

# ANTI JURIDICIDAD

Prof. Dr. Gustavo Balmaceda H.

1

## § 1. Cuestiones fundamentales de la teoría del injusto

- a. Antijuridicidad e injusto
- Sólo cabe desvalorar como (¿penalmente?) antijurídicas las lesiones o puestas en peligro de los bienes jurídico-penales que sean imputables a un “comportamiento humano”, porque sólo éste puede ser prohibido a alguien por una norma que se dirija a sus destinatarios tratando de determinarles en contra del delito. Aunque se discute sobre el contenido de este concepto, existe acuerdo en que la conducta humana requiere una determinada “voluntad”.
  - El segundo requisito de la antijuridicidad penal es la ausencia de causas de justificación.
  - Entonces, Una conducta típica es antijurídica si no hay una causa de justificación que excluya la antijuridicidad.
  - En vez de causas de justificación también se puede hablar de “causas de exclusión del injusto”, en lo que no hay una diferencia de significado.

Prof. Dr. Gustavo Balmaceda H.

2

- Concretamente, la admisión de una causa de justificación no implica afirmar que la conducta justificada deba valorarse positivamente.
- Dicha conducta no es desaprobada por el Ordenamiento jurídico y con ello es aceptada por éste, pero la emisión de ulteriores juicios de valor positivos no pertenece a los cometidos del Derecho penal (Por tanto no hay ninguna necesidad de introducir entre tipo y antijuridicidad el escalón valorativo adicional de la “antijuridicidad penal” específica).

- Los conceptos sistemáticos penales de la “antijuridicidad” y del “injusto” se distinguen en que la antijuridicidad designa una propiedad de la acción típica, a saber, su contradicción con las prohibiciones y mandatos del Derecho penal, mientras que por injusto se entiende la propia acción típica y antijurídica, o sea el objeto de valoración de la antijuridicidad junto con su predicado de valor.
- Así pues, en el concepto del injusto se reúnen las tres categorías delictivas de la acción, tipicidad y antijuridicidad

## b. Antijuridicidad formal y material

- Quien promovió la distinción fue Franz v. Liszt.
- Una acción antijurídica es formalmente antijurídica en la medida en que contraviene una prohibición o mandato legal; y es materialmente antijurídica en la medida en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva y que no se puede combatir suficientemente con medios extrapenales.

- En el aspecto valorativo del tipo el injusto material representa una lesión de bienes jurídicos que por regla general es necesario combatir con los medios del Derecho penal; y a ese respecto debe determinarse el concepto de bien jurídico.
- Y desde el punto de vista de la antijuridicidad, el injusto material de la lesión de bienes jurídicos puede excluirse por el hecho de que en caso de colisión de dos bienes jurídicos se prefiere el interés por el bien jurídico más valorado al menos valorado, con lo que el resultado es que pese al sacrificio de un bien jurídico se produce algo socialmente provechoso o al menos no se produce un daño social jurídico-penalmente relevante.

- La importancia práctica de la antijuridicidad material es triple:
  - a) permite realizar graduaciones del injusto y aprovecharlas dogmáticamente,
  - b) proporciona medios auxiliares de interpretación para la teoría del tipo y del error y para solucionar otros problemas dogmáticos, y
  - c) hace posible formular los principios en los que se basan las causas de exclusión del injusto y determinar su alcance.

- En primer lugar, gracias a la antijuridicidad material se puede graduar el injusto según su gravedad.
- La antijuridicidad formal no permite aumentos ni distinciones cualitativas. Un hurto de 10000 pesos en sentido formal no es menos antijurídico que uno de 10 pesos, puesto que en ambos casos se infringe igualmente la prohibición de la norma. Y asimismo la antijuridicidad formal del homicidio, en cuanto infracción de una prohibición, no es distinta de la del hurto.

- Por último, la cuantificabilidad del injusto material tiene importancia para las siguientes cuestiones:
  - a) para el grado de culpabilidad (que a su vez su medida tiene gran importancia para la medición de la pena),
  - b) para las ponderaciones de intereses que se plantean en la comprobación de la antijuridicidad, y
  - c) para cuestiones de exclusión de la responsabilidad y de autoría mediata.

