

CONSEJO EDITORIAL

MANUEL ALONSO OLEA

LUIS DIEZ-PICAZO

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

AURELIO MENÉNDEZ

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

CLAU ROXIN

Dr. Dr. h.c. mult. Catedrático de Derecho Penal
en la Universidad de Múnich

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

TOMO I

FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO

Traducción de la 2.^a edición alemana y notas
por

Diego-Manuel Luzón Peña

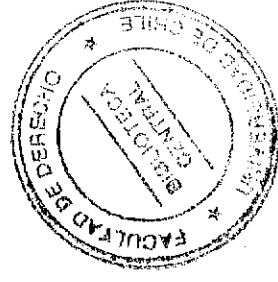
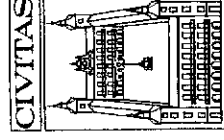
Catedrático de Derecho Penal
en la Universidad de Alcalá

Miguel Díaz y García Conlledo

Catedrático de Derecho Penal
en la Universidad Pública de Navarra

Javier de Vicente Remesal

Catedrático de Derecho Penal
en la Universidad de Vigo



	Nm.	Pág.
b) La precisión de la conciencia en el "conocimiento" de las circunstancias del hecho	106	471
2. El objeto del dolo típico. Aplicación inmediata y analógica del § 16.	114	476
a) Las circunstancias del tipo legal según el § 16 I	114	476
b) El error sobre circunstancias atenuantes de la pena según el § 16 II	120	479
c) La aplicación analógica del § 16	124	481
d) Errores que han de tratarse conforme a otras reglas	132	485
III. La imputación al dolo en las desviaciones del curso causal	135	486
1. Desviaciones habituales del curso causal	144	492
2. La <i>aberratio ictus</i>	154	496
3. El "cambio de dolo" (cambio de objeto del hecho)	157	498
4. El " <i>dolus generalis</i> " y casos afines	168	503
5. El error in <i>obieto</i> (o error in <i>persona</i>)		
§ 13. El consentimiento	509	
I. Estado de la teoría del consentimiento	1	511
1. Historia	1	511
2. Acuerdo y consentimiento	2	512
3. Las distinciones derivadas de la diferenciación	4	513
4. El rechazo de la diferenciación y sus consecuencias	11	516
II. El consentimiento como causa de exclusión del tipo	12	517
1. La libertad de acción de quien consiente como fundamento de la exclusión del tipo	12	517
2. La falta de realización del tipo delictivo en caso de consentimiento eficaz	17	519
3. La falta de ponderación de intereses como argumento contra una mera justificación	20	521
4. La falta de viabilidad de la teoría dualista	22	522
5. El § 226 a no es un contraargumento	27	524
6. La fuerza justificante del "consentimiento que atenúa la intervención" no es un contraargumento	28	525
7. Las distintas condiciones de la conformidad eficaz como consecuencia de la correspondiente estructura de los tipos	30	526
III. Tipos con nula o limitada posibilidad de consentimiento	31	526
IV. Manifestación, objeto, momento y revocación del consentimiento	42	532
1. La manifestación como requisito de un consentimiento válido	42	532
2. Acción y resultado como objeto del consentimiento	49	535
3. Momento y revocación del consentimiento	50	535
V. La capacidad de comprensión	51	536
VI. La representación en el consentimiento	61	542
VII. Vicios de la voluntad en el consentimiento	66	544
1. Engaño	66	544
2. Error	76	549
3. Amenaza y violencia	78	551
VIII. El error sobre la concurrencia o no concurrencia de consentimiento	83	553
§ 14. Cuestiones fundamentales de la teoría del injusto	554	
I. Antijuridicidad e injusto	1	557

	Nm.	Pág.
II. Antijuridicidad formal y material	4	558
III. Victimodogmática e injusto material	15	562
IV. Injusto y espacio fuera del Derecho	25	567
V. Antijuridicidad y unidad del ordenamiento jurídico	30	569
VI. Sistematización de las causas de justificación	37	572
VII. La concurrencia de causas de justificación	44	576
VIII. Cuestiones de error en las causas de justificación	51	579
1. El dolo de injusto	51	579
a) El estado de opinión	51	579
aa) La teoría de los elementos negativos del tipo	53	580
bb) La teoría restringida de la culpabilidad	54	580
cc) La teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas	56	581
dd) La teoría de la culpabilidad independiente en cuanto a las consecuencias jurídicas	58	582
ee) La teoría estricta de la culpabilidad	59	582
ff) La jurisprudencia	60	582
b) Toma de postura	62	583
aa) La teoría restringida de la culpabilidad	62	583
bb) La teoría estricta de la culpabilidad	63	584
cc) La teoría de los elementos negativos del tipo	70	586
dd) La teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas	71	587
ee) La teoría de la culpabilidad independiente en cuanto a las consecuencias jurídicas	76	589
c) La delimitación entre error de tipo de permisivo y error de prohibición	77	589
2. ¿Deber de examen en las causas de justificación?	81	591
3. Elementos de justificación que atienden a circunstancias inciertas o futuras	85	593
4. La falta de certeza sobre la concurrencia de una causa de justificación	87	594
5. Los elementos subjetivos de justificación	91	596
a) La necesidad de los elementos subjetivos de justificación	93	596
b) Los presupuestos materiales de los elementos subjetivos de justificación	94	597
c) La apreciación de una tentativa cuando falta el elemento subjetivo de justificación	101	600
IX. Los efectos de las causas de justificación	104	602
X. Exposición y estructuración de las diversas causas de justificación	110	604
§ 15. La legítima defensa	605	
I. Los principios fundamentales del derecho de legítima defensa	1	608
II. Evolución histórica del derecho de legítima defensa	4	610
III. La agresión en la legítima defensa	6	611
IV. La antijuridicidad de la agresión	14	615
V. La actualidad de la agresión	20	618
VI. Los bienes defendibles	29	623
VII. La necesidad de la defensa	41	628
VIII. La cualidad de legítima defensa requerida o indicada	51	635

162; R. Schmitt, Subjektive Rechtfertigungselemente bei Fahrlässigkeitsdelikten?, JuS 1963, 64; Arth. Kaufmann, Die Irrtumsregelung im Strafgesetzentwurf 1962, ZStW 76 (1964), 543 (= Schuld u. Strafe, 1983, 129); Noll, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, SchwZStr 80 (1964), 160; Roxin, Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962, ZStW 76 (1964), 582; Welzel, Diskussionsbemerkungen zum Thema "Die Irrtumsregelung im Entwurf", ZStW 76 (1964), 619; Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, 1965; Noll, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 77 (1965), 1; Lenckner, Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßiger Prüfung, H. Mayer-FS, 1966, 165; Philipps, Sinn und Struktur der Normlogik, ARSP 52 (1966), 195; Krümpelmann, Stufen der Schuld beim Verbotssittum, GA 1968, 129; Schmidhäuser, Der Unrechttatbestand, Engisch-FS, 1969, 433; Waider, Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts, 1970; Dreher, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Heinitz-FS, 1972, 207; Arth. Kaufmann, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung - Dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs, Maurach-FS, 1972, 327; Rudolph, Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, Maurach-FS, 1972, 51; Warda, Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, Maurach-FS, 1972, 143; Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1973; Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973; Burgstaller, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974; Arm. Kaufmann, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Welzel-FS, 1974, 393; Roxin, Über die mutmaßliche Einwilligung, Welzel-FS, 1974, 447; Herdegen, Der Verbotssittum in der Rechtsprechung des BGH, BGH-FS, 1975, 177; Cones, Der rechtsfreie Raum, 1976; Sax, "Tatbestand" und Rechtsgutsverletzung, JZ 1976, 9, 80, 429; Warda, Vorsatz und Schuld bei ungewisser Tätervorstellung über das Vorliegen strafbarkeitsausschließender, insbesondere rechtfertigender Tatumsstände, Lange-FS, 1976, 119; Amelung, Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug, GA 1977, 1; Hruschka, Extrasytematische Rechtfertigungsgründe, Dreher-FS, 1977, 189; Nowakowski, Zur subjektiven Tatseite der Rechtfertigungsgründe, ÖJZ 1977, 573; Kirchhof, Unterschiedliche Rechtfertigungsgründe in einer einheitlichen Rechtsordnung, 1978; Krey, Literaturübersicht: Strafrecht - Allgemeiner Teil (Rechtfertigung), ZStW 90 (1978), 173; Krümpelmann, Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, ZStW-Beihft 1978, 6; Lampe, Unvollkommen zweifelhafte Rechtfertigungsgründe, GA 1978, 7; Paefgen, Fotografieren von Demonstranten durch die Polizei und Rechtfertigungsirrtum, JZ 1978, 738; Rudolph, Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung, Schröder-GS, 1978, 73; Schild, Die strafrechtsdogmatischen Konsequenzen des rechtsfreien Raumes, JA 1978, 449, 570, 631; Schünemann, Der strafrechtliche Schutz von Privatheimnissen, ZStW 90 (1978), 11; Seelmann, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, 1978; Triffler, Ein rechtfertigender (Erlaubnistatbestands-) Irrtum? Irrtumsmöglichkeiten beim polizeilichen Einsatz und deren dogmatische Einordnung, Mallmann-FS 1978, 373; Dingeldey, Pflichtenkollision und rechtsfreier Raum, Jura 1979, 478; Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffes, Bockelmann-FS 1979, 155; Hirsch, Strafrecht und rechtsfreier Raum, Bockelmann-FS, 1979, 89; Paefgen, Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97 b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, 1979; Schmidhäuser, Der Verbotssittum und das Strafgesetz (§ 16 I Satz 1 und § 17 StGB), JZ 1979, 361; Schünemann, Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts, Bockelmann-FS, 1979, 117; Spindel, Gegen den Verteidigungswillen als Notwehrerfordernis, Bockelmann-FS, 1979, 245; Hruschka, Der Irrtum über die normativen Merkmale von Rechtfertigungsgründen, ius. doct. 1980; Prittwitz, Zum Verteidigungswillen bei der Notwehr, GA 1980, 381; R. Hassemer, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, 1981; Hillenkamp, Vorsatz und Opferverhalten, 1981; K.-H. Peters, "Wertungsrahmen" und "Konfliktypen" bei der "Konkurrenz" zwischen § 34 StGB und den besonderen Rechtfertigungsgründen, GA 1981, 445; Roxin, Die "sozialethischen Einschränkungen" des Notwehrrechts - Versuch einer Bilanz, ZStW 93 (1981), 68; Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Strafsystem, 1981; Arzt, Recens. de R. Hassemer, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik (1981), GA 1982, 522; Schünemann, Einige vorläufige Bemerkungen zur Bedeutung des viktimologischen An-

SECCION 4.ª

ANTI JURIDICIDAD

§ 14. Cuestiones fundamentales de la teoría del injusto

Bibliografía: Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht, 1895; Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, 1905; Heimberger, Zur Lehre vom Ausschluss der Rechtswidrigkeit, 1907; Nagler, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, Binding-FS, t. II, 1911, 273; Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GerS 89 (1924), 207; Graf zu Dohna, Recht und Irrtum, 1925; Heinitz, Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, Str. Abh. 211, 1926; Nagler, Der Begriff der Rechtswidrigkeit, Frank-FS, 1930, t. I, 339; Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935; Welzel, Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns, SJZ 1948, col. 368; Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951; Nowakowski, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, ZStW 63 (1951), 287; Schaffstein, Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre, MDR 1951, 196; v. Weber, Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, JZ 1951, 260; Engisch, Der rechtsfreie Raum, ZStaatsW 108 (1952), 385; Kern, Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW 64 (1952), 255; Welzel, Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, NJW 1952, 564; Heitzer, Ist der putative Rechtfertigungsgrund als Verbotssittum zu behandeln?, NJW 1953, 210; Lang-Hinrichsen, Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des BGH, JZ 1953, 362; Niese, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, DRiZ 1953, 20; Schröder, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe nach dem BGH, MDR 1953, 70; Henkel, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Mezger-FS, 1954, 249; Arm. Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; Arth. Kaufmann, Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, JZ 1954, 653; v. Weber, Negative Tatbestandsmerkmale, Mezger-FS, 1954, 183; Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), 1 (= Beiträge zur Verbrechenstheorie, 1968, 19); Arm. Kaufmann, Tatbestandsbeschränkung und Rechtfertigung, JZ 1955, 37; Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955; Welzel, Der übergesetzliche Notstand und die Irrtumsproblematik, JZ 1955, 142; Welzel, Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatives Problem, ZStW 67 (1955), 196; Arth. Kaufmann, Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum, JZ 1956, 353; Noll, Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht, ZStW 68 (1956), 181; Stratenwerth, Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68 (1956), 41; Engisch, Tatbestandsirrtum und Verbotssittum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 70 (1958), 566; Fukuda, Das Problem des Irrtums über Rechtfertigungsgründe, JZ 1958, 143; Oehler, Das objektive Zweckmoment in der rechtfertigenden Handlung, 1959; Roxin, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1959 (1970); Böcker, Ein Vorschlag zu der Rechtfertigung über die irrtümliche Annahme der tatbeständigen Merkmale eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes, JR 1960, 168; Gallas, Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung, JZ 1960, 649, 686 (= Beiträge zur Verbrechenstheorie, 1968, 165); Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; Schröder, Die Not als Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgrund im deutschen und schweizerischen Strafrecht, SchwZStr 76 (1960), 1; Heinitz, Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit, Ebb. Schmidt-FS, 1961, 266; Naka, Die Appellfunktion des Tatbestandsvorsatzes, JZ 1961, 210; Roxin, Die Irrtumsregelung des E 1960 und die strenge Schuldtheorie, MSchKrim 1961, 211; Schaffstein, Tatbestandsirrtum und Verbotssittum, OLG Celle-FS, 1961, 175; Schröder, Die Notstandsregelung des Entwurfs 1959 II, Ebb. Schmidt-FS, 1961, 290; Roxin, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW 74 (1962), 515 (= Grundlagenprobleme, 72) (= Problemas básicos, 1976, 84); Lange, Gesetzgebungsfragen bei den Rechtfertigungsgründen, v. Weber-FS, 1963,

satzes in der Strafrechtsdogmatik, en: Das Verbrechensopfer in der Strafrechtspflege, 1982, 407; Altwart, Der Begriff des Motivbündels im Strafrecht - am Beispiel der subjektiven Rechtfertigungselemente und des Mordmerkmals Habgier, GA 1983, 433; Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluss, 1983; W. Hassemer, Rücksichten auf das Verbrechensopfer, Klug-FS, 1983, 217; Hillenkamp, Der Einfluß des Opferverhaltens auf die dogmatische Beurteilung der Tat, 1983; Arm. Kaufmann, Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung, Klug-FS, t. II, 1983, 277; Seebode, Polizeiliche Notwehr und Einheit der Rechtsordnung, Klug-FS, 1983, 359; Arzt, Viktimologie und Strafrecht, MSchrKrim 67 (1984), 105; Grünwald, Zu den Varianten der eingeschränkten Schuldtheorie, Noll-GS, 1984, 183; Lenckner, Die Wahrnehmung berechtigter Interessen, ein "übergesetzlicher" Rechtfertigungsgrund?, Noll-GS, 1984, 243; Maiwald, Recens. de R. Hassemer, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik (1981), ZStW 96 (1984), 70; Schünemann, Die Zukunft der Viktimo-Dogmatik: die viktimologische Maxime als umfassendes regulatives Prinzip zur Tatbestandseingrenzung im Strafrecht, Faller-FS, 1984, 357; Arzt, Falschaussage mit bedingtem Vorsatz, Jescheck-FS, 1985, 396; Asada, Strafvordrigkeit als strafrechtliche Systemkategorie, ZStW 97 (1985), 465; Günther, Mordunrechtsmindernde Rechtfertigungselemente, JR 1985, 268; Hirsch, Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot, Tjong-GS, 1985, 50; Kratzsch, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985; Lenckner, Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung, GA 1985, 295; Loos, Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente, Oehler-FS, 1985, 227; Roxin, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, Jescheck-FS, 1985, 457; Schlüter, Grundfälle zum Bewertungsirrtum des Täters im Grenzbereich zwischen §§ 16 und 17 StGB, JuS 1985, 373, 527, 617; Schünemann, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre, GA 1985, 341; Triffler, Zur subjektiven Seite der Tatbestandsausschließungs- und Rechtfertigungsgründe, Oehler-FS, 1985, 209; Amelung, Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten, JuS 1986, 329; Herzberg, Handeln in Unkenntnis einer Rechtfertigungslage, JA 1986, 190; Herzberg, Subjektive Rechtfertigungselemente?, JA 1986, 541; Rohrer, Über die Nichtexistenz subjektiver Rechtfertigungselemente, JA 1986, 363; Seier, Der praktische Fall - Strafrecht: Die unnötige Rettungsfahrt, JuS 1986, 217; Sparberg, Negative Rechtfertigungsgründe, entwickelt am Beispiel der Nötigung, tes. doct. Tübingen, 1986; Weber, Der zivilrechtliche Vertrag als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht, 1986; Eser/Fletcher (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung, vol. I, 1987; vol. II, 1988; Frisch, Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements, Lackner-FS, 1987, 113; Hellmann, Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1987; Jungclaussen, Die subjektiven Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt, 1987; Artl. Kaufmann, Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum, Lackner-FS, 1987, 192; Kuhlén, Die Unterscheidung von vorsatztausschließendem und nicht vorsatztausschließendem Irrtum, 1987; Kuper, Grundsatzfragen der "Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS 1987, 81; Schmidhäuser, Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht, Lackner-FS, 1987, 77; Steinbach, Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten, 1987; von der Linde, Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht?, 1988; Perron, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe im deutschen und spanischen Strafrecht, 1988; Roxin, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen, JuS 1988, 425; Roxin, Der strafrechtliche Rechtswidrigkeitsbegriff beim Handeln von Amtsträgern: eine überholte Konstruktion, Pfeiffer-FS, 1988, 45; Herzberg, Erlaubnistatbestandsirrtum und Delikttaufbau, JA 1989, 243, 294; Kratzsch, Prävention und Unrecht - eine Replik, GA 1989, 49; Paeflgen, Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum, Arm. Kaufmann-GS 1989, 399; Rudolphi, Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 371; Herzberg, Abergläubische Gefährdung und mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung eines Verbotssirtnums, Jura 1990, 16; Roßmüller/Rohrer, Keine Rechterschließlichkeit der abergläubischen Gefährdungsverstellung?, Jura 1990, 582; Hruschka, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe: Das Brett des Karneades bei Genz und Kant, GA 1991, 1; Runté, Die Veränderung von Rechtfertigungsgründen durch Rechtsprechung und Lehre, 1991; Günther, Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Spendel-FS, 1992, 188; Artl. Kaufmann, Straffloser Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmäßig oder was?, JZ 1992, 981; Kaiser, Opfer-

verantwortung und Täter (Sonder)Pflichten im Bereich der Vermögensdelikte, 1992; Herzberg, Unrechtsausschluss und Erlaubnistatbestandsirrtum bei versuchter und bei vollendeter Tatbestandserfüllung, Stree/Wessels-FS, 1993, 203; Langer, Verfassungsvorgaben für Rechtfertigungsgründe, JR 1993, 1; Priester, Rechtsfreier Raum und strafloser Schwangerschaftsabbruch, Artl. Kaufmann-FS, 1993, 499; Puppe, Zur Struktur der Rechtfertigung, Stree/Wessels-FS, 1993, 183; Schroth, Die Annahme und das "Für-Möglich-Halten" von Umständen, die einen annerkannten Rechtfertigungsgrund begründen, Artl. Kaufmann-FS, 1993, 595.

