante, el comportamiento no es penalmente injusto. Ello no implica una tercera categoría, la acción es en efecto «lícita o ilícita», pero ello no requiere la existencia de un derecho o deber de otro sector del ordenamiento jurídico.

Esta operación tampoco requiere de la adición de causas especiales; más bien el juez y el intérprete la efectúan al fundamentar determinadas eximentes como causas de justificación en atención a las finalidades específicas del derecho penal: proteger los bienes jurídicos y declarar la ausencia de injusto del comportamiento que no se estime lesivo a éstos. (22)

De nuevo, el que en base a este motivo —introducción de criterios político-criminales— se haya originado una nueva categoría de causas de justificación responde quizás al equívoco de caracterizar las causas de justificación (a diferencia de las causas de inculpabilidad) con expresiones como «proviene del ordenamiento jurídico» (Roxin, 1994:496), son «previas» al derecho penal (Günther, 1992:201), están «reguladas de idéntica forma en todos los sectores del ordenamiento jurídico» (Günther, 1992:201), «no son una materia puramente jurídico-penal» (Roxin, 1987:234). Expresiones estas que han resultado ser tan problemáticas como el intento de caracterizar las causas de justificación por el hecho de producir efectos en todo el ordenamiento jurídico.

Estas afirmaciones representan en efecto una parte de la historia, permiten explicar aquellas causas de justificación basadas en la existencia de un permiso proveniente del ordenamiento jurídico. Pero corren el riesgo de descartar como causas de justificación aquellas en las que no es posible encontrar un derecho o permiso en el resto del

(22) Al respecto es de interés recordar la posición de GIMBERNAT (1976) quien manifestó que para que un comportamiento sea justificado no es necesario que salve un interés prevalente sino que basta que no sea socialmente disvalioso. Ello puede ser un *criterio penal* para declarar la licitud —autorización— distinto de que sea socialmente valiosa para que de lugar a un derecho o deber.

ordenamiento jurídico y a pesar de ello son tratadas como causas de justificación (23).

En este sentido el énfasis excesivo —producto del intento de diferenciar las causas de justificación de las causas de inculpabilidad— en la vinculación de las causas de justificación con los permisos o deberes del ordenamiento jurídico provoca el olvido de que las causas de justificación no son una mera recepción de permisos generales sino autorizaciones a actuar establecidas por el legislador penal y en este sentido no (sólo) «proviene de» sino que también surgen del derecho penal.

En esta línea, la introducción de criterios político-criminales en la fundamentación de las causas de justificación permite quizás solventar el antiguo problema de como *fundamentar la exención de pena* de aquellas acciones indudablemente típicas para las cuales no existe un derecho/deber de lesionar el bien jurídico pero que por otro lado su exención de pena no se debe a que la persona se halle en una situación de inmovilidad (24).

Este problema ha sido expuesto convincentemente en España por Bacigalupo (1986:1201) quien manifiesta la dificultad de clasificar situaciones intermedias entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad como el estado de necesidad en caso de bienes iguales, las indicaciones en el aborto y las excusas absolutorias. (25)

(23) Pienso que este aspecto permite comprender la polémica de que ha sido objeto el planteamiento de GIMBERNAT (1976:114) al manifestar que son causas de justificación aquellas en que el legislador penal renuncia a motivar la conducta con una sanción penal. Cuando se critica (CEREZO, 1987:72; 1990:25; 1991:20-22; HIRSCH, 1991:41; KÜPER, 1983:92) que GIMBERNAT acoge un criterio preventivo para diferenciar las causas de justificación de las causas de inculpabilidad ello parece basarse en que no hace referencia a un derecho o permiso proveniente del ordenamiento jurídico; de lo contrario la crítica sería incomprensible pues GIMBERNAT (1976:116-119) manifiesta que el legislador penal renuncia a motivar con una pena porque *no desvalora* estos comportamientos (criterio normativo).

(24) Díez Ripollés (1991:743-747) ha manifestado que las causas de exclusión del injusto no son necesarias en un ordenamiento como el español que permite graduar el injusto con las eximentes incompletas y la atenuante analógica. En mi opinión sin embargo las causas de exclusión del injusto pudieran ser de utilidad para explicar el porque de la *exención* de la pena en aquellos casos en los que se afirma que no hay un derecho o permiso del ordenamiento jurídico y a pesar de ello el ordenamiento penal exime, y no sólo atenúa, de pena.