- Aparte de esto, la idea de antijuridicidad material resulta útil para la interpretación del tipo sobre todo en los casos en que una conducta se podría subsumir en el tenor literal de un precepto penal, pero materialmente, o sea según el contenido de su significado social, no concuerda con el tipo de delito.
- Ejemplos de esto lo constituyen sobre todo los casos que usualmente se intenta excluir del tipo como “socialmente adecuados”. Y en la teoría del error, la vencibilidad de un error de prohibición y la culpabilidad de quien lo sufre también dependen esencialmente de si y hasta qué punto el sujeto ha comprendido el injusto material de su conducta.

- Finalmente, el principio de la antijuridicidad material también es decisivo para desarrollar y determinar el contenido de las causas de justificación.
- Partiendo del mismo se desarrolló la causa de justificación del denominado estado de necesidad supralegal. Y también para sistematizar las restantes causas de exclusión del injusto y configurar su contenido habrán de ser los criterios de la antijuridicidad material los que marcarán la pauta.

- Excurso: evolución histórica del concepto de antijuridicidad y su relación con el tipo penal
1. Lo objetivo y lo subjetivo en la antijuridicidad
- El positivismo concibió la antijuridicidad como referida únicamente a la componente objetiva (externa) de la acción (BELING, VON LISZT).
  - El hecho antijurídico se describe como la ciencias naturales describen cualquier otro hecho de la naturaleza, esto es, como un proceso causal. De ahí también que esta concepción se conozca como “causalismo”.

- La metodología neokantiana, junto a las ciencias naturales, afirmó las ciencias del “espíritu” o “culturales”, como esencialmente referidas a valores, e incluyó en ellas a las ciencias del Derecho (RADBRUCH, MEZGER, SAUER).
- Lo injusto se concebía, según esto, como una infracción de la “norma de valoración” del hecho objetivo (como desvalor de resultado), a diferencia de la culpabilidad, a la que se reservaba el dolo y la culpa como infracción de la “norma de determinación” dirigida a la voluntad.

- Sin embargo, esta concepción se vio obligada a admitir en ocasiones ciertos elementos subjetivos del injusto, sin los cuales el hecho no puede ser desvalorado en absoluto.
- El finalismo, por su lado, parte de la existencia de ciertas “estructuras lógico-objetivas” que pertenecen a la “naturaleza de las cosas”, y que el legislador y la ciencia deben respetar (WELZEL).
- La acción final (guiada por la finalidad) es una de esas estructuras ontológicas. Si la antijuridicidad es un juicio sobre el hecho, dependerá pues, no sólo de sus elementos objetivos, sino también, de forma esencial, del elemento subjetivo de la finalidad.

## 2. Relación entre tipicidad y antijuridicidad

- BELING, creador del moderno concepto de de tipo, lo concibió con total independencia de la antijuridicidad.
- Para el neokantismo la tipicidad no se halla desvinculada de la antijuridicidad, sino que es su ratio essendi.

- Ahora, en la actualidad, la discusión se centra entre lo que plantea el finalismo y la teoría de los elementos negativos del tipo:
  - a) Para el finalismo el tipo es un mero indicio de la antijuridicidad -ratio cognoscendi- y, por tanto, tiene un significado independiente.
- De ahí que vuelva a preferir las notas de tipicidad y antijuridicidad separadas en la definición del delito, que vuelve al modelo “tripartito” y abandona el “bipartito”: acción típica, antijurídica y culpable vs. acción típicamente antijurídica y culpable.

- b) Para la teoría de los elementos negativos del tipo, por su lado, el tipo consta de dos partes:
- La parte positiva: que equivale al tipo en sentido tradicional, esto es, como conjunto de elementos que fundamentan positivamente el injusto.
  - La parte negativa: añade la exigencia de que no concurren causas de justificación.
  - Entonces, esta teoría piensa que la tipicidad implica siempre la antijuridicidad y, viceversa, la presencia de causas de justificación excluye la tipicidad.