I. Antijuridicidad e injusto

Una conducta típica es antijurídica si no hay una causa de justificación (como legítima defensa, § 32, estado de necesidad, § 34, o derecho de corrección paterno) 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. 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. Así p.ej. el castigo moderado de un niño por sus padres es reconocido por el ordenamiento jurídico como emanación del derecho de educación paterno; pero con ello no se toma posición alguna en la polémica pedagógica sobre el valor o desvalor de los castigos corporales.

Por tanto no hay ninguna necesidad de introducir entre tipo y antijuridicidad el escalón 2 valorativo adicional de la "antijuridicidad penal" específica, como ha propuesto Günther¹. Este autor divide las causas de justificación tradicionales en dos grupos: unas, en cuanto "causas de exclusión del injusto penal", expresan únicamente la renuncia a una desaprobación jurídicopenal de la conducta (p.ej. el consentimiento presunto, o la interrupción del embarazo por indicaciones), mientras que las otras, en cuanto "causas de justificación" deben incluir una aprobación jurídica general (p.ej. legítima defensa, § 32, y estado de necesidad, § 34). Pero si se pretende —y hubiera que— efectuar una distinción entre falta de desaprobación jurídicopenal y aprobación positiva, la línea divisoria no transcurre entre diversas clases de causas de justificación, sino entre medidas de las propias causas de justificación en particular; pues en la mayoría de las causas de justificación existe tanto el caso límite que todavía hay que aceptar, como la imposición, digna de aprobación, de un interés en la intromisión claramente preponderante².

Los conceptos sistemáticos penales de la "antijuridicidad" y del "injusto" se 3 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

¹ Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluss, 1983; idem, Spendel-FS, 1992, 189. [² La clasificación de las causas de justificación (trad. Luzón Peña/Mir Puig (eds.), Causas de justificación y de atipicidad en DP, Pamplona, Aranzadi, 1995, 45 ss.; N. del T.). Cfr. sobre la teoría de Günther, en la medida en que pone en cuestión la unidad del ordenamiento jurídico, nm. 30-36.

³ En su lugar nos ocuparemos de las ulteriores consecuencias que extrae Günther de su distinción.

sea el objeto de valoración de la antijuridicidad junto con su predicado de valor³. Así pues, en el concepto del injusto se reúnen las tres categorías delictivas de la acción, tipicidad y antijuridicidad. El injusto penal, dado que presupone un tipo penal, es siempre una materia específicamente jurídicopenal; junto al mismo hay también injusto civil (como puede ser la realización arbitraria de la propia fuerza), injusto administrativo, etc. En cambio, la categoría de la antijuridicidad o de la juridicidad o conformidad a Derecho, aunque puede estar limitada también al Derecho penal (cfr. nm. 32 ss.), por regla general va mucho más allá. Así la legítima defensa (§ 32) y el estado de necesidad (§ 34) en la mayoría de los casos excluyen la antijuridicidad en todo el ámbito del ordenamiento jurídico, al igual que a la inversa los derechos de intromisión procedentes de otros campos del Derecho (el derecho de corrección del Derecho de familia, § 1631 BGB, el derecho de detención del Derecho procesal, § 127 StPO, etc.) eliminan la antijuridicidad de las correspondientes realizaciones de los tipos penales.

Sin embargo, los conceptos antijuridicidad e injusto, que según la concepción actual deben separarse, en el uso lingüístico antiguo se empleaban como equivalentes. Y enlazando con el mismo, aún hoy (y aquí también) se habla de la teoría del injusto cuando en el sentido más exacto del término se está aludiendo a la teoría de la antijuridicidad.

II. Antijuridicidad formal y material

- 4 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. De modo correlativo se puede distinguir entre injusto material y formal. El contenido material del injusto tiene importancia tanto para el tipo (como tipo o clase de injusto) como para la antijuridicidad (la concreta afirmación o negación del injusto). 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 como se ha expuesto al tratar del concepto material de delito (*supra* § 2). 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 jurídicopenalmente relevante.

³ Esta distinción se ha impuesto hoy ampliamente, siguiendo a Welzel, *StrafR*¹¹, 52 [= PG, 1987, 78; N. del T.]; cfr. por todos LK¹⁰-Hirsch, antes del § 32, nm. 11, con ulteriores referencias.

Quien abrió el camino y promovió la distinción entre antijuridicidad formal⁵ y material fue Franz v. Liszt⁶, que afirma⁷: "Materialmente antijurídica es la acción como conducta socialmente dañosa (antisocial o al menos asocial)... La acción antijurídica es... lesión o puesta en peligro de un bien jurídico...". Sin embargo, aun con la más cuidadosa delimitación "no puede excluirse totalmente una colisión de los bienes jurídicos. El fin o finalidad de la convivencia humana... requiere que ante tal pugna se sacrifique el interés menos valioso si sólo a ese precio se puede preservar el interés más valioso. De ahí se sigue que: la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico sólo es materialmente antijurídica cuando es contraria a los fines del ordenamiento jurídico regulador de la convivencia..."

La importancia práctica de la antijuridicidad material es triple⁸: permite 6 realizar graduaciones del injusto y aprovecharlas dogmáticamente (nm. 7), proporciona medios auxiliares de interpretación para la teoría del tipo y del error y para solucionar otros problemas dogmáticos (nm. 8), y hace posible formular los principios en los que se basan las causas de exclusión del injusto y determinar su alcance (nm. 9).

En primer lugar, gracias a la antijuridicidad material se puede graduar el 7 injusto según su gravedad⁹. La antijuridicidad formal no permite aumentos ni distinciones cualitativas. Un hurto de 10.000 marcos en sentido formal no es menos antijurídico que uno de 10 marcos, puesto que en ambos casos se infringe igualmente la prohibición del § 242. Y asimismo la antijuridicidad formal del asesinato, en cuanto infracción de una prohibición, no es distinta de la del hurto. En cambio, el injusto material de un hurto de 10.000 marcos supera al de uno de 10 marcos en los miles, del mismo modo que la dañosidad o nocividad social de un homicidio supera con mucho a la de un hurto y en comparación con ésta es cualitativamente distinta por completo. Ahora bien, como la cantidad y cualidad del injusto material son esenciales para el grado de culpabilidad y a su vez la medida de ésta tiene gran importancia para la medición de la pena, la pena resulta decisivamente co-determinada por el injusto material del hecho. Además, para las ponderaciones de intereses que se plantean para la comprobación de la antijuridicidad (cfr. nm. 4) también desempeñan un papel considerable la clase y medida de los daños materiales que amenazan producirse. Y por último, la cuantificabilidad del injusto material también tiene importancia para cuestiones de exclusión de la responsabilidad y de autoría mediata, como se expondrá en detalles más adelante.

⁴ Sobre la historia dogmática de la distinción Heinitz, 1926; idem, Eb. Schmidt-FS, 1961, 266; cfr. además Mezger, *StrafR*, 1949 [= Tratado I, 1946; N. del T.], § 25.

⁵ v. Liszt, *StrafR*, 1922/1919, 132 s. [= Tratado II, 2.ª ed. españ., 1927, 324 s.; N. del T.].

⁶ Muy similar Jescheck, *AT*, § 24 I 3.

⁷ Sobre ello Kern, *ZStW* 64 (1952), 255; de modo instructivo sobre "elementos de justificación que disminuyen el injusto en el asesinato" Gunther, *JR* 1985, 268.

8 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" (§ 10, nm. 33 ss.). Más arriba (§ 10, nm. 40) ya se ha expuesto que p.ej. el regalo de año nuevo al cartero, o un juego de azar con apuestas muy pequeñas, o expresiones denigrantes, pero dichas confidencialmente dentro del círculo familiar más íntimo, no encajan en los tipos pertinentes pese a la amplia redacción de su tenor porque esas conductas no lesionan el correspondiente bien jurídico en su contenido material. 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 (para más detalles § 21, nm. 34 ss.).

9 Por último, 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 hace ya décadas por doc. científica y jurisprudencia la causa de justificación no regulada hasta entonces del denominado estado de necesidad suprallegal (cfr. en detalles § 7, nm. 35), que desde 1975 se ha convertido en Derecho positivo en el § 34. 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, como ya se expondrá detenidamente más adelante.

10 Un sector doctrinal utiliza en otro sentido los conceptos de antijuridicidad formal y material, denominando formalmente antijurídica a la acción típica, y materialmente antijurídica a la acción antijurídica no amparada por causas de exclusión del injusto.⁸ Pero este uso del lenguaje no es adecuado, pues tal formación conceptual es superflua y para colmo induce a error; una acción cubierta por legítima defensa no es formalmente antijurídica, sino que está excluida su antijuridicidad tanto formal como materialmente.

11 Otro sector rechaza totalmente la distinción entre antijuridicidad formal y material.⁹ Pero el argumento de que sólo hay un concepto único de antijuridicidad, y que una conducta es antijurídica o no lo es, no es convincente. Pues aquí no se afirma que a una conducta formalmente antijurídica le pueda faltar la antijuridicidad material (para más detalles al respecto nm. 12-14), sino que la antijuridicidad material debe proporcionar un criterio para cuantificar el injusto y para la interpretación en el ámbito del tipo y la antijuridicidad. Frente a esto no convence ni aporta nada la referencia a las "reglas generales de la hermenéutica" (Hirsch), ya que esas reglas no suministran los

⁸ Baumann/Weber, AT⁹, § 19 II; Maurach/Zipf, AT¹⁵, 1977, § 24 III 2; algo diferente y poco claro ahora Maurach/Zipf, AT¹⁶, 24/20.

⁹ Sobre todo, LK¹⁰-Hirsch, antes del § 32, nm. 12 ss.; Sch/Sch/Lenckner²⁴, antes del § 13, nm. 50; Bockelmann/Volk, AT⁴, § 15 A III.

criterios de contenido de los que se trata en la antijuridicidad material. Y tampoco convence el argumento de que en la "graduación de la gravedad de la infracción del Derecho" no importa la antijuridicidad material, sino "la diferencia entre antijuridicidad e injusto (graduable)" (Hirsch). Pues el concepto del "injusto" como acción típicamente antijurídica es en principio exactamente igual de formal que la antijuridicidad como cualidad de esa acción; y sólo se puede comprobar que el injusto es "graduable" si se tiene presente su lado material, es decir, la dañosidad social lesiva de bienes jurídicos.

Tras la crítica que tanto hoy como ayer se ha hecho al concepto de antijuridicidad material está presente el temor a que el injusto "formal" pueda ser desplazado por un criterio "material" extralegal y sometido a una interpretación y ampliación arbitraria.¹⁰ En efecto, Liszt¹¹ había calificado el concepto material de antijuridicidad como "metajurídico". "La antijuridicidad formal y la material pueden coincidir; pero también pueden discrepar". No es presumible tal contradicción, pero tampoco está excluida. "Y en caso de que exista, el juez está vinculado por la ley; la rectificación del Derecho vigente cae más allá de los límites de su misión". Por consiguiente, para Liszt la antijuridicidad formal era una categoría de Derecho positivo, y la material un principio polilicocriminal. Esa concepción del problema ya no podía verse afectada por el reproche de abandonar el terreno del Derecho vigente. Pues al excluir Liszt una corrección o rectificación de la ley, no obstante podía aprovechar el principio de la antijuridicidad material dentro del marco del Derecho vigente para la interpretación, pero fuera de esos límites siempre podía erigirlo en base de exigencias de reforma.

Desde la perspectiva de la concepción aquí mantenida el problema aún se plantea de modo algo diferente. En efecto, el concepto antes desarrollado de la lesión del bien jurídico, en el que se expresa el injusto material de la acción típica, es ciertamente previo al Derecho penal, pero no a la Constitución (para más detalles § 2, nm. 9 ss.); por lo cual no puede servir para corregir el Derecho tal como está vinculadamente fijado en el orden valorativo de la Constitución, pero en su caso sí que puede servir para medir la ley penal escrita con el baremo del concepto constitucional de bien jurídico. Así se pudo considerar p.ej. inadmisibles el castigo de meras inmoralesidades, que era usual antes de las reformas de los años 1969-1973, por su falta de antijuridicidad material (para más detalles § 2, nm. 12); pero ello implicaba simultáneamente la tesis de que tales preceptos no eran acordes con la Constitución y que eran también formalmente nulos. Y la teoría del injusto tampoco se puede utilizar para hacer saltar por los aires los límites del Derecho formal mediante el desarrollo e

¹⁰ Cfr. LK¹⁰-Hirsch, antes del § 32, nm. 13; Jescheck, AT⁴, § 24 I 3 b; sobre la crítica de la doc. más antigua, que iba en la misma dirección, Heinitz, Eb. Schmidt-FS, 1961, 267.

¹¹ v. Liszt, StraßR, 21/22-1919, 133 [= Tratado II, 2.ª ed. españ., 1927, 325; N. del T.].

interpretación de causas de justificación extraídas de la idea de antijuridicidad material; sino que de lo que se trata es de hacer valer los principios materiales en los que se basa el Derecho escrito (sobre la relación entre dogmática jurídica penal y política criminal cfr. fundamentalmente § 7, nm. 68 ss.). Así p.ej. el reconocimiento del estado de necesidad suprallegal (nm. 9; § 7, nm. 35) no era un caso en el que pese a existir antijuridicidad formal la falta de antijuridicidad material hubiera dado lugar a la exclusión del injusto, sino que hay que partir de la base de que esa causa de exclusión del injusto se dedujo de los fundamentos de la teoría del injusto en el marco del Derecho entonces vigente. Por tanto, en caso de concurrir la misma estaba excluida no sólo la antijuridicidad material, sino también la formal. Actualmente esta causa de exclusión del injusto ha pasado incluso al Derecho escrito (§ 34), por lo que el reproche de extralegalidad carece totalmente de objeto.

- 14 Así pues, como resumen se puede decir: Es cierto que el concepto de antijuridicidad material tiene una considerable importancia política-criminal, pero ésta despliega su eficacia mediante la interpretación del tipo, graduación del injusto y ponderación de intereses dentro de los límites del Derecho vigente. En casos excepcionales y en la medida en que no obste a ello el art. 103 II GG, se puede relativizar el tenor literal de las normas escritas mediante el principio de antijuridicidad material; pero éste no permite traspasar los límites del Derecho formal y cubierto por la Constitución.

III. Victimodogmática e injusto material

- 15 La victimología, es decir la teoría criminológica de la influencia de la conducta de la víctima en la delincuencia, ha comenzado recientemente a irradiar su influencia sobre la dogmática del Derecho penal. A ese respecto el punto central lo constituye la cuestión de cómo repercute en el injusto la correspondencia de la víctima por lo sucedido, y especialmente si la misma puede dar lugar a la exclusión del tipo o de la antijuridicidad¹².
- 16 En primer lugar se ha intentado demostrar tal posibilidad en la interpretación de los tipos de la Parte especial. Así por ejemplo, Amelung¹³ interpreta

¹² Examina en todos los planos las "consideraciones hacia la víctima del delito" ("Rücksichten auf das Verbrechenopfer") W. Hassemer, Klug-FS, 1983, 217; Kratzsch, 1985, desarrolla un enfoque más amplio, y que comprende también los aspectos victimodogmáticos, sobre la base de consideraciones cibernéticas; según el cual, para determinar el injusto (material) hay que incluir todas las circunstancias relevantes para evitar la lesión del bien jurídico y delimitar al respecto las "competencias organizativas" de todos los implicados (loc. cit., 186, 389; para más detalles 358 ss., 368 ss.).