(25) Esto no obstante BACIGALUPO (1986:1200-1201) se aleja de la posición de GÜNTHER por dos razones: a) el hecho de que sea necesario respetar las finalidades de la pena o el principio de proporcionalidad no implica que ello deba ser tomado en consideración en la categoría de la antijuridicidad; b) ello sólo sería correcto si se llegase a la conclusión de que en estos supuestos no quiere ratificarse la norma infringida, de lo contrario si se pretende ratificar la norma vulnerada no debe excluirse la antijuridicidad ya que esta cumple precisamente la función preventiva de advertir al ciudadano cuales son los comportamientos prohibidos y permitidos. Por ello cuando exista una necesidad preventiva la solución estribará de acuerdo a BACIGALUPO (1989:464) en la creación de una categoría posterior a la antijuridicidad —que permita ratificar la norma— y previa a la culpabilidad —que permita fundamentar la exención de pena en motivos distintos que la imposibilidad de motivación—.

En este sentido el intento de Günther representa un nuevo esfuerzo de fundamentar determinadas eximentes (26) (p.ej. estado de necesidad en que colisionan bienes iguales) en los cuales existe una acción típica (no necesariamente insignificante); no hay por otro lado un derecho/deber de lesionar el bien ajeno; y por último la exención de responsabilidad no obedece a que la persona no pueda ser motivada por el derecho.

Este alcance interpretativo de los criterios de política criminal ha sido el más aceptado en España. «En efecto, la exclusión del injusto penal podría incluso llegar a concebirse como principio rector interpretativo de las causas de justificación en el ámbito jurídico penal (...)» (Silva, 1992:405; 1987:541). (27)

Si se admite que la categoría de la antijuridicidad es una categoría que cumple una función sistemática —valoración de todo el ordenamiento jurídico— y una función teleológica —declarar la existencia de un injusto que autorice la intervención penal— surgen dos últimas reflexiones.

La primera será discutir si es correcto que estos criterios de política criminal sean abordados en la categoría de la antijuridicidad o si debieran analizarse en otra categoría de la teoría del delito.

Esta fue precisamente la crítica que realizó originariamente Roxin (1985:195) a la posición de Günther acerca de la procedencia de introducir criterios de política criminal en la categoría de la antijuridicidad.

En opinión de Roxin la función de la antijuridicidad es diferenciar lo prohibido de lo permitido y expresar claramente que el comportamiento está prohibido (función unificadora). Por el contrario, las

La discusión pendiente es que comportamientos son comportamientos prohibidos y de ahí la necesidad de reafirmar la infracción de la norma con una declaración de antijuridicidad y cuales son autorizados y en consecuencia pueden ser declarados justificados sin perjudicar esta función preventiva.

(26) En este aspecto no es de temer que la admisión de causas de exclusión del injusto impliquen una inseguridad jurídica (RUDOLPHI, 1989) ya que ello puede evitarse como afirma GÜNTHER (1987) positivizándolas, o sencillamente proporcionando un fundamento a las eximentes ya existentes.

(27) SILVA (1992:404) parece considerar que ello implicaría una novedad respecto del planteamiento de GIMBERNAT quien ya distinguía en el ámbito de las causas de justificación entre aquellas que tienen una valoración positiva de aquellas que no. Así manifiesta que no tiene sentido desde perspectivas teleológicas distinguir dentro de lo no prohibido entre aquellos comportamientos positivos o indiferentes, pero «(...) sí tiene pleno sentido distinguir entre causas que eliminan la prohibición penal y causas que eliminan el carácter prohibido del hecho». Una reflexión más detallada permite observar que ambos aspectos están estrechamente conectados. Así es evidente que cuando Günther distingue, de acuerdo a perspectivas teleológicas, causas que eliminan el injusto penal está, con distintas palabras, expresando la categoría de los comportamientos «tolerados» propuesta por GIMBERNAT (1976). Es cierto que podría objetarse que para GÜNTHER eliminan «sólo» la antijuridicidad penal y para GIMBERNAT la antijuridicidad general, pero las consecuencias prácticas, esto es, que ambas son acciones justificadas y que no generan una obligación de tolerar, son idénticas.

consideraciones teleológicas, de acuerdo a los fines del derecho penal, deben quedar relegadas a la categoría de la responsabilidad. (28)

Esta crítica ha sido respondida por Gunther quien se pregunta si en efecto éste es el cometido de la antijuridicidad o si por el contrario ésta tiene la función de delimitar, de entre los comportamientos antijurídicos, aquellos más graves merecedores de pena (Günther, 1987:391). Ello no pone en peligro la función unificadora de la antijuridicidad ya que, como advierte Günther, tampoco todos los comportamientos antijurídicos se tipifican penalmente y ello no induce a error acerca de su carácter antijurídico.