### c. Victimodogmática e injusto material

- La victimología es la teoría criminológica de la influencia de la conducta de la víctima en la delincuencia.
- A ese respecto el punto central lo constituye la cuestión de cómo repercute en el injusto la corresponsabilidad de la víctima por lo sucedido, y especialmente si la misma puede dar lugar a la exclusión del tipo o de la antijuridicidad.

- En primer lugar se ha intentado demostrar tal posibilidad en la interpretación de los tipos de la Parte Especial.
- Así por ejemplo, se interpreta que en el tipo de estafa está la idea de que no necesita protección penal quien se puede proteger fácilmente a sí mismo haciendo caso a sus dudas (Amelung).

- En la Parte General también se pueden apoyar con argumentos victimológicos muchas soluciones a problemas en la teoría del tipo y del injusto.
- Así cabe reconducir los efectos del consentimiento a la falta de necesidad de protección del titular del bien jurídico.
- Asimismo, los casos en que se limita la imputación al tipo objetivo mediante el alcance de éste (su fin de protección) se pueden interpretar sin dificultad victimológicamente: tanto en la autopuesta en peligro dolosa como en la puesta en peligro de un tercero consentida por él ocurre que no se produciría la imputación porque la víctima tiene la misma responsabilidad por lo sucedido que el autor.

- Los intentos de fundamentar el enfoque victimodogmático remiten a la antijuridicidad material.
- En primer lugar se puede sentar la tesis de que allí donde sea posible y exigible una autoprotección eficaz, no concurrirá una lesión de bienes jurídicos suficientemente peligrosa socialmente por parte del autor, por lo que la víctima no es merecedora de protección.
- Pero también se puede afirmar que hay una lesión de bienes jurídicos “en sí misma” digna de castigo y justificar sin embargo la impunidad a partir de la idea de la subsidiariedad del Derecho penal, afirmando que el Derecho penal es la ultima ratio de la política social y que su intervención no es legítima cuando se disponga de “medios más benignos” para evitar el daño social.
- Frecuentemente se utilizan cumulativamente ambos puntos de vista.

- Sin embargo, la tesis de que nuestro Derecho penal se basa en tal principio victimológico no se puede sostener con esa generalidad.
- Pues no hay datos que apoyen la hipótesis de que el legislador haya querido hacer depender el merecimiento o la necesidad de pena con carácter general de que la víctima adopte las medidas de autoprotección exigibles.

- Tampoco se puede deducir directamente de la idea de subsidiariedad el principio victimodogmático, contra lo que opinan sus partidarios.
- Pues aunque es cierto que el Derecho penal es la ultima ratio de la política social, esa afirmación significa sólo que no se puede imponer una pena cuando el Estado tenga a su disposición otros medios menos gravosos para solucionar conflictos sociales, pero no que también tenga que renunciar a intervenir cuando el ciudadano se podría proteger por sí mismo.

- Pero el enfoque victimodogmático sólo es rechazable en la medida en que se le da carácter general y absoluto.
- Su gran mérito consiste en haber mostrado que la “necesidad de protección” es un topos que puede influir en la antijuridicidad material y que por ello siempre debe tenerse en cuenta en la interpretación junto con y dentro del contexto de las restantes circunstancias decisivas para el ámbito de la protección penal.

- Allí donde una corresponsabilidad de la víctima no pueda fundamentar una interpretación conducente a la impunidad de la conducta del autor —y así ocurrirá en la mayoría de los casos—, siempre podrá dar lugar a una disminución del injusto material y operar como atenuante en la medición de la pena; en tanto en cuanto, se trata de la ya indicada graduabilidad del injusto.
- Y es fácil comprender que la culpa concurrente de la víctima, aunque no dé lugar a la supresión del injusto, tiene que influir en la cuantía del mismo.