¹³ Amelung, GA 1977, I ss.; a resultados muy similares llega R. Hassemer en su monografía "Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik", 1981 (critican duramente a Hassemer: Maiwald, ZStW 96, 1984, 70; Arzt, GA 1982, 522). Sobre la victimodogmática en el ámbito de los delitos patrimoniales cfr. tb. Kaiser, 1992.

el tipo de la estafa (§ 263) en el sentido de que las dudas concretas de la víctima sobre las indicaciones del autor excluirán su error y con ello la responsabilidad penal por estafa consumada. En el trasfondo está la idea de que no necesita protección penal quien se puede proteger fácilmente a sí mismo haciendo caso a sus dudas. Schünemann¹⁴ ha desarrollado lo que denomina principio victimológico: una "máxima de interpretación, consistente en subsumir sólo en el tipo penal una acción que suponga maniobrar para eludir la posible y exigible autoprotección de la víctima potencial"¹⁵. Y utilizando como ejemplo los tipos protectores de los secretos (§§ 201 ss.), ha intentado demostrar que el legislador, al configurar los tipos y describir el círculo de los autores, ha seguido puntos de vista victimológicos, a los que también se puede recurrir en este campo para solucionar los problemas interpretativos¹⁶. Además cabe aludir también¹⁷ a que una falsificación sólo se puede considerar imitación de dinero en el sentido de los §§ 146 s. "si suscita la apariencia de dinero auténtico y válido y es capaz de engañar en el tráfico monetario a quien no lo sospecha" (BGHSt 23, 231), por lo que no hay responsabilidad penal si alguien se deja engañar por una falsificación tosca y fácilmente reconocible; y también a que según la op. dom. sólo se dará una amenaza con un mal "sensible" (§ 240) si la amenaza es idónea para perturbar a un hombre sensato en su libertad de decisión, por lo que no habrá responsabilidad penal para el autor de la amenaza cuando le sea exigible a la víctima que se mantenga firme. De este modo se puede interpretar restrictivamente múltiples tipos sirviéndose del principio victimológico o incluso someterlos a una reducción teleológica sin vinculación al tenor literal¹⁸.

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 tratados en el § 13 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) (*supra* § 11, nm. 85 ss.) 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 produce la imputación porque la víctima tiene la misma responsabilidad por lo sucedido que el autor; e incluso en los casos de asignación a una esfera de responsabilidad ajena (§ 11, nm. 104 ss.) se puede decir que el resultado no se le imputa al primer causante porque en el momento en que se produjo otras personas al

¹⁴ Por primera vez en ZStW 90 (1978), 11 ss.

¹⁵ Schünemann, Bockelmann-FS, 1979, 130.

¹⁶ Schünemann, ZStW 90 (1978), 11 ss.

¹⁷ Schünemann, 1982, 418.

¹⁸ Para una visión de conjunto sobre los intentos realizados hasta 1981, junto con una discusión de los mismos, cfr. Hillenkamp, 1981; idem, 1983.

servicio de la víctima eran responsables de su evitación. Y en la teoría de la legítima defensa se puede aludir a que la exclusión o restricción de las facultades defensivas que se efectúan en caso de provocación del agresor por el agredido (para más detalles § 15, nm. 59 ss.), se basan en la implicación de la víctima en lo sucedido, es decir que son explicables victimológicamente.

18 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.

19 Sin embargo, la tesis de que nuestro Derecho penal se basa en tal principio victimológico no se puede sostener con esa generalidad¹⁹. 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. Un hurto sigue siendo un hurto aunque la víctima haya procedido de modo sumamente descuidado con sus propias cosas. Es cierto que teóricamente sería posible definir el concepto de custodia de tal modo que no haya sustracción si al autor le ha resultado especialmente fácil conseguir la cosa; pero un procedimiento así (que tampoco se ha propuesto aún en la doctrina) sería modificar la ley, y no interpretarla. Lo propio sucede en el tipo de la estafa, respecto del cual se han dado numerosos intentos de exceptuar de la protección penal a la víctima especialmente descuidada o crédula; sin embargo, el legislador no ha dado a entender en ninguna parte que se pueda explotar impunemente la confianza ciega y necia.

20 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 (cfr. para más detalles § 2, nm. 28), esa afirmación significa sólo que no se puede imponer una pena cuando el Estado tenga a su disposición otros medios menos gravesos para solucionar conflictos sociales, pero no que también tenga que renunciar a intervenir cuando el ciudadano se podría proteger por sí mismo. Extender el principio de subsidiariedad a las posibilidades de autoprotección del ciudadano sería desconocer que los ciudadanos precisamente han establecido

¹⁹ Básico al respecto Hiltenkamp, 1981 y 1983; anticrítica en Schünemann, Faller-FS, 1984, 364 ss.

cido el poder estatal entre otras cosas para descargarse a sí mismos de las tareas de protección. Donde "vigila el ojo de la ley", el particular puede dedicar sus energías al desarrollo en vez de al mero aseguramiento de su personalidad.

Este último punto de vista permite ya reconocer que una amplia realización del principio victimológico tampoco es deseable políticocriminalmente: pues la misma, al privar de protección penal al que confía ingenuamente, convertiría la malicia, la desconfianza y la temerosa obsesión por la seguridad en la ley de la convivencia social, disminuyendo así la libertad del ciudadano fiel al Derecho. Es cierto que con ello se ampliaría la libertad de actuación de los que quieran entrometarse en la esfera jurídica ajena, pero eso es algo de lo que no hay la menor necesidad. Pues aunque los victimodogmáticos sólo requieren de la víctima medidas de protección exigibles y por tanto no muy difíciles de cumplir, lo que es mucho más exigible aún es la omisión de intervenciones, por lo que en una ponderación de intereses el legislador se pondría por regla general de parte de la víctima y no del delincuente.

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 penal²⁰. Cuando el punto de vista de la falta de necesidad de protección conduce a la impunidad en esta o aquella regulación, ello no se debe a su prioridad como principio, sino a la ponderación de los respectivos intereses de protección específicos. Así p.ej. el hecho de que las falsificaciones reconocibles a primera vista no encajan en los §§ 146 s. se justifica porque ya de entrada los preceptos sobre falsificación de moneda no pretenden proteger a los respectivos incautos, sino la seguridad y fiabilidad del tráfico dinerario, y éste no se pone en peligro por falsificaciones por las que normalmente nadie se deja engañar. Y si el mal con el que se amenaza sólo se considera un mal "sensible" en el sentido del § 240 en la medida en que pueda motivar a un hombre sensato a realizar la conducta que se le impone, ello se debe a que el libre juego de las fuerzas existentes en la sociedad resultaría dañado si se incluyeran en el tipo medios de presión por debajo del dintel de la relevancia social. Igualmente, la teoría de que el fin de protección de la norma excluye la imputación al tipo objetivo en caso de cooperación en una autopuesta en peligro y en algunos supuestos también en la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste, se puede derivar de la decisión legal

²⁰ Con la misma tendencia, Arzt, MSchrKrim 1984, 105. Tb. Schünemann, Faller-FS, 1984, 369, destaca "la necesidad de una amplia ponderación de todos los puntos de vista relevantes a efectos de política jurídica" y de tener en cuenta los "intereses de la víctima" y "los intereses de seguridad de la comunidad".

favorable a la atipicidad del suicidio y la autopuesta en peligro y del hecho de que ya de entrada no hay una intromisión en una esfera jurídica ajena cuando la "víctima" se da cuenta de la situación material exactamente igual que el autor y se expone conscientemente al peligro. Por último, si se quiere excluir o restringir el derecho a la legítima defensa en caso de agresión provocada culpablemente por la víctima, ello se puede explicar porque la idea de defensa del Derecho frente al injusto, en la que se basan esencialmente las facultades de la legítima defensa, pierde su significación cuando el propio agredido ha incurrido en un injusto.

23 Aquí sólo es posible seleccionar algunos casos de la multiplicidad de los problemas existentes, y aun en ellos sólo se puede esbozar y aludir a la solución. Pero esos pocos ejemplos muestran ya que el punto de vista victimológico se presenta bajo una luz distinta según el caso y que extrae su importancia decisiva en esos casos de las peculiaridades policríminales del correspondiente planteamiento del problema. La impunidad resultante de una corresponsabilidad de la víctima se desprende en parte de la falta de peligrosidad social de la agresión para el bien jurídico respectivamente protegido (§§ 146 s., 240), en parte también del hecho de que no se lesiona la libertad de actuación del titular del bien jurídico autorresponsable (cooperación en una autopuesta en peligro, puesta en peligro de un tercero aceptada por él), y en parte del hecho de que el que actúa en legítima defensa pierde (por hacerse indigno) o ve restringida su facultad de hacer prevalecer el Derecho por su conducta previa. Será tarea de la dogmática elaborar estas y otras manifestaciones del principio victimológico y precisar de ese modo la amplitud del mismo en todas las constelaciones que se planteen.

24 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 (nm. 7) 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. Si p.ej. un accidente se debe en su mayor parte a la imprudencia de la víctima, esa circunstancia disminuirá el injusto y la culpabilidad del autor de un modo que a veces se podrá calcular casi porcentualmente; y nadie discute que eso influye en la medición de la pena. Hillenkamp ²¹ ha investigado detalladamente la importancia de la conducta de la víctima para la medición de la pena, estableciendo reglas diferenciadoras muy exactas mediante los criterios de determinación de la pena que suponen el caso próximo al consentimiento, el próximo a la legítima defensa, el próximo a la indignidad de protección y el

²¹ Hillenkamp, 1981, 211 ss.

próximo a las formas de participación. Pero aún está por hacer un trabajo equivalente respecto de la influencia de la conducta de la víctima en la exclusión de injusto y culpabilidad.

IV. Injusto y espacio fuera del Derecho

La concepción predominante parte de la base de que una conducta típica **25**

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 ²² manifiesta 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 las indicaciones de estado de necesidad en el aborto del § 218 a; además los casos de la denominada comunidad de peligro (p.ej. dos montañeros cuegan 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).

Hay que reconocer que las objeciones lógicas y de teoría jurídica con las **26**

que se discute de antemano la posibilidad conceptual de un espacio jurídicamente exento, no son contundentes. El argumento de teoría del Derecho, según el cual la no regulación de un supuesto de hecho tampoco fundamenta un espacio fuera del Derecho, sino que contiene una regulación en la medida en que al renunciar a una normación restrictiva se autoriza la correspondiente conducta, sólo es válido bajo la premisa de un concepto de Derecho omnicompreensivo ²³, en cuya virtud toda conducta privada (comer, pasear, dormir, leer) cae bajo la esfera del Derecho y precisa la configuración de éste. Pero dicha hipótesis no es correcta, pues según el modelo conceptual de la democracia parlamentaria la libertad del individuo es originaria, y no concedida por el poder del Estado, que por el contrario ha sido a su vez establecido por el pueblo y está limitado a la función de asegurar la libertad, paz y bienestar ²⁴. Y también es incorrecto el argumento de que los conceptos "antijurídico" y "no antijurídico" son polos opuestos contradictorios, que ya por razones lógi-

²² En época reciente defendida con especial energía por Arth. Kaufmann, Maurach-FS, 1972, 327 ss.; diferenciando a efectos filosóficos y jurídicos penales: Schild, JA 1978, 449 ss., 570 ss., 631 ss.; abogando por la existencia de un espacio fuera del Derecho en la colisión de deberes: Dingeldey, Jura 1979, 478 ss. Monografía: Comes, Der rechtsfreie Raum, 1976.

²³ Fundamentándolo Engisch, ZStaatsW 108 (1952), 385 ss.; al respecto Arth. Kaufmann, Maurach-FS, 1972, 332 ss.

²⁴ Cfr. Hirsch, Bockelmann-FS, 1979, 93.

cas no admiten una tercera posibilidad. Pues el principio de la exclusión de una tercera posibilidad [*tertium non datur*] sólo rige dentro del espacio abarcado por los conceptos de antijuridicidad y juridicidad (conformidad a Derecho), pero no fuera del mismo: "Cuando el ordenamiento jurídico regula normativamente una conducta, entonces ésta es o bien conforme a Derecho (jurídica) o antijurídica... Pero eso no significa que toda conducta haya de estar jurídicamente normada..."²⁵

27 De ahí se sigue para la dogmática jurídicopenal que hay que reconocer la existencia de un espacio fuera del Derecho situado previamente a los tipos. Así por ejemplo, siguiendo una extendida opinión²⁶, es posible asignar el suicidio, como algo no prohibido ni permitido, al espacio fuera del Derecho y extraer de ahí consecuencias jurídicas para el supuesto de salvación en contra de la voluntad del afectado.

28 Sin embargo, en el ámbito del injusto no se puede aceptar en absoluto la construcción del espacio fuera del Derecho²⁷. 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"²⁸ en determinados casos. Si p.ej. la interrupción del embarazo queda no prohibida si concurren determinadas indicaciones, de ese modo *ipso* el hecho en principio prohibido resulta "liberado de la málcula del injusto que de lo contrario pesaría sobre él"²⁹ y disminuye la protección de la vida en formación. Por tanto, en este ámbito regulado jurídicamente sí que tienen pleno valor las objeciones lógicas y de teoría del Derecho rechazadas para el ámbito de lo arípico: si aquí "se retiran las normas" en determinados casos, esto significa materialmente —sea cual sea la terminología empleada— la exclusión del injusto para quien ataca el bien jurídicamente protegido. Es decir, no se crea un espacio fuera del Derecho, sino que se da una regulación permisiva.

29 Esto se ve con especial claridad en el derecho a la legítima defensa. Una agresión "no prohibida", situada terminológicamente en el espacio fuera del

Derecho, en todo caso no es una agresión antijurídica, como requiere el § 32, y por tanto consecuentemente no podría dar lugar a un derecho a la legítima defensa propia o ajena. Pero si es así, entonces las consecuencias coinciden plenamente con las de una exclusión del injusto, y la adscripción de la agresión a un "espacio fuera del Derecho" es un mero gesto retórico. Si por otra parte, como también se sostiene respecto de algunas constataciones que se discuten desde el punto de vista del espacio fuera del Derecho³⁰, se le concede al agredido un derecho de legítima defensa propia y al tercero un derecho de legítima defensa ajena, la verdad es que de modo encubierto se está valorando la agresión como antijurídica (aunque no como punible); pues la legítima defensa sirve para la afirmación del Derecho frente al injusto, y por tanto implica la reprobación de la agresión. Una tercera solución³¹ considera que en tales casos la agresión y la defensiva se desarrollan por igual en el espacio fuera del Derecho. Pero esto significaría que p.ej. en el caso de la interrupción del embarazo partidarios y detractores del aborto podrían entregarse en la clínica en la que va a tener lugar la intervención a una batalla campal con considerables lesiones recíprocas, sin que esto acarrearía consecuencias jurídicas; una parte podría invocar la no prohibición de la intervención, y la otra la no prohibición de la defensa de terceros. Ahora bien, tolerar "un caos jurídico"³² semejante estaría en contradicción con la misión de orden del Derecho; y tampoco puede ser satisfactorio dejar simplemente la solución del conflicto a merced del que tenga los puños más fuertes. Por consiguiente, en esas difíciles situaciones de colisión, que habrá que tratar detenidamente más adelante, sólo hay tres posibilidades: que se excluya la antijuridicidad, o la culpabilidad, o ninguna de las dos; pero "tras" el tipo no se puede reconocer un espacio fuera del Derecho. Frente a esto, Priester^{33a} aboga por un "espacio fuera del injusto" en casos "en los que el legislador quiere evitar las consecuencias jurídicas del juicio de antijuridicidad, sin aprobar la propia conducta". Pero en tal caso se trata de una causa de justificación; pues la misma sólo significa una legalización, no una aprobación de la conducta justificada.

V. Antijuridicidad y unidad del ordenamiento jurídico

Una cuestión que hasta hoy no se ha resuelto definitivamente es la de si la **30** juridicidad (conformidad a Derecho) o antijuridicidad de una acción ha de

³⁰ LK²-Nagler, 1944, § 54 III 2 c, 3 (con citas de la bibl. antigua); Philipps, ARSP 52 (1966), 205. Binding, Handbuch StrafrR, t. I, 1885, 766, admitía un derecho a la legítima defensa propia, pero no a la de terceros.

³¹ Arth. Kaufmann, Maurach-FS, 1972, 342; Engelhard/Radbruch, Strafrecht, 1948, 17 ss.; en el fondo tb. H. Mayer, LB AT, 1953, 195.

³² Hirsch, Bockelmann-FS, 1979, 103.

^{33a} Priester, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 499.

²⁵ Arth. Kaufmann, Maurach-FS, 1972, 334.

²⁶ Penetrantemente Gallas, JZ 1960, 654 s. (= Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 180 ss.).

²⁷ En este sentido enérgicamente Lenckner, 1965, 15-31; Hirsch, Bockelmann-FS, 1979, 89 ss.

²⁸ Arth. Kaufmann, Maurach-FS, 1972, 336. En una antítesis en tono muy personal a más siguientes manifestaciones, Kaufmann califica como "no correcta" la expresión "retirada de las normas" y ya no habla de espacio "fuera del Derecho", sino "fuera de la valoración jurídica", pero se aferra decididamente a la categoría de lo "no prohibido" (JZ 1992, 983 ss.); y opina que su rechazo procede "de la liberalidad e intolerancia, típicamente alemanas, de tener que reglamentar absolutamente todo"; y que dicha categoría no tiene "nada, pero absolutamente nada que ver" con un "caos jurídico" (loc. cit., n. 18). Sin embargo no discute las conclusiones jurídicas de las que yo (limitándome a asumir una cita de Hirsch) he deducido ese juicio.

²⁹ Lenckner, 1965, 23; Jakobs, AT², 13/3: "... lo no prohibido (o sinado fuera del Derecho), al renunciar al juicio de antijuridicidad, sí que está jurídicamente regulado en la medida en que se interrumpe la imputación".

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 concretas³³. 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?

31 A la primera pregunta hay que responder afirmativamente. Sería una contradicción axiológica insoportable, y contradiría además la subsidiariedad del Derecho penal como recurso extremo de la política social, que una conducta autorizada en cualquier campo del Derecho no obstante fuera castigada penalmente³⁴. En ese aspecto hay que reconocer por consiguiente la tan invocada "unidad del ordenamiento jurídico, que abarca todas las normas vigentes en el territorio federal con independencia del órgano creador de las normas"³⁵, exactamente igual que el principio de que las causas de justificación relevantes en Derecho penal proceden de todo el ámbito del ordenamiento jurídico³⁶.