En mi opinión la respuesta de Günther peca de imprecisión ya que como he destacado no es comparable la afirmación de la atipicidad de un comportamiento con la afirmación de su falta de antijuridicidad. La diferencia obedece a que se admite que la tipicidad es «una categoría autónoma de valoración jurídico penal» (Jescheck, 1978:442) —por razones de gravedad o por una finalidad específica— y por ello el hecho de que un comportamiento no sea típico no impide el que pueda constituir un ilícito civil o administrativo. Por el contrario el juicio de antijuridicidad —siempre que se admita que es un juicio de adecuación a derecho y no un mero juicio de necesidad de la pena— debe ser —si el objeto, pretensión y fundamento son los mismos— idéntico.

Y sin embargo tampoco parece adecuada la crítica de Roxin de que la categoría de la antijuridicidad no es el sitio idóneo para realizar las consideraciones teleológicas, y sí por el contrario la responsabilidad. En mi opinión esta crítica aparece como una *petitio principii*. Desde el momento en que se admite la conveniencia de construir un «sistema teleológico» (29), parece plausible razonar que las consideraciones de los fines específicos del derecho penal deben ser tomados en consideración en todas las categorías del delito.

Esta es por lo demás la opinión de numerosos autores en la doctrina quienes no dudan en manifestar que los fines del derecho penal deben encontrar expresión en todas las categorías y se muestran críticos respecto de los intentos de recluirlas en el seno de la culpabilidad o con el intento de crear una nueva categoría al respecto (Díez Ripollés, 1988:1087; 1991:782-785; Luzón, 1995b:202).

(28) La consecuencia que GÜNTHER deriva de que las causas de exclusión del injusto penal no producen obligación de tolerar y en consecuencia no eliminan la legítima defensa ha sido también criticada por ROXIN (1985).

(29) Sorprende la defensa y necesidad de un sistema «teleológico» y luego pretender reducir estas consideraciones a la categoría de la culpabilidad. Es cierto que los discípulos de ROXIN (véase SCHÜNEMANN, 1991:21) no se han mostrado tan críticos respecto de la posición de GÜNTHER como su maestro. Adicionalmente, como he expuesto anteriormente, ROXIN (1994:496) reconoce que pueden existir causas que excluyan exclusivamente el injusto penal. Lo que sucede es que en su opinión estas serán excepcionales porque normalmente las causas de justificación surgen en otros sectores del ordenamiento jurídico y rigen para el derecho penal.

La segunda y última reflexión es, admitido que los criterios de política criminal tienen incidencia en todas las categorías del delito se trataría de concretar cuales criterios de política criminal deben ser tomados en consideración. Al respecto se ha avanzado más bien poco desde que Roxin (1972:55) manifestó que la función teleológica de la antijuridicidad residía en la solución social de los conflictos. (30)

Es cierto que la concreción de los criterios de política criminal es ardua pero esta precisión es necesaria si se pretende conjurar el riesgo advertido por Díez Ripollés (1991:785-789) de que reducir los criterios político-criminales a cuestiones de necesidad o merecimiento de la pena pueden difuminar las categorías existentes actualmente en la teoría del delito. Por ello, de acuerdo a este autor, es conveniente que estos criterios político-criminales se concreten en atención a la función que cada categoría cumple en la teoría del delito.

También Bacigalupo (1986:1201) reclama esta concreción ya «que la cuestión no consiste tanto en saber en que categoría del delito debe tratarse el problema del merecimiento de pena, sino en las diversas configuraciones que este puede tener en cada categoría según las necesidades de la prevención». (31)

La discusión suscitada por Gunther permite, si mi análisis ha sido certero, extraer las siguientes consideraciones:

El primer aspecto destacable de la discusión es que se llama la atención sobre el hecho de que el juez penal siempre que declara un comportamiento justificado o antijurídico está realizando *una declaración de alcance penal* (Díez Ripollés, 1991:768). Este alcance limitado es debido a que aun cuando el objeto de valoración sea idéntico, lo habitual es que el fundamento de la pena, sanción administrativa y responsabilidad civil sea distinto. Por ello es incorrecto el intento de caracterizar a las causas de justificación como aquellas eximentes que producen el efecto de eliminar toda consecuencia jurídica.