#### d. Injusto y espacio fuera del Derecho

- La concepción predominante parte de la base de que una conducta típica es, o conforme a Derecho o antijurídica, según que entre en juego o no una causa de exclusión del injusto.
- Frente a esto una posición minoritaria (Maurach) mantiene la opinión de que hay una tercera categoría: un espacio fuera del Derecho (o jurídicamente libre o exento), en el que el legislador se reserva su valoración y deja la conducta del individuo a merced de su decisión personal en conciencia.

- Como ejemplos se pueden utilizar sobre todo los conflictos entre vida y vida: así los casos de la denominada comunidad de peligro (p. ej. dos montañeros cuelgan de una cuerda que sólo puede soportar a uno, y el de arriba corta la cuerda para salvarse al menos él); o también la colisión entre deberes de actuación equivalentes (como en el supuesto de que un padre, cuyos dos hijos corren peligro de ahogarse, sólo puede salvar a uno de ellos a su elección y tiene que dejar ahogarse al otro).

- Sin embargo, en el ámbito del injusto no se puede aceptar en absoluto la construcción del espacio fuera del Derecho.
- Pues una vez que una conducta se valora como típica y por tanto se da una lesión de un bien jurídico, el Derecho ya no se puede sustraer a una valoración por el sistema de “retirar sus normas” en determinados casos.

e. Antijuridicidad y unidad del Ordenamiento jurídico

- Una cuestión que hasta hoy no se ha resuelto definitivamente es la de si la juridicidad (conformidad a Derecho) o antijuridicidad de una acción ha de determinarse unitariamente para todo el Ordenamiento jurídico, o sea para todos los campos del Derecho, o si por el contrario puede enjuiciarse de modo diferente según las peculiaridades de las materias jurídicas concretas.

- Y específicamente para el Derecho penal se plantea una doble cuestión:
  - 1) ¿Las autorizaciones o derechos de intromisión del Derecho civil o del Derecho público excluyen en todos los casos y circunstancias la antijuridicidad de una conducta típica?
  - 2) ¿Significa la prohibición de una conducta en Derecho civil o público en todos los casos y circunstancias que esa conducta, si encaja simultáneamente en el tipo de una ley penal, también supone un injusto penal?

- A la primera pregunta hay que responder afirmativamente.
- Sería una contradicción axiológica insoportable, y contraría además la subsidiariedad del Derecho penal como recurso extremo de la política social.

- En cambio, la segunda pregunta no se puede responder, como hace la doctrina alemana dominante casi siempre sin especial problematización, uniformemente con un “sí”; pues ni es conceptualmente necesario, ni tan siquiera conveniente siempre político-criminalmente, castigar también una actuación prohibida civil o administrativamente cuando simultáneamente encaje en un tipo.

- El contenido material de la antijuridicidad penal en el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho
- Se dice que no toda antijuridicidad es antijuridicidad penal, pues ésta requiere la tipicidad penal (principio de legalidad), y como los tipos penales parten de la descripción o puesta en peligro de bienes jurídico-penales, no cabe más que concluir que la antijuridicidad penal material parte, en general, de un desvalor de resultado.
- Sin embargo, también debe respetarse el principio de culpabilidad (en sentido amplio), por lo que sólo se pueden impedir resultados que aparezcan ex ante como capaces de producir dichos resultados (desvalor objetivo de la conducta), y según sean imputables a dolo o imprudencia (desvalor subjetivo de la conducta).

1. La tipicidad penal como base de la antijuridicidad penal
  - Dijimos que la tipicidad penal no es un elemento independiente de la antijuridicidad penal, sino que es precisamente uno de sus requisitos junto al de la ausencia de causas de justificación.
  - La tipicidad es pues, la ratio essendi necesaria pero no suficiente de la antijuridicidad penal. Del mismo modo que no todo hecho antijurídico es penalmente típico, no todo hecho penalmente típico es antijurídico.

## 2. Desvalor de resultado y desvalor de la conducta en la antijuridicidad penal

- La antijuridicidad penal se distingue de otras formas de antijuridicidad por exigir un desvalor de resultado especialmente grave (lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal).
- Este resultado ha de ser, en segundo lugar, imputable a una conducta desvalorada por su peligrosidad (desvalor de acción).