32 En cambio, la segunda pregunta no se puede responder, como hace la doc. dom. casi siempre sin especial problematización, uniformemente con un "sí"; pues ni es conceptualmente necesario, ni tan siquiera conveniente siempre políticocriminalmente, castigar también una actuación prohibida civil o administrativamente cuando simultáneamente encaje en un tipo. Es verdad que por regla general resultará que si una conducta es típicamente delictiva (= típica) y al mismo tiempo infringe la prohibición expresa de otra rama del Derecho, también será preciso combatirla mediante el Derecho penal. Pero no necesariamente tiene que ser así, puesto que una prohibición procedente de otro campo del Derecho pretende primariamente originar consecuencias jurídicas específicas de ese campo jurídico (p.ej. la reparación del daño o consecuencias de Derecho público), y el Derecho penal no tiene que adherirse incondicionalmente a esto con sus sanciones mucho más graves.

³³ Fundamentales y con amplias referencias: Engisch, 1935; Kirchhof, 1978; Gunther, 1983. Específicamente sobre la aplicabilidad (que rechaza) de las causas de justificación del Derecho civil en Derecho penal: Hellmann, 1987.

³⁴ En ese sentido afirma OLG Köln StRV 1986, 537 s., apelando correctamente a la unidad del ordenamiento jurídico, que es imposible que cometa una contaminación ilegítima de las aguas (§ 324 StGB) la persona "a quien le está autorizada esa actuación conforme a las disposiciones del Derecho civil o administrativo"; en contra, Hellmann, 1987.

³⁵ BGHSt 11, 244.

³⁶ Cfr. por todos LK¹⁰ Hirsch, antes del § 32, nm. 10, 34; Jescheck, AT⁴ § 31 III 1; Maurach/Zipf, AT¹⁸, 25/11 ss.; Sch/Sch/Lenkner¹⁴, antes del § 32, nm. 27.

Aunque (de acuerdo con las reglas que rigen el consentimiento, § 13, nm. 55 33 s.) el consentimiento presunto de un menor en unos daños causados en su propiedad, debido a su limitada capacidad de obrar, no es posible jurídicovilmente y esa medida es por ello antijurídica y obliga a la reparación del daño, eso no le impide al Derecho penal admitir una causa de exclusión del injusto en caso de efectiva capacidad de comprensión. Y aunque el Derecho público, como sostiene una extendida opinión, sólo autorice el empleo de la fuerza por los funcionarios si concurre una norma específica de Derecho público reguladora de tal intervención, norma que en cambio no reconoce las facultades de la legítima defensa y el estado de necesidad que tienen todos los ciudadanos y que declara prohibida la actuación para el agente de la autoridad si falta una autorización específica para esa intervención, ello no ha de significar necesariamente la responsabilidad penal del funcionario o militar que actúe bajo los presupuestos de los §§ 32 y 34; por el contrario, el Derecho penal puede beneficiarle con una exclusión del injusto, aunque el Derecho público desapruuebe la intervención y le imponga por ella determinadas consecuencias jurídicas (p.ej. de tipo disciplinario)³⁷.

La doc. dom. intenta solucionar adecuadamente estos fenómenos insistiendo en la unidad de la antijuridicidad y reconociendo a las diversas ramas del Derecho únicamente la posibilidad de adoptar regulaciones diferentes de las consecuencias jurídicas. Así p.ej. dice Engisch³⁸: "Las fundamentaciones de deberes jurídicos y las exclusiones del injusto tienen eficacia general... Pero al ordenamiento jurídico siempre le queda intacta la posibilidad de vincular a un injusto concreto... sólo algunas de las consecuencias posibles, o sea, que haya sólo reparación del daño sin pena, o sólo pena sin reparación del daño, etcétera. Pero hablar de antijuridicidades del Derecho privado y del Derecho penal debido a esa diversidad de consecuencias del injusto, es un error". Esta posición tiene razón en que efectivamente existen entre los diversos campos del Derecho divergencias, que se limitan a las consecuencias jurídicas. Así p.ej. una acción amparada por el [estado de necesidad del] § 904 BGB es conforme a Derecho por igual a efectos civiles y penales, aunque en Derecho civil implique una obligación de reparar el daño.

Pero lo que no es correcto es negar por ello sin más la posibilidad de una diferente antijuridicidad. Así, en los ejemplos citados del consentimiento presunto y del empleo de la fuerza por la autoridad no sólo se renuncia a la consecuencia jurídica de la imposición de una pena, sino que desde sus fines el Derecho penal no desapruuebe en absoluto la conducta del sujeto —sin per-

³⁷ En este sentido sobre todo Gunther, 1983; Jakobs, AT², 11/6; Seebode, Klug-FS, 1983, 367 ss. En contra Jescheck, AT⁴, § 31 III 1, n. 20, argumentándolo en que en el injusto disciplinario se trata "de otro bien jurídico distinto".

³⁸ Engisch, 1935, 58; cfr. tb. LK¹⁰ Hirsch, antes del § 32, nm. 10: "Sólo son diferentes según las ramas del Derecho las consecuencias jurídicas".

juicio de tomar conocimiento de la antijuridicidad civil o administrativa como tal ³⁹. Y a la inversa, tampoco sería correcto afirmar que en esos casos hay un deber civil de indemnizar pese a la conformidad a Derecho en Derecho civil, o una sanción disciplinaria pese a la conformidad a Derecho en Derecho público; pues las conductas son contrarias a las reglas de esas ramas del Derecho, aunque no a las del Derecho penal.

- 36 Por consiguiente, hay que reconocer con Günther ⁴⁰ la posibilidad de una específica exclusión del injusto penal. Pero tales casos son excepcionales, ya que la gran mayoría de las causas de justificación proceden de otros campos del Derecho y son válidas sin más en Derecho penal (cfr. nm. 31). Frente a éstas, las causas de justificación procedentes del Derecho penal son escasas y además son asumidas por regla general también por las otras ramas del Derecho (p.ej. la legítima defensa, §§ 227 BGB y 32 StGB, y el estado de necesidad, § 34 StGB, justifican la acción también en Derecho civil). Y por último, una causa de exclusión del injusto penal no se diferencia en sus efectos jurídicos de las causas de justificación con validez general (cfr. ya nm. 2).

VI. Sistematización de las causas de justificación

- 37 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. Mientras que las clases de delitos descritas en los tipos —detenciones, allanamiento de morada, lesiones, etc.— representan una cierta estática, a través de las causas de justificación penetra la dinámica de los cambios sociales en la teoría del delito ⁴¹. Las causas por las que está permitido detener a personas, penetrar en domicilios o efectuar intervenciones con repercusión sobre la integridad física, cambian constantemente. Cada modificación del ordenamiento penal o civil, cada revisión de las leyes de policía, así como los cambios en las concepciones

³⁹ Cfr. Kirchhof, 1978; Jakobs, AT², 11/6, n. 11.

⁴⁰ Günther, 1983, sobre tendencias similares en la dogmática penal japonesa, instructivo el trabajo de Asada, ZStW 97 (1985), 465. Cfr. sobre Günther, ib. Rudolph, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 372 ss., que critica a Günther, pero reconoce sin embargo la posibilidad de consecuencias jurídicas distintas en Derecho civil y penal.

⁴¹ Cfr. sobre ello Roxin, ²1973, 24 ss. [= Política criminal y sistema del DP, 1972, 55 ss.; N. del T.]. La exposición se apoya en las ideas allí desarrolladas.

sobre derechos de corrección, vacunación obligatoria, esfera privada o los derechos de manifestación, crean o suprimen causas de justificación. En la configuración de los derechos de intromisión, que procuran un equilibrio entre necesidad social y libertad individual, coopera todo el ordenamiento jurídico, y cuyas tendencias escapan en gran medida a una sistemática de contenido, y que por su alto grado de complejidad no se pueden abarcar en una "fórmula de sociedad" abreviada ⁴².

Por eso, las denominadas teorías monistas, que intentan reconducir las causas de justificación a una idea rectora omnicomprensiva, tienen necesariamente que quedarse en un plano abstracto y sin contenido. Históricamente ha sido especialmente importante la "teoría del fin", que ha influido hasta en el actual § 34 ap. 2, y según la cual una conducta típica estará justificada cuando sea "el medio adecuado (correcto)" para conseguir un "fin reconocido por el legislador como justificado (correcto)" ⁴³. Sauer ⁴⁴ plantea como "ley jurídica fundamental" el "principio de más beneficio que perjuicio": "Conforme a Derecho (en sentido material) es una actuación... que en su tendencia general le garantiza a la comunidad estatal de modo generalizado más beneficio o provecho (ideal, cultural) que perjuicio". Noll ⁴⁵ considera la "ponderación de valores como principio de justificación", para lo que incluye entre los valores que deben ponderarse en la justificación no sólo bienes jurídicos, sino también "ciertas relaciones sociales como las ordenanzas del Estado; la Administración de Justicia o la familia". Según Schmidhäuser ⁴⁶ una causa de justificación en el delito de acción es "el fragmento del curso del hecho que contiene un respeto al bien prioritario frente al bien lesionado de modo típico"; y en la causa de justificación se "constata que lo valioso del respeto al bien es prioritario frente a lo disvalioso de la lesión del bien".

Próximo a las concepciones "monistas" se presentan aquellas teorías "pluralistas" que, siguiendo a Mezger ⁴⁷, reconducen la justificación a dos principios: el del "interés preponderante" y el de la "ausencia de interés". Aquí, al igual que en la distinción de Blei ⁴⁸ entre el "principio del derecho preponderante" y el "principio de la ausencia de injusto", se trata sustancialmente de asignar un lugar autónomo en el sistema de las causas de justificación al consentimiento (y como consecuencia del mismo al consentimiento presunto),

⁴² Jakobs, AT², 11/1.

⁴³ V. Liszt, StraFR, 21/21, 1919, § 32 II 2, 9 [= Tratado II, 2.^a ed. españ., 1927, § 32 II 2, p. 326; N. del T.]; Graf zu Dohna, 1905, 48 ss.

⁴⁴ Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 1955, 56.

⁴⁵ Así ya el título ("Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung") de su trabajo en ZStW 77 (1965), 1 ss.; la cita siguiente en loc. cit., 9.

⁴⁶ Schmidhäuser, StGB AT², 6/1, 5; similar idem, Lackner-FS, 1987, 88.

⁴⁷ Mezger, StraFR, 1949, 204 ss. [= Tratado I, 1946, 393 ss.; N. del T.]; cfr. p.ej. Sch/Sch/Lenkner², antes del § 32, nm. 7.

⁴⁸ Blei, AT¹⁸, § 36 I.

que se cree no es posible explicar como supuesto de colisión de intereses, valores o bienes. Pero el consentimiento es realmente un caso de atipicidad o exclusión del tipo (cfr. § 13, nm. 12 ss.) y por tanto no pertenece al sistema de las causas de justificación. En cambio, en el consentimiento presunto sí que se trata de un caso de ponderación de intereses, por lo que no hace falta ningún principio de justificación propio para el mismo. Lo que hay que ponderar es la voluntad presunta del titular del bien jurídico frente a la posibilidad de que en el momento de la intromisión haya una voluntad real distinta, pero no comprobable, del titular del bien jurídico ⁴⁹.

40 Aunque las diversas fórmulas acentúan de modo algo diferente el principio rector de la justificación, todas resultan iguales en que de ellas no se pueden derivar resultados concretos. Pues saber cuál es en el caso concreto el medio justo para el fin justo, qué conducta produce más beneficio que perjuicio, o qué valor es el superior, qué interés el preponderante y qué pretensión del bien es la que tiene rango prioritario, es algo que no se puede reconocer partiendo de esas fórmulas, sino sólo a partir de otros puntos de vista. Si se quiere establecer un principio omnicompreensivo, éste reside en la idea de que todas las causas de justificación pretenden la regulación socialmente correcta de intereses que coliden ⁵⁰. Con ello, por una parte, también se abarca el supuesto en el que se produce la justificación aunque sean equivalentes en rango los "valores", "bienes jurídicos", "pretensiones del bien", etc., que coliden entre sí (como ocurre en la colisión de deberes, cuando p.ej. un médico es llamado simultáneamente para atender a dos enfermos graves y tiene que decidir él a cuál quiere salvar) ⁵¹. Por otra parte, con la alusión a la regulación "socialmente correcta" de los intereses en pugna se hace referencia al punto de vista de la antijuridicidad material, conforme al cual la exclusión del injusto depende en última instancia de la corrección social (o falta de dañosidad social) de la conducta típica. Para concretar más un principio de justificación tan comprensivo sólo se puede aducir el punto de vista de que la acción que se pretende justificar ha de ser como regla general necesaria *ex ante* para la protección del bien jurídico en conflicto; una medida no necesaria a costa del bien típicamente lesionado en la mayoría de los casos no puede ser una regulación socialmente correcta del conflicto ⁵².

⁴⁹ Igualmente Rudolph. Arm. Kaufmann-GS, 1989, 393.

⁵⁰ Roxin, ²1973, 15 [= Política criminal y sistema del DP, 1972, 40; N. del T.J. cfr. tb. Lenckner, GA 1985, 295.

⁵¹ Por lo demás, la justificación no se produce sólo si se cumple uno de dos deberes de acción equivalentes, sino también en caso de colisión de varios deberes de omisión (un automovilista sólo puede frenar o seguir la marcha, siendo igual de peligrosas cualquiera de las conductas).

⁵² Cfr. para más detalles Rudolph. Arm. Kaufmann-GS, 1989, 389 ss.; sentando las bases ya Arm. Kaufmann, 1954, 254.

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 ⁵³. Esos principios ordenadores se presentan en número y combinación diferentes en las diversas causas de justificación; operan como directrices interpretativas para concretar su contenido y permiten ver tanto la estructura de las causas de justificación en particular como su contexto. Así p.ej. la legítima defensa (§ 32) se puede explicar mediante el "principio de protección" y el "principio del prevaecimiento del Derecho": el agredido puede hacer todo lo necesario para protegerse; pero además, para afirmar la vigencia del Derecho en la sociedad, puede ejercer la legítima defensa incluso cuando no sería necesario para su protección (porque existiera la posibilidad de esquivar o de pedir ayuda). Y como ya se verá (*infra* § 15), esos dos principios son extraordinariamente fructíferos para aclarar problemas muy discutidos de la legítima defensa. El estado de necesidad defensivo (§ 228 BGB) combina el "principio de protección" con el "principio de proporcionalidad": es lícito protegerse frente a peligros procedentes de cosas (p.ej. ataques de animales) con todos los medios necesarios, pero sólo hasta el límite de la desproporción; pues, como la vigencia del Derecho no necesita afirmarse contra las cosas, aquí se sustituye el principio del prevaecimiento del Derecho por el principio de proporcionalidad. Por otra parte, en el "estado de necesidad agresivo" (§ 904 BGB) el "principio de ponderación de bienes" es atenuado por el "principio de autonomía": puesto que el titular del bien jurídico, cuya autonomía se ataca, no ha participado en el peligro que hay que contrarrestar, una intromisión en su autonomía no puede darse ya en caso de simple preponderancia del bien jurídico que se quiere salvar, sino sólo si dicho bien es desproporcionadamente más valioso.

Con ello se han mencionado ya cinco principios ordenadores sociales, que aún cabe aumentar con muchos otros en el estado de necesidad justificante (§ 34), el más amplio de los derechos de necesidad, y en otros casos. En su conjunto dejan claros los criterios según los cuales también hay que resolver colisiones entre bienes jurídicos allí donde el tenor literal de la ley da pie a varias posibilidades. Ahora bien, debido a la pluriformidad y a los cambios de la vida social no es posible ni un *numerus clausus* de los principios reguladores decisivos ni una sistematización cerrada y concluyente de las causas de justificación ⁵⁴.

⁵³ Cfr. Roxin, ²1973, 26 ss. [= Política criminal y sistema del DP, 1972, 57 ss.; N. del T.J. Stra-tenwerth, ZStW 68 (1956), 41 ss.; aprob. Jeschek, AT⁴, § 31 II 2.

⁵⁴ De modo similar: Maurach/Zipf, AT¹ 3, 25/9, 10; Jeschek, AT⁴, § 31 II 3; Sch/Sch/Lenckner², antes del § 32, nm. 7. Escépticos frente a cualquier sistematización: Baumann/Weber, AT⁴, § 19 III 3 a. LK¹⁰-Hirsch, antes del § 32, nm. 48.

43 Jakobs pretende, "enlazando con las teorías pluralistas", reconducir las causas de justificación a tres principios⁵⁵: el principio de la responsabilidad (o aunque sea sólo del ocasionamiento o provocación) por parte de la víctima de la intromisión, el principio de la definición de intereses por parte la propia víctima de la intromisión, y el principio de solidaridad. En el primer grupo encajaría p.ej. la legítima defensa, en el segundo la autorización oficial justificante, y en el tercero el estado de necesidad agresivo (como el § 904 BGB). Sin duda que de ese modo se designan puntos de vista que hay que tener en cuenta en la justificación (así el principio de solidaridad corresponde al principio de autonomía antes citado); pero los mismos no agotan en absoluto los aspectos decisivos en la regulación, y además no son muy adecuados para la "estructuración de las causas de justificación" emprendida por Jakobs, sino que en parte se meten por en medio de ella. Así es cierto que el estado de necesidad justificante (§ 34) contiene principalmente supuestos del deber de solidaridad de los no intervinientes, pero también otros en los que la intromisión se debe a una provocación u ocasionamiento (en parte con responsabilidad y en parte sin responsabilidad) de la víctima de la intromisión; y la detención provisional (§ 127 StPO) puede estar motivada por la conducta del detenido, pero también puede recaer sobre alguien que sea inocente de la sospecha que equivocadamente pesa sobre él, por lo que en tal caso la intervención sólo se puede explicar por el principio de solidaridad.