El segundo aspecto es llamar la atención de que las causas de justificación no se limitan a dar entrada en el derecho penal de los permisos generales del ordenamiento jurídico sino que también son causas de justificación aquellas eximentes creadas por el derecho penal. La realización de este segundo juicio requiere la toma en consideración de *criterios político-criminales* debido a que la finalidad de la antijuridicidad no se agota en el examen de permisos provenientes del ordenamiento jurídico sino en delimitar un injusto merecedor de pena.

(30) Ha sido puesto de relieve por AMELUNG (1982:99) que esta función teleológica atribuida por ROXIN a la antijuridicidad es poco teleológica ya que la solución de conflictos es común a todos los ámbitos del derecho. Así de acuerdo a AMELUNG (1982:101) la función de las causas de justificación es decidir «(...) sobre el hecho de si una prohibición que ha sido establecida en algún punto del ordenamiento jurídico ha de ceder ante otras finalidades político-jurídicas» y pareciera que la función político criminal sería realizada por las causas de exclusión del injusto penal.

(31) Véase nota 25.

La introducción de criterios de política criminal —aun cuando éstos requieran de mayor precisión— permitiría eventualmente solventar el antiguo problema de como fundamentar la exención de pena de aquellas acciones indudablemente típicas para las cuales no existe un derecho/deber procedente de otro sector del ordenamiento jurídico de lesionar el bien jurídico pero cuya exención de pena no se debe a que la persona se halle en una situación de inmotivabilidad.

En mi opinión ello permitirá afirmar que la categoría de la antijuridicidad cumple una función sistemática —juicio normativo de adecuación de la conducta con el derecho— y una función teleológica —declarar la existencia de un injusto presupuesto de sanción penal—.

BIBLIOGRAFÍA

- AMELUNG, K. (1982) «Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin» en SCHUNEMANN, B. (comp) *El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales*. Madrid, Tecnos, 1991.
- ANTÓN ONECA, J. (1949) *Derecho penal*. 2.^a ed, 1985, Madrid, Akal.
- BACIGALUPO, E. (1983) *Delito y punibilidad*. Madrid, Civitas.
- (1985) *Principios de derecho penal español. II El hecho punible*. Madrid, Akal.
- (1986) «Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad» en *La Ley*.
- (1989) «Unrechtsminderung und Tatverantwortung» en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*. Berlin.
- (1991) «Die Einwilligung des Verletzten im spanischen Strafrecht» en ESER, A.-PERRÓN, W. (Hrsg) (1991) *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Freiburg, Max Planck. Existe traducción en ESER, A.-GIMBERNAT, E.-PERRÓN, W. (comps) (1995) *Justificación y Exculpación en Derecho Penal*, Madrid, Universidad Complutense-Centro de Estudios Judiciales.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. (1994) *Manual de derecho penal. Parte General*. 4.^a ed. puesta al día por H. Hormazábal, Barcelona, P.P.U.
- CEREZO MIR, J. (1987) «La regulación del estado de necesidad en el Código penal español» en *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, N. X.
- (1990) *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. II Madrid, Tecnos.
- (1991) «Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus spanischer Sicht» en ESER, A.-PERRÓN, W. (Hrsg) (1991) *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Freiburg, Max Planck; Existe traducción en ESER, A.-GIMBERNAT, E.-PERRÓN, W. (comps) (1995) *Justificación y Exculpación en Derecho Penal*, Madrid, Universidad Complutense-Centro de Estudios Judiciales.
- (1994) *Curso de Derecho penal español. Parte General*. I. 4.^a ed. Madrid, Tecnos.
- COBO DEL ROSAL, M.-VIVES ANTÓN, T.S. (1990) *Derecho Penal. Parte General*. 3.^a ed, Valencia, Tirant lo Blanch.
- CUERDA, A. (1990) «Sobre el concurso entre causas de justificación» en *ADPCP*; también en LUZÓN-MIR (eds) (1995) *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*. Pamplona, Aranzadi.

- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (1988) «Recensión a Perrón, W. (1988) *Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht. Ein Strukturvergleich strafrechtlicher Zurechnungssysteme*», en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*.
- (1991) «La categoría de la antijuridicidad en derecho penal» en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, tomo XLIV, fasc. III; también en LUZÓN-MIR (eds.) (1995) *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*. Pamplona, Aranzadi.
- GIMBERNAT, E. (1976) «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad» en *Estudios de Derecho Penal*. Madrid, Civitas.
- (1991) «Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand; Pflichtenkollision) im spanischen Strafrecht» en ESER, A.-PERRÓN, W. (Hrsg) (1991) *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Freiburg, Max Planck; trad. en ESER, A.- GIMBERNAT, E.-PERRÓN, W. (comps) (1995) *Justificación y Exculpación en Derecho Penal*, Madrid, Universidad Complutense-Centro de Estudios Judiciales.
- GÜNTHER, H.L. (1983) *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschliessungsgründe*. Köln, Carl Heymanns Verlag.
- (1987) «Rechtfertigung und Entschuldigung in einem teleologischen Verbrechenssystem» en ESER, A.-FLETCHER, G. (Hrsg) (1987) *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*. 7/1. Freiburg, Max Planck.
- (1992) «Klasifikation der Rechtfertigung im Strafrecht» en *FS Spindel*; existe traducción en LUZÓN-MIR (eds.) (1995) *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*. Pamplona, Aranzadi.
- HIRSCH, H.J. (1991) «Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus deutscher Sicht» en ESER, A.-PERRÓN, W. (Hrsg) (1991) *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Freiburg, Max Planck; trad. al italiano por G. Fornasari en *RIDPP*, 1991.
- JAKOBS, G. (1991) *Strafrecht A.T. Berlin*, Walter de Gruyter, 1993. 2.^a ed.
- JESCHECK, H.H. (1978) *Tratado de Derecho penal. P.G.* Trad. Mir-Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981.
- KÜPER, W. (1983) «Der entschuldigende Notstand —ein Rechtfertigungsgrund? Bemerkungen zur kriminalpolitischen "Einheitstheorie" Gimbernat Ordeigs—» en *J.Z.*
- LAURENZO, P. (1990) *El aborto no punible*. Barcelona, Bosch.
- LUZÓN PEÑA, D.M. (1989) «El error sobre causas de justificación: algunas precisiones» en *Estudios Penales*, 1991, Barcelona, P.P.U.
- (1995a) «Causas de atipicidad y causas de justificación» en LUZÓN-MIR (eds.) (1995) *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*. Pamplona, Aranzadi.
- (1995b) «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito» en LUZÓN-MIR (eds.) (1995) *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*. Pamplona, Aranzadi.
- MIR (eds.) (1995) *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*. Pamplona, Aranzadi.
- MAURACH, R. (1962) *Tratado de Derecho Penal*. Traducción y notas Juan Córdoba. Barcelona, Ariel.
- MIR PUIG, S. (1990) *Derecho Penal. Parte General*. 3.^a ed, Barcelona, P.P.U.

- MUÑOZ CONDE, F. (1988) Recensión a Eser-Fletcher (1987) *Rechtfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichende Perspektiven*, en *CPC*.
- GARCÍA ARÁN, M. (1993) *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- PANTALEÓN, F. (1991) «Comentario al artículo 1902» en *Comentario del Código Civil*. Tomo II. Madrid, Ministerio de Justicia.
- PERRÓN, W. (1995) «Principios estructurales de la justificación en los derechos penales español y alemán» en LUZÓN-MIR (eds.) (1995) *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*. Pamplona, Aranzadi.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1982) «Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad» en *Libro Homenaje a Antón Oneca*.
- ROXIN, C. (1972) *Política criminal y sistema del Derecho Penal*. Barcelona, Bosch.
- (1987) «Rechtfertigungs und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschliessungsgründen» en ESER, A.-FLETCHER, G. (1987) (Hrsg) *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*. 7/1. Freiburg, Max Planck; trad. al castellano por M. Polaino en *Cuadernos de Política Criminal*, 1992, n. 46.
- (1994) *Strafrecht*. A.T. München, C.H. Beck Verlag, 2.^a ed.
- (1985) «Die notstandsähnliche Lage -ein Strafunrechtsausschliessungsgrund?» en *FS für D. Oehler*, Berlín.
- RUDOLPHI, H.J. (1989) «Rechtfertigung im Strafrecht» en *GS für Armin Kaufmann*.
- SCHÜNEMANN, B. (1991) «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal» en SCHÜNEMANN, B. (comp) *El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales*. Madrid, Tecnos.
- SILVA, J.M. (1987) «Recensión a Schünemann, B. Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. I Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre», en *ADPCP*.
- (1992) *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona, Bosch.
- WELZEL, H. (1969) *Derecho Penal Alemán*. Traducción por Bustos-Yáñez, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1976.