- El bien jurídico-penal
- El concepto de bien jurídico-penal se utiliza en sentido político-criminal (de lege ferenda) de lo único que merece ser protegido por el Derecho penal (en contraposición, sobre todo, a los valores solamente morales), y en sentido dogmático (de lege lata) de objeto efectivamente protegido por la norma penal. Por ejemplo: la vida, el honor, el patrimonio.
- Bien jurídico, sustrato del mismo, y objeto material del delito
- Los bienes jurídicos descansan en una realidad material (como, por ejemplo, la vida) o inmaterial (por ejemplo, el honor), pero no se identifican conceptualmente con su sustrato, que todavía no encierra en sí mismo una conceptualización axiológica, por ejemplo, la realidad de la vida, las realidades empíricas en general (que son valorativamente neutras).

- Sólo si éstas se contemplan en su valor funcional pueden considerarse “un bien”.
- Es decir, un Derecho penal protector de bienes jurídicos no tutela puros valores en sí mismos, sino realidades concretas. Por ejemplo, no merece protección el valor “vida” si no se enmarca en una persona real, concreta.
- Por último, tampoco debe confundirse al bien jurídico con el objeto material u objeto de la acción, que es el objeto sobre el cual recae el delito (objeto en sentido jurídico-penal), que también puede ser materialmente un sujeto).

- Dimensión social del bien jurídico
  - ¿Cuál es el sentido funcional en que los objetos reales importan al Derecho penal como bienes jurídicos?
  - Es su dimensión social la que interesa al Derecho penal, en la medida en la que la indemnidad de aquellos objetos reales constituye una necesidad social y condiciona las “posibilidades de participación” del individuo en los sistemas sociales (MIR PUIG).

- Funciones del bien jurídico-penal

Son las siguientes:

- a.- De límite al legislador (discutido).
- b.- Sistemática: el Código penal parte de ellos para su clasificación.
- c.- Guía de interpretación (teleológica): sirve para excluir las conductas que no lesionen ni pongan en peligro el bien jurídico.
- d.- Criterio de medición de la pena: la mayor o menor gravedad de la lesión de un bien jurídico-penal, o la mayor o menor peligrosidad de su ataque, influyen decisivamente en la gravedad del hecho.

- f. Sistematización de las causas de justificación

- Hasta ahora no se ha logrado una sistematización fructífera de las causas de justificación.
- Y la verdad es que tampoco se puede lograr de modo cerrado y definitivo; pues los puntos de vista que pueden dar lugar a que se excluya el injusto material de un hecho pese a encajar en el tipo son tan variados, y el número de causas de justificación procedentes de todas las partes del Ordenamiento jurídico es tan grande y está sometido —especialmente en las intervenciones de la autoridad— a necesidades tan cambiantes, que unos principios unitarios, y que además tengan capacidad expresiva en cuanto al contenido, en todo caso sólo pueden tener una validez limitada.

- Por eso, las denominadas teorías monistas (v. Liszt), que intentan reconducir las causas de justificación a una idea rectora omnicomprendensiva, tienen necesariamente que quedarse en un plano abstracto y sin contenido.
- Próximas a las concepciones “monistas” se presentan aquellas teorías “pluralistas” (Mezger) que conducen la justificación a dos principios: el del “interés preponderante” y el de la “ausencia de interés”.

- Si se quiere establecer un principio omnicomprendensivo, éste reside en la idea de que todas las causas de justificación pretenden la regulación socialmente correcta de intereses que chocan (Roxin).
- Una ulterior estructuración de las causas de justificación sólo es posible mediante un enfoque pluralista; pero éste no se puede llevar a cabo por la vía de una sistematización cerrada y definitiva en sus contenidos, sino sólo perfilando la antijuridicidad material mediante la elaboración de los principios ordenadores sociales en los que se basa.

g. La concurrencia de causas de justificación

- En principio todas las causas de justificación rigen cumulativamente: así, quien sorprende y detiene in fraganti a un ladrón que huye con el botín, está justificado tanto por legítima defensa como por estado de necesidad.
- Sólo se producen excepciones a esa regla en los casos relativamente raros en los que una causa de justificación más estricta regula de modo especial un fragmento de una causa de justificación más amplia.