VII. La concurrencia de causas de justificación

44 La concurrencia de causas de justificación no había sido objeto hasta tiempos recientes de investigaciones detalladas, que sin embargo aún no han conducido a resultados concluyentes⁵⁶. 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 el § 127 StPO (detención preventiva) como por el § 32 (legítima defensa) y el § 34 (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, sea porque "limita la consecuencia justificativa a determinadas acciones típicas o de otro modo en cuanto a su forma y extensión"⁵⁷, o porque prescribe o excluye una consecuencia jurídica que va más allá del efecto justificante (p.ej. la concesión de la reparación del daño). Warda habla en estos supuestos de "especialidad en sentido funcional".

45 Un ejemplo del primer tipo nos lo ofrece v.gr. el § 26 BJagdG en relación con el § 228 BGB. Como el [estado de necesidad defensivo del] § 228 BGB, según la concepción correcta, no sólo es aplicable a las cosas ajenas, sino también a las que no tienen dueño, pero susceptibles de un derecho de apropiación, según ese precepto sería en su caso admisible, para evitar los daños que va a causar el animal, matar de un disparo a la pieza que causa daños en la finca propia, puesto que ello puede ser necesario para impedir definitivamente el peligro y en la mayoría de los casos el daño tampoco sería desproporcionado con el peligro. No obstante, el § 26 BJagdG sólo autoriza a "detener" o "ahuyentar" a la pieza de caza, para lo que el propietario no puede ni poner en peligro ni lesionar a la pieza". Por consiguiente, el legislador da prioridad a los puntos de vista de la conservación de la caza sobre los intereses del propietario del predio, y de ese modo efectúa para este caso especial una ponderación distinta de la prevista en el § 228 BGB para los restantes casos de ataques de animales. Con ello el § 26 BJagdG excluye que se pueda recurrir al § 228 BGB.

El segundo caso de especialidad se puede ilustrar con la relación existente entre el § 228 BGB y el § 904 BGB. Si alguien se defiende contra un león que se ha escapado matándolo de un disparo, según su tenor literal se cumplen los requisitos tanto del § 904 BGB como del § 228 BGB. Pero lo que se opone a una aplicación cumulativa de ambas causas de justificación es que el § 904 BGB impone un deber de reparación del perjuicio producido al propietario, mientras que el § 228 BGB precisamente no lo prevé (salvo si el propio atacado ha provocado la situación de necesidad). Por tanto, como en el estado de necesidad defensivo por regla general no se da la obligación de reparación del daño, el § 228 BGB excluye al § 904 BGB, por lo que a éste sólo le quedan los casos del estado de necesidad agresivo.

Problemas especiales y aún menos aclarados se dan en la relación del § 34 respecto de otras causas de justificación. Aunque el § 34 ciertamente no tiene "frente a todas las demás causas de justificación"⁵⁸ 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 (p.ej. para los §§ 904, 228 y 229 BGB, 32 StGB, 127 StPO). A ese respecto el § 34 impone una amplia ponderación de los intereses que coliden, sin prescribirle al juez los resultados en particular. En cambio, las reglas creadas en las restantes causas de justificación para situaciones de necesidad tipificables proporcionan resultados de la ponderación muy concretos; y está claro que la decisión legal sobre el conflicto expresada en las mismas no se puede eludir realizando otra ponderación de intereses distinta en el marco del § 34. Por tanto, cuando p.ej. el § 127 I 1 StPO sólo admite la detención provisional realizada por particulares si se sorprende o se persigue al sujeto "en flagrante delito", no se puede justificar en virtud del § 34 a una persona que tres días después del hecho se encuentre y detenga en la calle al delincuente; pues eso supondría desconocer que la colisión entre el interés estatal en la persecución del delito y el interés en la libertad del sospechoso y posiblemente inocente ya ha sido resuelta por el legislador con carácter vinculante en el § 127 I 1 StPO. Esto no significa que en la detención

⁵⁵ Jakobs, AT², 11/3.

⁵⁶ Warda, Maurach-FS, 1972, 143 ss.; Seelmann, 1978, K.-H. Peters, GA 1981, 445 ss.

⁵⁷ Aquí y tb. en lo siguiente, Warda, Maurach-FS, 1972, 166.

⁵⁸ Así, sin embargo, Seelmann, 1978, 74.

preventiva esté excluida la posibilidad de recurrir al § 34. Pero la ponderación de intereses que en dichos casos se efectúe conforme al § 34 tiene que respetar la valoración que se expresa en el § 127 I 1 StPO; si no concurren los presupuestos del § 127 I 1 StPO, normalmente el interés estatal en la persecución del delito tampoco podrá ser “sustancialmente preponderante” en el sentido del § 34 sobre el interés en la libertad del inculcado.

48 El hecho de que los derechos de necesidad que suponen causas de justificación especiales no excluyen al § 34³⁹, sino que sólo rellenan su marco valorativo concretándolo, no carece de importancia práctica. En efecto, por una parte, del § 34 emanan elementos de valoración y ponderación que penetran en la interpretación de las causas de justificación especiales⁴⁰. En el famoso ejemplo de laboratorio en el que una mujer rica, al comenzar a caer de repente un chaparrón, le arrebató el paraguas a una pobre para evitar que se estropee su valioso vestido, se excluyó la justificación conforme al § 904 BGB incluso aunque el daño que se le fuera a producir a la mujer rica fuera desde el punto de vista puramente contable “desproporcionadamente mayor” que el daño que amenazaba a la mujer pobre: pues el “principio de autonomía” (nm. 41), que en el tenor literal del § 904 BGB sólo se expresa en los aspectos cuantitativos de la relación entre los daños, también debe incluirse ampliamente aquí, como en el § 34, en la ponderación de intereses, lo que da como resultado que para salvar un vestido no se puede dañar sin más de ese modo la esfera de libertad de una persona ajena a la producción de peligro.

49 Por otra parte, excepcionalmente puede suceder que la solución del conflicto plasmada en un derecho especial de necesidad no excluya una valoración distinta conforme al § 34; cuando un caso tenga una situación tan especial que incluso la solución más concreta del conflicto en el derecho de necesidad siga suponiendo un retículo demasiado burdo, que ya no se adecua bien a la situación. Así, si un particular se encuentra al presunto delincuente varios días después del hecho, no lo podrá detener apelando al § 34 ni siquiera aunque se le acuse de un delito grave; pues si el legislador lo hubiera querido permitir, lo lógico sería que hubiera dictado una excepción a la exigencia del "delito flagrante" para tales delitos. Pero si el presunto responsable del delito grave se dispone precisamente a cruzar la frontera y a escapar para siempre, entonces estamos ante una constelación que ya no es abarcada por la *ratio* del § 127 StPO: pues la estricta limitación del derecho de detención por particulares se basa en la idea de que siempre sigue siendo posible la detención por los órganos del Estado competentes; pero si no es así, no se puede excluir sin más la justificación en virtud del § 34.

⁵⁹ Así, sin embargo, Warda, Maurach-FS, 1972, 162, 166.

⁶⁰ Cfr. al respecto Jescheck, AT⁴, § 33 III 3; Sch/Sch/Lenckner²⁴, § 34, nm. 6.

Del mismo modo, la ponderación de intereses efectuada en el § 32 (legítima defensa) tampoco obsta a un examen del caso desde el punto de vista del § 34, y ello ni cuando concurra ni cuando esté excluido el § 32. Sobre todo tiene importancia práctica el segundo caso, o sea el de que haya que rechazar la legítima defensa, v.gr. porque la agresión no es "antijurídica" o no es "actual" en el sentido del § 32. En tales situaciones la razón profunda del rechazo de la legítima defensa reside en que el "principio del prevalecimiento del Derecho", que es constitutivo para el § 32 (cfr. nm. 41), o sea, la afirmación del Derecho frente al injusto en una situación de lucha actual, no puede tener validez alguna si la agresión es conforme a Derecho o no es actual. Pero eso no significa que se esté totalmente desprotegido y expuesto a la amenaza de agresiones conformes a Derecho o aún no actuales. Dado que el "prevalecimiento del Derecho" no es un presupuesto del § 34, nada se opone a examinar si en tal caso se pueden admitir los medios defensivos del § 34, mucho menos duros y susceptibles de mayor diferenciación ⁶¹ (cfr. para más detalles al respecto el tratamiento del estado de necesidad defensivo y de la legítima defensa preventiva en § 16, nm. 62 ss., 72 ss.).

VIII. 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 51 se ha de tratar el caso en que el sujeto se representa erróneamente los presupuestos objetivos (materiales) de una causa de justificación ⁶². 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. Pero también en todas las otras causas de justificación pueden producirse situaciones análogas: v.gr. alguien perturba o interrumpe un servicio de culto religioso (§ 167) en la suposición errónea de que se ha declarado un incendio en el pueblo (estado de necesidad putativo); alguien detiene de resultas de una confusión a un no sospechoso invocando el § 127 StPO, etc.

⁶¹ Discr. Seelmann, 1978, 64 s.

⁶² Últimamente se ha vuelto polémica, a raíz del "caso del rey de los gatos" ("Katzenkönigsfall") (BGHSt 35, 347), la cuestión de si tb la representación supersticiosa de un peligro puede fundarse en un error de esa clase; cfr. sdo Herzberg, Jura 1990, 16; Schumann, NSiZ 1990, 32; Roßmüller/Rohrer, Jura 1990, 582. Contra lo que opinan Herzberg y Schumann (y con el BGH) ello no se puede negar sin más: lo decisivo es si el sujeto se ha representado un peligro real, no por qué motivos lo ha supuesto.

52 El P 1962 había pretendido regular legalmente el problema, y concretamente de manera diferenciadora. Con carácter general tal error habría excluido la pena por delito doloso y, en su caso, conducido a una condena por delito imprudente. El § 20 I del P 1962 había dispuesto: "Quien en la comisión de un hecho supone equivocadamente circunstancias que justificarían el hecho... no será castigado por comisión dolosa." No obstante, según el ap. 2, debería ser "castigado por comisión imprudente, cuando el error le sea reprochable y la ley comine también con pena la actuación imprudente". Frente a ello, según el § 39 II, no regiría el § 20 para la legítima defensa putativa; aquí se aplicaría una pena por delito doloso atenuada, en caso de suposición errónea vencible o evitable de circunstancias justificantes. Esta regulación fue objeto de enérgica crítica científica⁶³, pues el que un mismo error deba en parte excluir y en parte dejar subsistente la posibilidad de punición por delito doloso ha de conducir a contradicciones irresolubles —sobre todo en el concurso de causas de justificación—. En las deliberaciones de la nueva Parte general la Comisión especial se adhirió a esta crítica. "En las Jornadas de Profesores de Derecho Penal de 1964 se recomendó... por representantes de las más diversas procedencias la supresión de los §§ 20 y 39 ap. 2... del P 1962. A la Comisión especial le parecieron convincentes las objeciones planteadas"⁶⁴. Por eso el Derecho vigente ha "dejado como hasta ahora a la jurisprudencia y a la doctrina jurídica" la solución del problema. La contención del legislador ha dejado en pie y ha seguido acrecentando la abundancia desconcertante de concepciones diversas que ya existía antes de la introducción de la nueva Parte general. Sin simplificar de manera demasiado burda se pueden distinguir cinco "teorías".

53 aa) Para la **teoría de los elementos negativos del tipo** (sobre ella exhaustivamente *supra* § 10, nm. 13-26)⁶⁵ la suposición equivocada de circunstancias justificantes es un error de tipo que excluye el dolo por aplicación inmediata del § 16 I 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" en el sentido del § 16 I.

54 bb) La **teoría restringida de la culpabilidad**, que es defendida por notables voces en la literatura científica⁶⁶ y en líneas generales también por la

⁶³ Especialmente tenaz en las ponencias de las Jornadas de Profesores de Derecho Penal de 1964 en Hamburgo: Arth. Kaufmann, ZStW 76 (1964), 543; Roxin, ZStW 76 (1964), 582.

⁶⁴ BT-Drucks. V/4095, 9.

⁶⁵ A favor suyo últimamente Schünemann, GA 1985, 347 ss. y (con una ligera restricción cercana a la concepción expuesta en los nm. 54 s.) Schroth, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 595.

⁶⁶ Engisch, ZStW 70 (1958), 566; Eser/Burkhardt, Strafr⁷, caso 15, nm. 20; Grünwald, Noll-GS, 1984, 183; Herzberg, JA 1989, 243, 294 ("teoría del injusto"); Hruschka, GA 1980, 1; Arch. Kaufmann, JZ 1954, 653; idem, JZ 1956, 353; idem, Lackner-FS, 1987, 192; Kuhlen, 1987, 298 ss.; Puppe, Stree/Wessels-FS, 1993, 192 s.; Roxin, MSchrKrim 1961, 211; idem, 1959 (1970) [= Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico], trad. Bagógalupo, Buenos Aires, Depalma, 1979; N. del T.; idem, ZStW 76 (1964), 599; SK²-Rudolphi, § 16, nm. 10, 12; Schaffstein, MDR

jurispr. (al respecto nm. 60), llega al mismo resultado de excluir el dolo, aplicando el § 16 I al error de tipo permisivo, si bien no de forma inmediata, sino por analogía. Parte por tanto de la idea de que el "tipo legal" en el § 16 I 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.

La denominación "teoría restringida de la culpabilidad" está generalizada, pero no es fácilmente comprensible. Se explica así: según la llamada teoría de la culpabilidad, un error que oculta al sujeto el carácter prohibido de su conducta es un problema de atenuación o exclusión, según las circunstancias, de su **culpabilidad**, pero que no afecta al **dolo**, a menos que concierna, en aplicación inmediata del § 16, a una circunstancia del hecho. La teoría aquí expuesta se aparta de este principio en cuanto que concede efectos excluyentes del dolo también al error de tipo permisivo, o sea no le reconoce influencia sólo sobre la culpabilidad. Por tanto la teoría de la culpabilidad se "restringe", porque se considera excluyente del dolo no sólo el caso del § 16, sino también el error de tipo permisivo.

cc) La **teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas**⁶⁷ 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. Se pena por tanto al sujeto doloso —por analogía con el § 16 I— como a un sujeto imprudente. En su resultado esta teoría no se diferencia de la teoría restringida de la culpabilidad en el tratamiento del error, sino sobre todo en que hace posible la participación de un sujeto de mala fe en el hecho del que sufre el error: dado que la participación presupone, conforme a los §§ 26 y 27, el dolo del autor, pero no su punición (por delito doloso), se puede afirmar una participación punible, aun cuando no se castigue al autor (o, en su caso, se le castigue sólo por un tipo imprudente).

Una variante de la teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas es la **teoría de la culpabilidad dependiente** (es decir, dependiente de la pena del delito imprudente) sustentada por Jakobs⁶⁸. Según ella —naturalmente sólo cuando sea punible la comisión imprudente— debe tener lugar una condena por delito doloso, debiendo ser reducido sin embargo el marco penal del delito doloso al marco del delito imprudente.

1951, 196; idem, OLG Celle-FS, 1961, 175; Sch/Sch/Cramer⁷⁴, § 15, nm. 35, § 16, nm. 18; Stratenwerth, AT³, nm. 499 ss.; v. Weber, JZ 1951, 260; idem, Mejer-FS, 1954, 183; Zielinski, 1973, 230. Una parte de los defensores de la teoría restringida de la culpabilidad simpatizan tb. con la teoría de los elementos negativos del tipo o la admiten como fundamento equivalente (p.ej. Engisch, Arth. Kaufmann, Roxin, Schaffstein).

⁶⁷ Su formulación más temprana se encuentra en Gallas, ZStW 67 (1955), 45 s., n. 89 (= Beiträge zur Verbrechenstheorie, 1968, 56 s., n. 89), donde se recomienda "que la suposición errónea de una situación justificante dejara intacto el dolo como tal, pero que excluyera la punición por el delito doloso, porque el tipo de culpabilidad presupuesto con él no se daría en este caso excepcional". En el resultado al que llegan, y en parte tb. en la fundamentación, igualmente: Blei, AT¹⁶, 59 II 3; Dreher, Heimtz-FS, 1972, 223; Dreher/Tröndle⁶⁸, § 16, nm. 27; Herdegen, BGH-FS, 1975, 195; Jescheck, AT⁴, § 41, III 2 d; Krümpelmann, GA 1968, 129; Lackner⁶⁹, § 17, nm. 15; Maurach/Zipf, AT¹¹, 37/43; Wessels, AT³, § 11 III 1 c, f; Bockelmann/Volk, AT⁷, § 16 C II.

⁶⁸ Jakobs, AT², 11/58.

58 dd) La teoría de la culpabilidad independiente en cuanto a las consecuencias jurídicas se desliga por completo del § 16 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. A este respecto, Krümpelmann⁶⁹ y Paeflgen⁷⁰ proceden no sólo aplicando obligatoriamente la atenuación del § 49 I, sino propugnando además permitir que se rebase hacia abajo el marco penal del delito doloso aplicando analógicamente el § 49 II. Dreher⁷¹ pretende tratar *de lege ferenda* el error vencible sobre presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación en sus consecuencias jurídicas siempre como un delito imprudente —hasta aquí en coincidencia con la teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas—. Pero esto regiría —y en esto estriba la independencia de la consecuencia jurídica— incluso “cuando la ley no conmine con pena en los demás casos la actuación imprudente. En tales casos la pena es la pena atenuada conforme al § 49 ap. 1, que está prevista para la actuación dolosa.”

59 ee) Finalmente, la **teoría estricta de la culpabilidad**⁷², que se ha desarrollado sobre todo en el marco de la doctrina finalista, trata la suposición errónea de circunstancias justificantes como un error de prohibición inmediatamente subsumible en el § 17. Por tanto el error no excluye nunca el dolo, sino únicamente la culpabilidad, en caso de ser invencible; si el error es, como sucede por regla general, vencible, la pena del delito doloso puede atenuarse conforme al § 17, ap. 2.