- Problemas especiales y aún menos aclarados se dan en la relación del estado de necesidad respecto de otras causas de justificación.
- Aunque ciertamente no tiene “frente a todas las demás causas de justificación” la “posición de una ley general en el aspecto lógico”, de todos modos sí que constituye una *lex generalis* para todas las causas de justificación en las que se trata de evitar o contrarrestar un peligro actual.

## h. Cuestiones de error en las causas de justificación

### 1. El dolo de injusto

#### a) El estado de opinión

- Uno de los problemas más discutidos de la teoría del error es el de cómo se ha de tratar el caso en que el sujeto se representa erróneamente los presupuestos objetivos (materiales) de una causa de justificación.
- El ejemplo más conocido es el de la legítima defensa putativa: alguien toma por un ladrón que le ataca al transeúnte que se le aproxima a toda prisa a preguntarle el camino o la hora, y le mata de un disparo.

- Sin simplificar de manera demasiado burda se pueden distinguir cinco “teorías”.

aa) Teoría de los elementos negativos del tipo (Schünemann).

bb) Teoría restringida de la culpabilidad (Roxin).

cc) Teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas (Gallas).

dd) Teoría de la culpabilidad independiente en cuanto a las consecuencias jurídicas (Krümpelmann).

ee) Teoría estricta de la culpabilidad (Welzel).

## aa) Teoría de los elementos negativos del tipo (Schünemann)

- Entiende que la suposición equivocada de circunstancias justificantes es un error de tipo que excluye el dolo y conduce, en su caso, a la punición por delito imprudente.
- Según esta teoría la no concurrencia de circunstancias justificantes pertenece por tanto también al “tipo legal”.

## bb) Teoría restringida de la culpabilidad (Roxin)

- Es defendida por notables voces en la literatura científica y en líneas generales también por la jurisprudencia alemana, llega al mismo resultado de excluir el dolo, aplicando el error de tipo permisivo, si bien no de forma inmediata, sino por analogía.
- Parte por tanto de la idea de que el “tipo legal” sólo se refiere al tipo de delito comprendido en las descripciones del hecho de la Parte especial, pero pretende tratar la suposición errónea de una situación justificante como un error de tipo.

cc) Teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas (Gallas)

- No atribuye efecto excluyente del dolo al error de tipo permisivo, pero pretende — sobre todo en virtud de la culpabilidad disminuida del sujeto— equiparar en sus consecuencias jurídicas el hecho en su opinión doloso a un delito imprudente.

dd) Teoría de la culpabilidad independiente en cuanto a las consecuencias jurídicas (Krümpelmann)

- Se desliga por completo del error de tipo en el tratamiento del error de tipo permisivo.
- No sólo aprecia un delito doloso, sino que además construye un marco penal propio para el caso de vencibilidad del error.

## ee) Teoría estricta de la culpabilidad (Welzel)

- Se ha desarrollado sobre todo en el marco de la doctrina finalista, y trata la suposición errónea de circunstancias justificantes como un error de prohibición.

## b) La delimitación entre error de tipo permisivo y error de prohibición

- El error de tipo permisivo excluyente del dolo ha de distinguirse del error de permisión, es decir, de la suposición errónea de una causa de justificación absolutamente inexistente.
- El error de permisión es de manera indiscutida según todas las teorías un error de prohibición.

- Existe un error de permisión en primer lugar cuando alguien invoca una causa de justificación que el Ordenamiento jurídico no reconoce.
- Un subcaso del error de permisión es el error sobre el límite de la permisión (Ejemplo: una mujer se hace practicar un aborto por un curandero, creyendo que eso está autorizado por su “derecho de autodeterminación”).

- Existe cuando alguien extiende demasiado los límites de una causa de justificación en sí existente y, con conocimiento pleno del supuesto de hecho, subsume en una causa de justificación una conducta que ya no es abarcada por aquélla (Ejemplo: un padre inflige considerables malos tratos a su hijo, suponiendo que los mismos están amparados por el derecho de corrección de los padres).

- Los problemas de delimitación más difíciles se producen en los “elementos de valoración global del hecho”, que existen no sólo en el tipo, sino también en las causas de justificación.
- Un elemento de esa clase es p. ej. la “antijuridicidad” de la agresión en la legítima defensa.

- Los elementos de valoración global se han de dividir:
  - a) el error sobre circunstancias que sirven de base a la valoración jurídica global ha de tratarse conforme a las reglas del error de tipo, y, en cambio,
  - b) el error sobre la valoración global ha de tratarse como error de prohibición. Ejemplo: quien cree que para salvar bienes patrimoniales, dado el caso, se puede infligir lesiones graves (aquellas que requieran tratamiento médico) a una persona no implicada, se halla en error de prohibición.
- Quien por el contrario supone una preponderancia sustancial de los intereses por él salvaguardados, porque no se ha percatado de lo que está en juego para los otros, actúa sin dolo.

## 2. ¿Deber de examen en las causas de justificación?

- La jurisprudencia alemana parte de la base de que, en algunas causas de justificación, la justificación exige un examen conforme a deber por parte de quien actúa de las circunstancias que las fundamentan.
- Ello regiría para el estado de necesidad justificante.

- Hay que rechazar sin embargo tal deber de examen.
- El mismo conduce al resultado insostenible de que alguien que no ha examinado suficientemente los presupuestos de la justificación habría de ser castigado por delito doloso, incluso cuando concurre una causa de justificación y el sujeto ha actuado suponiendo su concurrencia.

- Pero esto resulta inaceptable, pues falta tanto un desvalor del resultado como también un desvalor doloso de la acción, dado que el resultado es objetivamente correcto y la finalidad del sujeto coincide con los mandatos del Derecho.
- La falta de examen fundamenta sólo una falta de cuidado —inocua in concreto—; se trata de una tentativa imprudente, que no está penada.
- La misma tampoco puede dar existencia a ningún dolo cuando el sujeto supone erróneamente la situación justificante; también en este caso conduce sólo a una producción imprudente del resultado.

### 3. Elementos de justificación que atienden a circunstancias inciertas o futuras

- Una modificación de las reglas del error se puede derivar del hecho de que muchas causas de justificación exigen la valoración de circunstancias que son indeterminadas o que dependen aún de una evolución inminente.
- Así, el estado de necesidad presupone un “peligro actual no evitable (afrontable, eludible) de otro modo”.
- Si, conforme a un juicio objetivo ex ante, hay que afirmar tal peligro, quien actúa está justificado, aun cuando posteriormente se demuestre que el peligro no existió en realidad.

#### 4. La falta de certeza sobre la concurrencia de una causa de justificación

- Menos tratada y esclarecida hasta hoy ha sido la cuestión de cómo hay que enjuiciar el caso en que alguien se representa sólo como posiblemente existente la situación justificante.
- Lo correcto será partir de la idea de que cuando se puede examinar la situación o evitar un peligro, no se puede actuar en modo alguno sobre la base de una mera representación de posibilidad.

- Las mayores dificultades las ofrece la situación en que alguien no está seguro de si concurre una situación de justificación, pero esperar más produce el peligro de que sea demasiado tarde para evitar el daño.
- En no pocas ocasiones habrá que apreciar un estado de necesidad justificante.
- Pero esta solución a través del estado de necesidad, que también puede ser útil en situaciones dudosas de legítima defensa, falla cuando se enfrentan vida contra vida.

## 5. Los elementos subjetivos de justificación

- La cuestión de los elementos subjetivos de justificación supone en lo esencial una inversión de la situación del error de tipo permisivo.
- El sujeto que actúa en error de tipo permisivo se representa una situación justificante que en realidad no se da.