Esta doctrina lleva la denominación de “teoría estricta de la culpabilidad” porque contempla todos los errores conducentes a la suposición de una conducta conforme a Derecho, en tanto no se refieran a elementos del tipo de delito conforme al § 16 I, sin excepción (“estrictamente”) como problemas de culpabilidad y los somete al § 17.

60 ff) La **jurisprudencia** sigue en líneas generales la teoría restringida de la culpabilidad. En BGHSt 3, 105 (107), se dice para el caso de suposición errónea del supuesto de hecho legitimador de un castigo en el marco del derecho de corrección: “El sujeto que actúa en error sobre la verdadera situación fáctica es... en sí fiel al Derecho; quiere observar los mandatos jurídicos y yerra este objetivo sólo a causa de su error sobre la situación material a partir de la cual se desarrolla su actuación... Por ello le es aplicable la idea del § 59 StGB (hoy:

⁶⁹ Krümpelmann, 1978, 6.

⁷⁰ Paeflgen, 1979, 165 ss.; acerca de Paeflgen, más detenidamente, Kuhlén, 1987, 306 ss. Entretanto Paeflgen ha renunciado *de lege lata* a la aplicación analógica del § 49 II (Arm. Kaufmann-GS, 1989, 411 n. 60). No existe ya entonces diferencia en el resultado con la teoría estricta de la culpabilidad.

⁷¹ Dreher, Heinitz-FS, 1972, 227 s.

⁷² Fue desarrollada sobre todo por Welzel: SJZ 1948, col. 368; NJW 1952, 564; JZ 1952, 596; JZ 1955, 142; ZStW 67 (1955), 196; ZStW 76 (1964), 619. Últimamente de manera resumida: idem, StraR¹¹, 168 ss. [=PG, 1987, 235 ss.; N. del T.]. Además: Bockelmann, AT³, 1979, § 16 C II; Hirsch, 1960; Arm. Kaufmann, JZ 1955, 37; LK¹⁰, Schroeder, § 16, nm. 52; Maurach, AT, 1971, § 37 I D, § 38 B II; Maurach/Gössel, AT², 42/36, 44/61. Ulteriores referencias en Paeflgen, 1979, 93, n. 181.

§ 16), de imputarle, en favor suyo, no la verdadera situación material u objetiva, sino la erróneamente supuesta.” BGHSt 3, 194 (196), se aproxima, en un caso de legítima defensa putativa, a la teoría de los elementos negativos del tipo; conforme a ello, “tal error, cuando se debe a una equivocación sobre la persistencia y la intensidad de la agresión y esa equivocación es invencible o inevitable, excluye la punibilidad y, en caso de ser vencible o evitable, conduce sólo a la pena del delito imprudente. Es un error sobre una circunstancia del hecho en el sentido del § 59 StGB (hoy: § 16), aun cuando sobre esa base sea un error sobre una causa de justificación...” En cambio, en BGHSt 3, 357 (364), se habla sólo de una equiparación al error de tipo: “Si el sujeto supone un derecho a ingerirse en la libertad personal de otro, porque considera, aun que sea erróneamente, que concurren unos hechos en caso de cuya concurrencia el ordenamiento jurídico efectivamente otorgaría un derecho a ingerirse, entonces se halla en un error que ha de equipararse en su trascendencia al error sobre circunstancias del hecho tratado en el § 59 ap. 1 StGB (hoy: § 16 I).” BGHSt 31, 264 (286 s.), apoya también en una aplicación analógica del § 16 I la exclusión del dolo: “La suposición de un supuesto de hecho justificante excluye la punibilidad por delito doloso, aun cuando la suposición no se corresponda con la realidad. Hay que valorar tal error como un error sobre circunstancias del hecho excluyente del dolo según el § 16 ap. 1 StGB”⁷³.

61

En cambio, el BGH ha aplicado, en cuanto al resultado al que llega, la teoría estricta de la culpabilidad en el caso del estado de necesidad justificante (el actual § 34), en cuanto que ha apreciado que existe un deber de examinar los presupuestos de la justificación y, en caso de no atenderlo, sólo ha concedido al sujeto que supone erróneamente una situación justificante un error de prohibición —con la elaborada fundamentación de que el autor de la interrupción del embarazo (que en esa época había que tratar todavía conforme a los principios del estado de necesidad) habría creído equivocadamente que “la destrucción del feto para salvar la vida de la madre estaría permitida incluso sin un examen cuidadoso de los presupuestos” (BGHSt 3, 7)—. Ese deber de examen y también la ubicación sistemática del error basada en él se rechazan hoy con carácter general y se consideran superados también desde el punto de vista de la jurisprudencia del BGH (cfr. acerca del deber de examen más detenidamente nm. 67, 81 ss.).

b) Toma de postura

aa) La discusión, sostenida “con verdadero refinamiento escolástico”⁷⁴, 62 ocupa en el tratamiento de estos casos todo el espectro entre el dolo y la imprudencia y apenas se puede ya abarcar en sus ramificaciones. Pero sólo es correcta la **teoría restringida de la culpabilidad**, y la idea políticocriminal en el fondo sencilla que la sostiene no debería perderse mediante complicadas construcciones⁷⁵. Quien supone circunstancias cuya concurrencia justificaría

⁷³ Cfr. además BGHSt 17, 87 (91); BGH NJW 1968, 1885; GA 1969, 23, 24; GA 1969, 117 s.; MDR 1979, 985; NSZ 1983, 500; BayObLG NJW 1955, 1848.

⁷⁴ Englisch, ZStW 70 (1958), 567.

⁷⁵ Yo ya había censurado “el caos de teorías” en JuS 1973, 202. Grünwald, Noll-GS, 1984, 183, ha demostrado que sobre todo las “variantes de la teoría restringida de la culpabilidad” (*supra* nm. 56 ss.) sólo sostienen en lo esencial una terminología diferente; cfr. tb. n. 87.

el hecho actúa en razón de una finalidad que es completamente compatible con las normas del Derecho. Lo que pretende es jurídicamente intachable no sólo según su opinión subjetiva —no decisiva—, sino también según el juicio objetivo del legislador ^{75a}. Si a tal sujeto se le reprocha un delito doloso o incluso —como hace la teoría estricta de la culpabilidad— se le somete al marco penal establecido para delinquentes dolosos, se borra la diferencia básica entre dolo e imprudencia. Actúa dolosamente quien se decide por una conducta que está prohibida por el ordenamiento jurídico (aun cuando no conozca esa prohibición). A quien sin embargo se guía por representaciones que también en un enjuiciamiento objetivo se dirigen a algo jurídicamente permitido, y produce un resultado indeseado por falta de atención y cuidado, le es aplicable el reproche de la imprudencia. Así sucede en el error sobre los presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación, que en consecuencia hay que equiparar a un error de tipo del § 16.

63 bb) La posición extrema opuesta, la **teoría estricta de la culpabilidad**, desconoce esta diferencia valorativa, cuando juzga el error de tipo permisivo como error de prohibición del § 17. Quien actúa en error de prohibición posee una falsa concepción del Derecho y lo injusto que sólo puede eximir de la pena completa del delito doloso en la medida en que sea disculpable. Se iguala una diferencia cualitativa elemental cuando se ubica en la misma categoría jurídica el error sobre el supuesto de hecho de quien está motivado por representaciones valorativas jurídicas correctas.

64 Naturalmente los partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad pretenden demostrar asimismo a la teoría restringida de la culpabilidad que ésta, con su aplicación analógica del § 16, equipararía errores que valorativamente hay que distinguir. Alegan lo siguiente: quien supone los presupuestos de una causa de justificación sabría siempre que realiza un tipo y que por tanto hace algo prohibido "en sí". Esta "función de llamada de atención del dolo típico" ⁷⁶ debería inducirle a un examen especialmente cuidadoso del supuesto de hecho; si lo omitiera, entonces el injusto de su conducta sería más grave que el de un error de tipo ordinario. Pero el argumento no se sostiene. En primer lugar, quien supone un supuesto de hecho justificante actúa según su representación de un modo exactamente igual de intachable que quien no quiere realizar ningún tipo; la situación supuesta neutraliza los impulsos de alarma y de inhibición que emanan normalmente del tipo ⁷⁷. "No se... comprende bien", dice con razón Dreher ⁷⁸, "por qué un ejecutor judicial que entra por la fuerza en una vivienda estaría llamado a un examen más cuidadoso de la situación

^{75a} Así tb. Puppe, *Stree/Wessels-FS*, 1993, 192.

⁷⁶ Así el título (en alemán: "Die Appellfunktion des Tatbestandsvorsatzes") del artículo de Naka, *JZ* 1961, 210.

⁷⁷ Engisch, *ZStW* 70 (1958), 599; Schaffstein, *OLG* *Calle-FS*, 1961, 183 s.

⁷⁸ Hemitz-FS, 1972, 215.

materal que un automovilista que viaja con su coche en mitad de un tráfico denso."

Pero además y sobre todo, la llamada a una conducta cuidadosa no surge **65** en absoluto en primer término de la realización del tipo, sino de la peligrosidad de la situación, que también insta a menudo con especial claridad la atención de quien actúa sin dolo ⁷⁹. Quien realiza una maniobra arriesgada de adelantamiento en el tráfico, quien entra en un pajar con una vela encendida, quien maneja un arma de fuego cargada o un explosivo cerca de donde hay personas, ha desoído llamadas muy insistentes a examinar la situación, cuando se produce una desgracia; y sin embargo actúa sólo imprudentemente. Frente a ello el que invoca un error de tipo permisivo puede alegar incluso en la mayoría de los casos que la representación de una situación de conflicto o necesidad que obligaba a una actuación rápida le ha impedido un examen más a fondo. En cualquier caso, no puede decirse que quien supone una situación justificante esté sujeto de modo general a llamadas a examen más enérgicas que quien en general en los demás casos crea riesgos no permitidos. Quien hace algo injusto porque no ha examinado con suficiente cuidado la situación actúa siempre sólo imprudentemente y no es un sujeto doloso.

Los partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad invocan además las **66** lagunas de punibilidad que se producen al no existir en la mayoría de los casos una conminación con pena de la imprudencia. Es cierto que los delitos imprudentes del Derecho vigente están concebidos en primer término para la imprudencia típica y no para la suposición errónea vencible de supuestos de hecho justificantes. Pero no se puede demostrar la necesidad polifuncional de castigar el error de tipo permisivo también en los casos en que es impune la imprudencia típica. Con razón afirma Jakobs ⁸⁰: "Si para la protección frente a los daños imprudentes es suficiente la obligación de indemnizar daños y perjuicios derivada de aquéllos, ésta también debería valer para la protección frente a daños producidos en la suposición errónea de v.gr. un estado de necesidad" ⁸¹. Si una destrucción todo lo temeraria que se quiera de bienes patrimoniales importantes no es abarcada por el § 303 [daños], constituye una clara contradicción valorativa el que conforme a la teoría estricta de la culpabilidad tenga que contar con el castigo por daños dolosos quien p.ej. para salvar una vida humana cree erróneamente tener que dañar una cosa ajena.

La única "laguna de punibilidad" que ha tenido en algún momento relevancia práctica en este ámbito existía antiguamente en el aborto (§ 218), que no es punible como delito imprudente. Dado que la interrupción del embarazo médicamente indicada se trataba como

⁷⁹ Muy bien al respecto Jakobs, *AT*², 11/47; en contra sin embargo Paefgen, *Arm. Kaufmann-GS*, 1989, 407.

⁸⁰ Jakobs, *AT*², 11/56.

⁸¹ Por eso la propuesta de Dreher de crear aquí en todos los casos conminaciones de pena propias para la imprudencia va demasiado lejos (cfr. núm. 58).

caso de estado de necesidad justificante antes de la nueva regulación por la 5.ª StrRG y la 15.ª StrAG, un médico que suponía erróneamente los presupuestos de la indicación médica o al que no se le podía refutar dicha suposición, no podía ser castigado, conforme a la teoría restringida de la culpabilidad. La teoría estricta de la culpabilidad siempre ha contado como una de sus ventajosas el poder castigar aquí por aborto doloso. El deseo de poder castigar indujo aquí también al BGH a apartarse de la concepción que en los demás casos defiende (cfr. nm. 61) y a los autores del P 1962 a establecer una regulación específica del error concebida para este caso (cfr. nm. 52). Podemos dejar a un lado la cuestión de si realmente existía una necesidad de pena para esos casos sobre la base del Derecho de la época. En cualquier caso el problema se ha resuelto hoy por la nueva regulación de la interrupción del embarazo.

68 El dolo de injusto que es necesario según la teoría restringida de la culpabilidad aquí sostenida abarca por tanto más que el **dolo típico** del § 16 I. Pertenecen al mismo el conocimiento de las circunstancias justificantes⁸². A la inversa, el dolo se excluye por la falta de conocimiento de los presupuestos del tipo legal y además por la suposición errónea de circunstancias de justificación. De este modo se trata por igual todas las circunstancias relevantes para la determinación del injusto. Quien yerra sobre una circunstancia de la que depende el injusto de su conducta no sabe lo que hace y obra sin dolo delictivo, porque aquello que se representa no merece desaprobación jurídica. Por el contrario, actúa en error de prohibición (§ 17) quien sabe lo que hace, pero cree erróneamente que puede actuar así.

69 Armin Kaufmann⁸³ ha objetado a esta concepción que, en virtud de la misma, el sujeto que actúa dolosamente debería representarse de modo actual en el momento de la comisión del delito; aparte de las circunstancias del tipo legal, siempre además la falta de todas las causas de justificación; como eso no sucede en la práctica, esa concepción habría de conducir a resultados indefendibles. Pero se trata de un intento inútil de refutación. Pues del mismo modo que el injusto objetivamente requiere, junto a la realización del tipo, sólo la ausencia de causas de justificación, también el dolo de injusto presupone, junto al conocimiento de las circunstancias del hecho, sólo la ausencia de suposiciones justificantes⁸⁴. Prescindiendo de ello, el autor conoce perfectamente también, en forma de "coconciencia" no reflexiva que surge de la situación y es por completo suficiente para la apreciación del dolo (cfr. § 12, nm. 107), la ausencia de circunstancias justificantes: quien a mala idea p.ej. planea dar una paliza a otro o destruir una cosa ajena desde luego ejecuta el hecho con representación de que va a agredir sin causa justificante.

70 cc) La teoría de los elementos negativos del tipo, al incluir los presupuestos de la justificación en el "tipo legal" como circunstancias negativas, alcanza mediante la aplicación inmediata del § 16 I el mismo resultado al que llega la teoría restringida de la culpabilidad con la analogía al § 16 I. No existen objeciones estructurales decisivas a esta concepción. Se mantiene también dentro del marco de una interpretación teóricamente admisible del § 16, puesto que el legislador ha dejado expresamente abierta la posibilidad de que

⁸² Por completo como aquí Kuhlén, 1987, 298 ss. (331).

⁸³ Armin Kaufmann, JZ 1955, 38; siguiéndole, Jescheck, AT⁴, § 41 III 2 a, y Paefgen, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 403.

⁸⁴ SK³-Rudolph, § 16, nm. 12; cfr. además Schünemann, GA 1985, 350.

"en el caso del error sobre los presupuestos de causas de justificación se trate de un error de tipo"⁸⁵. Pero presupone una estructura bipartita del delito, que reúne tipo y antijuridicidad en un "tipo global (o total) de injusto", contra la cual no habría nada que objetar desde el punto de vista de la teoría del error, pero frente a la cual existen en lo demás razones en contra (cfr. más detenidamente § 10, nm. 13-26). Por eso es más correcto separar el "tipo para el error" como objeto del dolo de injusto del "tipo sistemático" (cfr. § 10, nm. 1-6), extendiéndose el tipo para el error a todas las circunstancias que determinan el injusto, mientras que el tipo sistemático (el tipo legal del § 16 I) queda limitado a los elementos del tipo de delito que determinan el injusto de las descripciones de los hechos de la Parte especial.

dd) Tampoco la **teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas** se diferencia en su resultado práctico de la teoría restringida de la culpabilidad en lo que se refiere al tratamiento del error. Sin embargo, no convence su construcción, según la cual en caso de error de tipo permisivo existiría "injusto de la acción doloso", pero, en virtud del menor contenido de punibilidad, "se castigaría sólo por imprudencia"^{86,87}. La misma contradice el principio de que los conceptos jurídicos se han de definir conforme a sus consecuencias jurídicas. Un delito doloso es una conducta para la que en la ley está prevista la pena correspondiente al dolo; cuando en cambio se considera adecuada la pena del delito imprudente, no tiene ningún sentido llamar dolo a la forma de conciencia que conduce a ese castigo. La hipótesis del finalismo, que contribuyó esencialmente al surgimiento de la teoría estricta de la culpabilidad, de que el dolo estaría ontológicamente limitado al conocimiento de los elementos del tipo objetivo se puede considerar hoy refutada⁸⁸. Asimismo sería errónea la concepción de que el legislador habría establecido en el § 16 I el concepto de dolo decisivo para la teoría del error. El legislador sólo ha afirmado ahí que el error de tipo excluye el dolo; precisamente no ha querido excluir que otros errores tengan el mismo efecto (cfr. ya nm. 70). Tampoco es acertada la tesis de que un sujeto que actúa en virtud de la suposición errónea de presupuestos de justificación habría realizado un "injusto de la acción doloso"⁸⁹. Sin duda existe un injusto de la acción cuando

⁸⁵ BT-Drucks. V4095, 9. Tb. la Fundamentación del P 1962 quiso expresamente "dejar sin resolver" la cuestión de si es correcta la teoría de los elementos negativos del tipo. Últimamente de nuevo a favor de esta teoría de modo enérgico Schünemann, GA 1985, 351 ss.

⁸⁶ Formulación de Jescheck, AT⁴, § 41 III 2 d.

⁸⁷ Recientemente se formula una crítica aguda contra la teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas, que durante un tiempo fue casi dominante; así en Schünemann, GA 1985, 350 ("engendro dogmático"), Herzberg, JA 1989, 243 ss., y Arth. Kaufmann, Lacker-FS, 1987, 192 ss.

⁸⁸ Más detenidamente Roxin, ZStW 74 (1962), 515 ss. (= Grundlagentheorie, 72 ss.) [= Problemas básicos, 1976, 84 ss.; N. del T.].

⁸⁹ Así decididamente de nuevo Paefgen, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 405 ss.; exhaustivamente idem, 1979, 123 ss.

el error era vencible; pero ese desvalor consiste en una falta de atención y es por tanto injusto de la acción imprudente. El injusto de la acción dolosa presupone que el sujeto se haya impuesto como objetivo una conducta que el ordenamiento jurídico valore como injusto desde su perspectiva; y eso no sucede sin embargo en caso de error de tipo permisivo.

72 Es cierto que la teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas comporta una diferencia práctica frente a la teoría restringida de la culpabilidad en el campo que concierne no a la teoría del error, sino a la de la participación. La misma permite castigar por participación a quien dolosamente coopera en el hecho del que actúa en error de tipo permisivo; pues, aun cuando la conducta del que sufre el error no se castiga a partir del marco penal del dolo, la misma sigue siendo sin embargo, según esta teoría, una acción dolosa, y los §§ 26 y 27 no exigen más para la participación. Pero no es necesaria una teoría especial del error para resolver o solucionar este problema de participación. Los casos en cuestión son muy escasos, porque por regla general existe una autoría mediata, y por tanto no resulta en absoluto adecuada la punición por participación: quien, con pleno conocimiento del error, le entrega un revólver al que actúa en legítima defensa putativa se convierte en culpable de un delito de homicidio en autoría mediata, si el ejecutor no doloso mata de un disparo al supuesto agresor.

73 De este modo sólo quedan como "lagunas" los casos de error sobre el dolo del autor y sobre tipos que exigen una cualificación especial en el autor de la que no dispone el extraño. Si v.gr. en el ejemplo de la legítima defensa putativa quien entrega el revólver no conoce el error del que actúa de modo inmediato, no puede ser autor mediato, porque la falta le conciencia de su dominio del hecho, objetivamente existente; la teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas puede castigarle sin embargo como cómplice. Además, cuando un *extraneus* hace creer a un funcionario, el cual realiza el tipo de un delito de funcionarios, que concurre una situación justificante, su autoría mediata resulta imposible por no reunir la propiedad que el tipo exige al autor; sin embargo, la construcción de un autor que actúa dolosamente sigue dejando abierta la posibilidad de una punición por inducción. Sólo que: las "lagunas de punibilidad" que se producen aquí para la teoría restringida de la culpabilidad fueron creadas conscientemente por el propio legislador cuando en la nueva versión de los §§ 26 y 27 excluyó la posibilidad de participación en un hecho no doloso. Si estas "lagunas", que se producen con mucha mayor frecuencia en caso de error de tipo del que actúa de modo inmediato, se consideraran allí inocuas, no se entiende por qué habrían de ser intolerables en el caso del error de tipo permisivo.

74 El único caso de la práctica al que se refiere la teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas atañe a la constelación en que un

tercero indujo a un médico, haciéndole creer que el paciente le había exonerado del deber de guardar secreto, a la entrega de informaciones médicas (OLG Köln MDR 1962, 591 s.). Pero, según la concepción correcta (cfr. § 13, nm. 12 ss., 22), aquí falta ya el dolo típico en el médico que sufre el error: quien se cree amparado por el asentimiento del paciente no quiere quebrantar el deber de guardar secreto y lesionar así el bien jurídico típicamente protegido. Por tanto no se puede fundamentar la punibilidad del sujeto de atrás tampoco a través de la "sujeción" de la participación al dolo típico. Todos los supuestos de participación en un hecho cometido en error de tipo permisivo aducidos se han quedado hasta ahora por tanto en casos de cátedra o de laboratorio, lo cual no habla precisamente en favor de una necesidad perentoria de punibilidad.

Quien sin embargo considere que se da esta necesidad puede además satisfacerla, sin forzar la teoría del error, allí donde reside el problema: en el ámbito de la teoría de la participación. Basta con que interprete el concepto "dolosamente" de los §§ 26 y 27 sólo en el sentido del dolo típico. El que en la teoría de la participación se partiera del dolo típico, y en la teoría del error en cambio del dolo de injusto, se correspondería plenamente con las en cada caso distintas funciones de la exigencia de dolo.

ee) Con ello están indicadas también las razones que se puede aducir en contra de la **teoría de la culpabilidad independiente en cuanto a las consecuencias jurídicas**. Ni es adecuada para afirmar el dolo en caso de suposición errónea de circunstancias justificantes (cfr. nm. 71) ni hay motivo para prever unas consecuencias jurídicas distintas de las establecidas en los demás casos para la conducta imprudente.

c) 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 (§ 17). Su examen más detenido corresponde al ámbito de la responsabilidad (*infra* § 21, nm. 21 ss.). Aquí se trata sólo de delimitar esta forma específica de error de prohibición del error sobre los presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación, que hay que tratar de modo completamente diferente. Existe un error de permisión en primer lugar cuando alguien invoca una causa de justificación que el ordenamiento jurídico no reconoce. El estudiante que perturba o interrumpe la clase cree p.ej. que sus coacciones (§ 240) están permitidas por un "derecho de huelga"; una mujer se hace practicar un aborto (§ 218) por un curandero, creyendo que eso está autorizado por su "derecho de autodeterminación"; un funcionario admite regalos (§ 331) porque piensa que eso está permitido por

una causa de justificación del Derecho consuetudinario. Estos errores no modifican para nada la concurrencia de coacciones, aborto o cohecho dolosos; a lo sumo pueden excluir o atenuar la culpabilidad conforme al § 17.

78 Un subcaso del error de permisión es el **error sobre el límite de la permisión**. 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. P.ej. un padre inflige considerables malos tratos a su hijo, suponiendo que los mismos están amparados por el derecho de corrección de los padres; o alguien golpea a un agresor que ya está tumbado en el suelo, porque cree actuar en legítima defensa. En ambos casos hay que afirmar unas lesiones dolosas. El sujeto aprecia, para una supuesto de hecho conocido correctamente en sus datos objetivos, una causa de justificación que el Derecho no reconoce. Se halla por tanto en un error de permisión, que sin embargo se apoya en una causa de justificación existente, pero extendiéndola más allá de lo permitido por la ley. La creencia errónea de actuar conforme a Derecho sólo ha de contemplarse también aquí como error de prohibición (§ 17).

79 Los problemas de delimitación más difíciles se producen en los **"elementos de valoración global del hecho"** (más detenidamente § 10, nm. 45 ss.), que existen no sólo en el tipo (más detenidamente § 12, nm. 89 ss.), sino también en las causas de justificación. Un elemento de esa clase es p.ej. la "antijuridicidad" de la agresión en el § 32. Cuando alguien opone resistencia frente a una agresión objetivamente conforme a Derecho, suponiendo erróneamente que la agresión es antijurídica, ¿concorre un error excluyente del dolo sobre los presupuestos objetivos del § 32 o un error de permisión que hay que tratar como error de prohibición (§ 17)? Depende. Cuando alguien se defiende de una detención preventiva o provisional conforme al § 127 StPO, suponiendo erróneamente que los particulares no podrían detener a nadie, de modo que el proceder de quien le detiene constituiría una agresión antijurídica, el mismo se halla en error de prohibición. Pues, cuando cree poder oponer resistencia frente a tal detención, supone una causa de justificación que no existe. El error sobre la antijuridicidad de la agresión es aquí idéntico a la representación errónea sobre el Derecho y el injusto de la propia conducta. Cosa distinta sucede en cambio con el error sobre la antijuridicidad de la agresión que no atañe a la valoración del suceso global, sino a los hechos en los que se basa el juicio de antijuridicidad. Cuando un particular, a consecuencia de una confusión de personas, pretende, en su proceder conforme al § 127 StPO, detener a un inocente, y actúa luego en "legítima defensa" frente a la resistencia legítima de éste, tal error sobre la antijuridicidad de la agresión es un error de tipo permisivo excluyente del dolo. Pues, si el supuesto de hecho fuera como él se lo representa, su actuación estaría efectivamente amparada por legítima defensa.

Lo propio rige para la ponderación de intereses en el marco del § 34. Quien en un caso de colisión pondera los intereses de forma distinta a como lo hace el ordenamiento jurídico, y p.ej. cree que para salvar bienes patrimoniales, dado el caso, se puede infligir lesiones graves 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. Pues no emite un juicio jurídico global equivocado, sino que yerra, existiendo una ponderación de intereses jurídicamente acertada, sobre sus presupuestos objetivos. El principio antes desarrollado se confirma por tanto también aquí: los elementos de valoración global se han de dividir; 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, el error sobre la valoración global ha de tratarse como error de prohibición.

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

La jurisprudencia antigua, no abandonada hasta hoy, 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 justificante⁹⁰, para la salvaguarda de intereses legítimos (§ 193)⁹¹ y para distintos derechos relacionados con el ejercicio del cargo⁹². La doctrina científica ha rechazado en general tal deber de examen para el caso del estado de necesidad justificante (§ 34)⁹³, pero lo ha admitido en reiteradas ocasiones en los restantes casos y además en el consentimiento presunto, no tratado hasta ahora por la jurisprudencia⁹⁴. En la literatura científica la mayoría de las veces se halla tras ello la idea de que la justificación que atiende a un riesgo permitido o de a mera sospecha, que por tanto considera suficiente para la justificación en determinadas circunstancias una suposición equivocada, al menos debe requerir un examen cuidadoso por parte del que actúa. La jurisprudencia lo hace sobre todo para poder no obstante castigar por delito doloso en caso de errores sobre los presupuestos objetivos o materiales de estas causas de justificación (cfr. nm. 61); en efecto, si la punición por delito doloso no se excluye ya por la situación de justificación objetivamente existente y también subjetivamente supuesta por el sujeto, sino sólo al añadirse un examen conforme a deber, con mayor motivo la suposi-

⁹⁰ Cfr. RGSt 62, 138; 63, 227; 64, 104; 77, 116; BGHSt 1, 329; 2, 114 ss.; 3, 9; 14, 2.

⁹¹ RGSt 5, 124; BGHSt 14, 51.

⁹² RGSt 38, 375; 61, 299; 72, 311.

⁹³ En otro sentido sobre todo Blei, AT¹⁸, § 44 V.

⁹⁴ Muy influyente fue sobre todo Lenckner, H. Mayer-FS, 1966, 165 ss.; cfr. además Jescheck, AT⁴, § 41 III 3, 4; Lackner⁹⁵, § 17, nm. 17; Sch/Sch/Lenckner⁹⁶, antes del § 32, nm. 19; cfr. tb. Roxin, Welzel-FS, 1974, 453 ss.

ción errónea de una situación justificante no puede impedir la punición por dolo. De este modo el reconocimiento del deber de examen conduce en su resultado a la teoría estricta de la culpabilidad (cfr. al respecto nm. 59, 63 ss.).

82 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.

83 Las causas de justificación para las que con frecuencia se hace una excepción no merecen un tratamiento distinto⁹⁵. Cuando p.ej. un policía detiene preventivamente conforme al § 127 II StPO a alguien en quien concurren realmente indicios fundados de delito y una causa de arresto, no hay motivo para castigar por detenciones ilegales dolosas a quien practica la detención habiendo supuesto acertadamente estos presupuestos, sólo porque no examinó con el suficiente cuidado si existían los presupuestos para la detención. Ello no significa que un policía siempre haya de ser ya absuelto por falta de dolo de una acusación por detenciones ilegales cuando p.ej. lleva a cabo injustamente una detención del § 127 II StPO en virtud de indicios vagos⁹⁶. Pues cuando toma unos indicios vagos por unos indicios fundados de delito que facultan a la detención, se trata de un error de subsunción que conduce únicamente a un error de prohibición (§ 17). El dolo sólo se excluye cuando el policía se representa unas circunstancias verdaderamente concretas que justifican una detención provisional o preventiva; castigarle en tal caso, si el error es vencible, por delito doloso del § 239 sería sin embargo también inadecuado.

84 Tampoco en el consentimiento presunto⁹⁷ —por citar tan sólo este ejemplo— se excluye ya el dolo cuando alguien que v.gr. castiga (para corregirle) a un niño ajeno o abandona el lugar de un accidente supone por negligencia o ligereza, sin especiales indicios, que los padres del niño o el propietario del coche por el dañado estarán de acuerdo con su conducta. Por el contrario, hay que castigar aquí también, conforme a la teoría restringida de la culpabilidad,

⁹⁵ Cfr. sobre todo Rudolphi, Schröder-GS, 1978, 73 ss.; Zielinski, 1973, 271 ss.; además Jakobs, AT², 11/24 ss.; SK³-Samson, antes del § 32, nm. 44 ss.

⁹⁶ Más detenidamente al respecto Rudolphi, Schröder-GS, 1978, 94 s.

⁹⁷ Más detenidamente al respecto Roxin, Welzel-FS, 1974, 458 ss.

por un delito de lesiones (§ 223) o de fuga del lugar del accidente (§ 142); existe una exclusión del dolo sólo cuando quien actúa se ha representado unas circunstancias concretas que, según parámetros jurídicos, permitan concluir que existe un consentimiento presunto. Por tanto, sobre el dolo no decide lo que el sujeto haya examinado, sino lo que se haya representado. Sin embargo, quien no examina en absoluto las circunstancias justificantes, en muchos casos tampoco se las habrá representado en concreto y no actúa por ello sin dolo.

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 § 34 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. No existe por tanto, a pesar de la valoración de la situación, un estado de necesidad putativo, sino un verdadero estado de necesidad. Algo similar sucede en el consentimiento presunto. Cuando hay indicios suficientes que indican que el titular del bien jurídico está de acuerdo con la ingerencia en su esfera, si el sujeto actúa confiando en ello, el que el titular del bien jurídico en realidad no aprobara en modo alguno la intromisión en nada modifica el consentimiento presunto; existe entonces una justificación real y no meramente putativa. Incluso en la legítima defensa se suscitan estas cuestiones. En una agresión aparente (v.gr. con una pistola descargada), ¿hay que apreciar una situación de defensa real o sólo supuesta? ¿Hay que determinar lo que era "necesario" para defenderse según las circunstancias reales o según lo que el agredido conoce o podría conocer en el momento de la defensa?

En la medida en que se tengan en cuenta circunstancias inseguras en beneficio del agente —lo cual también puede ser distinto en cada caso—, la dificultad radica en el problema de a partir de qué límite un enjuiciamiento erróneo de la situación o de su evolución puede transformar la justificación en una justificación putativa que se ha de tratar conforme a las reglas del error. ¿Hay que enjuiciar p.ej. la cuestión de si existe un peligro en el sentido del § 34 desde la perspectiva subjetiva del que se ingiere, desde la valoración de una persona cuidadosa del sector de la vida del que actúa o desde el punto de vista de un experto provisto del mayor conocimiento de su época? Y, ¿conforme a qué parámetros hay que determinar cuándo hay que apreciar un consentimiento presunto aun en caso de voluntad discrepante del titular del bien jurídico en el momento de la ingerencia? No se puede dar una respuesta unitaria a estas cuestiones. Sólo se pueden responder según las peculiaridades de las distintas causas de justificación y desde el contexto del correspondiente

elemento prospectivo ⁹⁸. En cualquier caso, el estado actual de la discusión, aún no clarificada en muchos puntos, no permite la formulación segura de principios generales. Sin embargo "de momento" hay que atenerse a la idea de que es inadmisibles recurrir a las reglas del error cuando la falta de certeza de un juicio que hay que emitir *ex ante* —y que hay que decidir conforme a muy distintos criterios— pasa a formar parte del supuesto de hecho justificante ⁹⁹. Aun cuando el sujeto suponga erróneamente los presupuestos de una causa de justificación, sigue no obstante sin realizar un injusto imprudente, si observa en esa situación el cuidado exigible en el tráfico ^{99a}.

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

87 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 ¹⁰⁰. El BGH resolvió una vez un caso en el que un conductor se abalanzó sobre tres hombres que le cerraban el paso, porque "(consideró) posible que le fueran a dar una paliza" (BGH VRS 40 [1971], 104, 107); el BGH apreció en el sujeto una legítima defensa putativa. Pero esto es difícilmente correcto. Pues quien sólo considera posible una agresión actual cuenta seriamente también con la posibilidad de que se trate de un suceso inocuo, de modo que hay que atribuirle por tanto un *dolus eventualis*. Si por el contrario confía en la concurrencia de una causa de justificación, se debería apreciar un error de tipo permisivo ^{100a}.

88 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. Un policía que considera sólo posible que una persona observada por él sea el delincuente buscado y que hay que detener conforme al § 127 II, no puede por tanto detener al azar, sino que debe examinar más detenidamente el supuesto de hecho, antes de, en su caso, proceder a la detención. Si actúa a la buena de Dios, se le ha de castigar por detenciones ilegales dolosas, si atrapa a un inocente; si casualmente cap-

⁹⁸ Jakobs, AT², 11/7-15, intenta una panorámica global muy sugerente.

⁹⁹ Una concepción desarrollada sobre todo por Arm. Kaufmann, Welzel-FS, 1974, 401 s., pretende determinar *ex ante* todos los elementos de justificación. De acuerdo Rudolph, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 382 ss. Desde luego no es concluyente su argumento de que se trata de la determinación de los requisitos jurídicos penales de la conducta, porque el injusto típico que hay que justificar abarca tb. el resultado (cfr. § 10, nm. 100). Esta opinión no tiene suficientemente en cuenta el aspecto del injusto como norma de valoración. Con dudas tb. Paefgen, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 420.