- En la constelación que aquí se examina se da objetivamente una situación justificante (p. ej. una agresión antijurídica actual) que sin embargo el sujeto no conoce o que al menos no le motiva a su realización del tipo.
- Los casos demostrativos se toman la mayoría de las veces del derecho de legítima defensa, pero pueden producirse en todas las causas de justificación.

- Ejemplo: una esposa enojada derriba a golpes a altas horas de la noche a un ladrón armado que estaba abriendo la puerta de la casa, creyendo erróneamente tener ante sí a su marido de vuelta otra vez de una juerga.
- Se tratarán aquí los aspectos generales de los elementos subjetivos de justificación, mientras que se volverá a las eventuales peculiaridades de las concretas causas de justificación en conexión con cada una de éstas.

- a) La no necesidad de elementos subjetivos de justificación
- Esta teoría renuncia por tanto a cualquier criterio subjetivo y llega en el ejemplo a la justificación.
  - Esta solución es consecuente con una concepción puramente objetiva del injusto, y aún hoy acierta en que no existe legítima defensa contra el sujeto que objetivamente se mantiene dentro del marco de una causa de justificación, pues el mismo produce una situación conforme a Derecho y que por ello no puede ser impedida.
  - Pero, en la medida en que la tentativa inidónea es punible, la citada solución no es ya sostenible como mínimo desde el momento en que pretende justificar totalmente el hecho del sujeto (subsiste el desvalor de acción).

b) Los presupuestos materiales de los elementos subjetivos de justificación

- Según la opinión aquí defendida (Roxin), ya dominante, para la justificación es en principio suficiente que el sujeto actúe objetivamente en el marco de lo justificado y subjetivamente con conocimiento de la situación justificante.
- En tal caso tiene dolo de hacer algo objetivamente conforme a Derecho.
- La conciencia de producir algo conforme a Derecho elimina ya el desvalor de la acción y por tanto el injusto.
- No es necesario que el sujeto obre además en virtud de la finalidad de justificación.

c) La apreciación de una tentativa cuando falta el elemento subjetivo de justificación

- Si al sujeto le falta el elemento subjetivo de justificación (es decir, según la concepción aquí defendida: si actúa objetivamente de forma correcta, pero desconociendo la situación de justificación), entonces existe una tentativa (inidónea).
- El sujeto no responde por tanto penalmente en tanto no esté castigada la tentativa, de modo que en nuestro ejemplo de partida procede ampliamente la impunidad.

- Existe una mera tentativa porque el resultado de injusto objetivamente no se ha producido y el desvalor de la acción por sí solo únicamente puede fundamentar una tentativa.
- Se trata aquí de una aplicación directa y no sólo analógica de las reglas de la tentativa (lo que fundamenta el desvalor del resultado no es el resultado típico, sino el resultado de injusto).

- i. Los efectos de las causas de justificación
  - Una acción que esté amparada por una causa de justificación es en todo caso conforme a Derecho.
  - Por ello, nunca cabe legítima defensa, que presupone una agresión antijurídica, contra una causa de justificación.

- Aparte de esto, las causas de justificación conceden también derechos de intromisión; es decir, que el afectado no sólo ha de renunciar a una legítima defensa contra la actuación del legitimado, sino que también tiene que soportarla de modo general, sin poder invocar otras causas de justificación para efectuar una defensa lesiva de bienes jurídicos.

j. Exposición y estructuración de las diversas causas de justificación

- Las causas de justificación son tan numerosas y proceden de campos del Derecho tan diversos que en una exposición de las teorías generales del Derecho penal es totalmente imposible tratarlas todas.
- Una división de las causas de justificación que sirva, no para la sistematización, sino para la estructuración de la materia y para una exposición ordenada de la misma, se puede efectuar desde diversos puntos de vista.
- Aquí se prefiere un orden secuencial que comienza con los derechos de necesidad —o sea la legítima defensa y el estado de necesidad y casos emparentados con él—, sigue con una exposición sintética del ejercicio del cargo y las facultades coactivas (incluyendo las privadas), así como de la autorización oficial, y que por último reúne en un grupo adicional las causas de justificación por riesgo permitido (consentimiento presunto y salvaguarda de intereses legítimos).