^{99a} De este modo me parece que desaparece la contradicción constatada por Herzberg, Stree/Wesels-FS, 1993, 212, entre lo expuesto *supra* y mis explicaciones en la Pfeiffer-FS, 1988, 51.

¹⁰⁰ La primera investigación a fondo la ofrece Warda, Lange-FS, 1976, 119 ss.; prosiguiéndola Jakobs, AT², 11/28 s.; Schroth, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 604 ss.; además LK²-Baldus, § 53, nm. 51; cfr. tb. Arzt, Jescheck-FS, 1985, 396 ss.; Seier, JuS 1986, 220 s.

^{100a} Schroth, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 608.

tura al que correspondía, no hay sin duda desvalor de resultado, pero sí subsiste una tentativa (en su caso punible por el § 240 III) ¹⁰¹. De manera análoga, alguien que ve a un hombre que salta sobre él, del que no sabe si es un ladrón o un corredor de obstáculos entrenándose, deberá asegurarse en la medida de lo posible; si "por sospecha" mata de un disparo a un deportista, es penalmente responsable por homicidio doloso.

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 ¹⁰². Si p.ej. alguien ve zozobrar una barca de vela en la mar agitada y fuerza un almacén para apresurarse a auxiliar a los accidentados con una lancha motora, porque desconoce si sabrán nadar lo bastante bien como para salvarse por sus propios medios ¹⁰³, existe en todo caso —como quiera que suceda en realidad— un peligro (acerca del concepto de peligro en el § 34, cfr. § 16, nm. 9 ss. [15]). El mismo justifica las acciones típicas (§§ 303 y 123) conforme a los §§ 904 BGB y 34, aun cuando posteriormente se demuestre que los náufragos habrían estado en condiciones de ponerse a salvo sin ayuda ajena.

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. Cuando alguien no sabe si la figura que se le aproxima en circunstancias sospechosas es un asesino o un perturbado mental inofensivo y cualquier titubeo le puede costar la vida, no se le podrá exigir que asuma el grave riesgo de dejarse quitar la propia vida. Si el que se siente amenazado empuña la navaja o el revólver, sólo hay que apreciar una exculpación según el § 35. La situación no puede variar (teóricamente ¹⁰⁴) en nada si posteriormente se demuestra que en realidad existía una agresión peligrosa, que habría otorgado a la víctima un derecho de defensa si la víctima no hubiera actuado sobre la base de una sospecha incierta para él mismo. Pero en su resultado

¹⁰¹ Cuya persecución naturalmente no tendrá lugar por la ausencia de interés público y por las dificultades probatorias; cfr. al respecto además n. 104.

¹⁰² Cfr. tb. Jakobs, AT², 11/29; en otro sentido Warda, Lange-FS, 1976, 119 ss., quien sólo contempla una exculpación suprallegal. Schroth, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 609 s., pretende apreciar un error de tipo permisivo "cuando las acciones de ingenuidad fueran necesarias desde la perspectiva del sujeto y estuviera salvaguardada la proporcionalidad de los intereses". Ello conduce a resultados similares a los de la concepción aquí defendida, con la diferencia de que, según mi concepción, se puede apreciar, en su caso, no sólo una justificación putativa, sino una justificación real conforme al § 34. Tampoco en el ejemplo de Schroth de la agresión con un arma simulada existe en mi opinión una legítima defensa putativa, sino una verdadera situación de legítima defensa, en la que un disparo defensivo es "necesario" (cfr. § 15, nm. 45).

¹⁰³ Ejemplo de Warda, Lange-FS, 1976, 126.

¹⁰⁴ En la práctica, en tales casos los tribunales llegarán a la admisión de una legítima defensa por razones de prueba, puesto que no se podrá refutar la alegación de que el agredido no ha considerado seriamente el carácter inofensivo del agresor.

tal exculpación equivale en este caso a una justificación, dado que el agresor antijurídico no puede reivindicar un derecho de defensa legítima.

5. Los elementos subjetivos de justificación

91 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 1 ¹⁰⁵. 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.

Ejemplo 2 ¹⁰⁶. El ciclista C se acerca por detrás a la señora S, con la intención de arrebatárle el bolso al pasar a su lado. Poco antes de alcanzarla, el paseante P, encolerizado por un motivo fútil, le da un empujón. C se cae, se lesiona en una pierna, ve dañada su bicicleta y ya no puede realizar su plan. P ha previsto y querido las dos consecuencias dañosas.

Ejemplo 3: A perturba o interrumpe el servicio de culto religioso (§ 167) y hace que los asistentes abandonen la iglesia al dar fuertes gritos de que se ha declarado un gran incendio en el lugar. A había recibido esa información en la calle, pero la había tomado erróneamente por una gamberrada en la que pretendía tomar parte.

92 Los casos describen una situación de legítima defensa (ej. 1), de legítima defensa de terceros (ej. 2) y de estado de necesidad (ej. 3), de la que sin embargo el sujeto no sabe nada. Plantean al enjuiciamiento jurídico tres problemas: ¿depende en alguna medida la justificación de elementos subjetivos? (a continuación apartado a). Si así es: ¿qué presupuestos o requisitos materiales hay que exigir de los elementos subjetivos de justificación? (apartado b). ¿Qué efectos tiene, si se exigen elementos subjetivos de justificación, su falta: la pena del delito consumado o la de la tentativa? (apartado c). 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 necesidad de elementos subjetivos de justificación

93 Una concepción anteriormente ampliamente difundida ¹⁰⁷, pero hoy defendida casi sólo ya por Spendel ¹⁰⁸, se fija exclusivamente en si la actuación del

¹⁰⁵ LK^U-Spendel, § 32, nm. 140.

¹⁰⁶ Herzberg, JA 1986, 190.

¹⁰⁷ Referencias en LK^U-Spendel, § 32, nm. 138, n. 275.

¹⁰⁸ Spendel, DRiZ 1978, 327, idem, Bockelmann-FS, 1979, 245; idem, LK^U, § 32, nm. 138 ss.; idem, Oehler-FS, 1985, 197; siguiéndole Rohrer, JA 1986, 363 (en contra Herzberg, JA 1986, 541).

sujeto está objetivamente amparada por una situación de justificación. Renuncia por tanto a cualquier criterio subjetivo y llega en los tres ejemplos 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 inidonea es punible (§§ 22 y 23 III) ¹⁰⁹, la citada solución no es ya sostenible como mínimo desde el momento en que pretende justificar totalmente el hecho del sujeto ¹¹⁰. Pues es evidente que quien actúa ha tenido dolo de cometer un delito y lo ha traducido —según su representación— en acciones ejecutivas. Es discutible si las mismas están consumadas o sólo intentadas (cfr. nm. 101 ss.). Pero en cualquier caso no puede ser conforme a Derecho una conducta que, sobre la base de la representación del sujeto, constituye la realización de un delito. Desde el punto de vista de la concepción del injusto hoy dominante y aquí también defendida (cfr. § 10, nm. 88 ss.), una conducta sólo puede ser además conforme a Derecho si desaparecen tanto el desvalor de la acción como el del resultado; y aquí sin embargo subsiste al menos el desvalor de la acción en toda su extensión.

b) Los presupuestos materiales de los elementos subjetivos de justificación

Según la opinión aquí defendida ¹¹¹, ya dominante ¹¹², para la justificación **94** 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. Quien derriba a golpes al agresor de una forma que se corresponde con el § 32 está por tanto justificado, aun cuando no le haya motivado la finalidad de defensa, sino la ira; quien en legítima defensa de terceros correcta lesiona al agresor actúa justificadamente, aun cuando lo que le importe sea no la protección de la víctima, sino el castigo

¹⁰⁹ Aquí halla acertadamente tb. Frisch, Lackner-FS, 1987, 126 ss., el punto de vista decisivo.

¹¹⁰ Discusión crítica con Spendel sobre todo en Pritwitz, Jura 1984, 74 (en contra Spendel, Oehler-FS, 1985, 197) y Herzberg, JA 1986, 190 (200 ss.).

¹¹¹ Desarrollé ya esta concepción para el caso de la legítima defensa en ZStW 75 (1963), 541 ss. (562 ss.); expresamente de acuerdo ahora Frisch, Lackner-FS, 1987, 137.

¹¹² Bockelmann/Volk, AT⁴, § 15 B I 2 e; Burgstaller, 1974, 175 s.; Frisch, Lackner-FS, 1987, 135 ss.; Gallas, Bockelmann-FS, 1979, 176, com. 56; Hruschka, StraR², 437; Jakobs, AT², 11/20; Lackner 20, antes del § 32, nm. 6 (en otro sentido la 17.^a ed.); Loos, Oehler-FS, 1985, 235 s.; Otto, AT⁴, 105 s.; Pritwitz, GA 1980, 384 ss.; Rudolph, Maurach-FS, 1972, 57 s.; Sch/Sch/Lenckner²⁴, antes del § 32, nm. 14; Schünemann, GA 1985, 371; Stratenwerth, AT³, nm. 488 ss.; Zielinski, 1973, 233 ss., 252.

En cambio no es contundente la apelación al tenor literal opuesto a esta 97

concepción sobre todo de los §§ 32 y 34. Cuando el § 32 exige una defensa "que sea necesaria para repeler... una agresión antijurídica actual", con la "expresión para" se describe una "propiedad de la acción defensiva objetiva, pero no una intención de quien actúa" 119. Ello es aún más claro en el § 904 BGB ("cuando la intervención... sea necesaria y el daño que amenaza... sea desproporcionadamente mayor"). Por otro lado el § 34 efectivamente posee una formulación de resonancias subjetivas, que parece atender a la motivación salvadora ("quien... comete un hecho, para evitar... el peligro"), y sin embargo no hay ningún motivo razonable para pronunciarse aquí de modo diferente a como se ha hecho en el § 32 o incluso en el paralelo § 904 BGB, de modo que debe adoptarse una interpretación teleológica más allá del tenor literal 120. Quien dolosamente salvaguarda intereses sensiblemente preponderantes con medios adecuados actúa de manera jurídicamente intachable, sean cuales sean sus ulteriores finalidades y motivaciones. Puesto que se trata de una ampliación de la justificación, el principio *nullum crimen* no supone un obstáculo a tal interpretación.

Tampoco resulta correcto explicar la necesidad de una finalidad de justifi-

cación mediante "el momento final de la causa de justificación" 121 o señalando que, para una concepción personal del injusto, "el propósito del sujeto debe coincidir con la intención de la norma permisiva", porque sólo bajo este supuesto se "anularía el desvalor de acción del hecho" 122. Pero finalidad es dolo y no una motivación que vaya más allá de él 123, y, si el desvalor de la acción sólo presupone el dolo, no se comprende por qué, para su anulación, se ha de exigir más que un dolo que abarque las circunstancias justificantes.

A medio camino entre la opinión aquí defendida de que basta la actuación 99 con conocimiento de la causa de justificación (nm. 94) y la posición contraria, que exige una intención de justificación (nm. 95), se halla la concepción de Alwart 124. Según ella el sujeto ha de actuar **porque** se da una situación justificante, pero no por motivo de la justificación. Por tanto, si alguien derriba a golpes al agresor en legítima defensa objetivamente adecuada sólo porque éste ha maltratado antes a su prometida 125, debe castigarse, porque no ha golpeado debido a la agresión subsistente, sino por otras razones. En cambio,

119 Loos, Oehler-FS, 1985, 236, invocando a Waider, 1970, 93 s.; en Waider se documenta de forma completa tb. por lo demás la doctrina y jurisprud. antiguas.

120 Como aquí: Jakobs, AT³, 11/20; n. 30; Loos, Oehler-FS, 1985, 236; Frisch, Lackner-FS, 1987, 116 ss.

121 LK¹⁰ Hirsch, antes del § 32, nm. 56.

122 Jescheck, AT⁴, § 31 IV 1.

123 Loos, Oehler-FS, 1985, 232, n. 30.

124 Alwart, GA 1983, 433; así, en su punto de partida, ya Geilen, Jura 1981, 310 s.; desarrollando la concepción de Alwart, Steinbach, 1987.

125 Así BGH MDR (D) 1969, 16; Alwart, GA 1983, 435, 448.

o corrección del agresor; y quien lleva a la víctima gravemente herida desde el lugar del accidente al hospital está amparado por el § 34, aun cuando no estuviera motivado por la finalidad salvadora, sino por la intención de eludir las pesquisas policiales 113.

95 Frente a ello, la jurisprud., siguiendo al RG 114, exige la motivación del sujeto por la finalidad de justificación. Naturalmente, no se requiere que la misma sea el único motivo del sujeto. En BGHSt 3, 194, se dice que quien se defiende puede invocar legítima defensa aun "cuando su conducta esté codeterminada además por la ira hacia el agresor, siempre y cuando no desaparezca completamente a la vez la voluntad de defensa". BGHSt 5, 245 (247), reza: "El agredido ha de... actuar con voluntad de oponerse a la infracción del Derecho. Es inessential el que a la vez persiga otras intenciones." Y BGH GA 1980, 67, corrobora: "La voluntad de defensa no se excluye por el hecho de que, junto a la finalidad de oponerse a la lesión del Derecho, desempeñen un papel móviles de otra clase (como el odio, la ira, la furia o la búsqueda de venganza), siempre y cuando no releguen por completo a un segundo plano la finalidad de defenderse de la agresión" 115. Esta opinión es seguida por una parte considerable de la doctrina científica 116.

96 Hay que oponerse a la opinión de que para la justificación sea preciso algo más que la comprensión de los límites objetivos de la justificación y el conocimiento de la situación de justificación. En primer lugar, no tiene sentido exigir una voluntad, cuya "completa desaparición" no puede probarse prácticamente nunca; no es casualidad que todas las resoluciones citadas hayan llegado a la justificación, a pesar de existir otros motivos dominantes en el sujeto. Por otro lado, el castigar a quien produce dolosamente una situación conforme a Derecho sólo porque no hace lo permitido con la actitud interior "correcta" conduce a una pena, prohibida, por la actitud interna 117. Además, en casos de legítima defensa de terceros y de auxilio necesario, a menudo se exige por el § 323 c una actuación salvadora 118. La actuación exigida no puede ser punible porque esté guiada por una motivación ajena al salvamento; pues, si no, el sujeto resultaría penalmente responsable a la vez por hacer y por omitir.

113 Cfr. acerca del último caso Sch/Sch/Lenkner¹⁴, § 34, nm. 48.

114 RG GA 45 (1897), 272; RGSt 54, 196 (199); 56, 259 (268); 60, 261 (262).

115 Cfr. además BGH MDR (D) 1969, 16; MDR (D) 1972, 16; MDR (H) 1979, 634; NSZ 1983, 117.

116 Sobre todo Dreher/Tröndle¹⁶, § 32, nm. 14; LK¹⁰ Hirsch, antes del § 32, nm. 53 ss.; Jescheck, AT⁴, § 31 IV 1, 2; no muy claramente Schmidhäuser, StUB AT³, 6/21 ss.; Blei, AT¹⁸, § 36 III. Diferenciando Maurach/Zipf, AT¹⁸, 25/24 ss. Acerca del estado de la polémica en el Derecho austriaco Triffler, Oehler-FS, 1985, 209 ss.

117 Cfr. Roxin, ZStW 75 (1963), 563.

118 Al respecto Loos, Oehler-FS, 1985, 231 s.

debe tener lugar la justificación cuando el golpe es una reacción a la agresión subsistente, aunque la motivación sea la de infligir daños al agresor. Pero tales diferenciaciones sutiles no son reconstruibles en el ámbito forense. Además Alwart borra la diferencia decisiva, que consiste en si una lesión infligida por indignación se inflige con conciencia de una situación justificante o no ¹²⁶. En el primer caso, sólo una actitud interna del sujeto podría servir de fundamento al castigo, mientras que en el segundo existe un sólido desvalor de la acción. La consideración de Alwart de que no parece excluido que el sujeto, faltando el "motivo por el cual", se "hubiera vuelto contra el agresor aun cuando éste hubiera renunciado a posteriores agresiones tras lesionar a la mujer" ¹²⁷, no puede fundamentar punibilidad alguna, pues se basa en una pura conjetura y atañe a otro caso.

100 Una excepción sólo aparente al principio de que el elemento subjetivo de justificación presupone sólo el dolo de justificación, es decir, la actuación con conocimiento de la situación justificante, y no ulteriores opiniones y finalidades la constituyen las llamadas por Lampe ¹²⁸ causas de justificación mutiladas de dos actos, entre las cuales el ejemplo paradigmático lo ofrece el § 127 StPO. Cuando alguien detiene a otro dándose los requisitos del § 127 StPO, sólo está de hecho justificado cuando lo hace para conducirlo para su procesamiento penal. Sin embargo esto se basa en que ya objetivamente el desvalor del resultado de las detenciones ilegales existentes en la detención sólo se elimina desde el momento en que sea el paso previo a ponerle bajo custodia oficial. Y el sujeto debe haberse representado esto. El mismo está justificado, aun cuando no haya procedido a la detención en interés de la persecución penal, sino p.ej. sólo para deshacerse de un adversario ¹²⁹.

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

101 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 nuestros ejemplos de partida (nm. 91) procede ampliamente la impunidad (prescindiendo de los daños del ej. 2 del nm. 91). 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 funda-

¹²⁶ Cfr. tb. Frisch, Lackner-FS, 1987, 137 s.

¹²⁷ Alwart, GA 1983, 448.

¹²⁸ Lampe, GA 1987, 7; ya Lackner había aludido a la constatación desde la 18.ª ed. del Sch/Sch (cfr. ahora Sch/Sch/Lenkner²⁴, antes del § 32, nm. 16).

¹²⁹ Similar Frisch, Lackner-FS, 1987, 145 ss.; Loos, Oehler-FS, 1985, 237 ss.; Jakobs, AT², 11/21.

mentar una tentativa. Se trata aquí de una aplicación directa y no sólo analógica de las reglas de la tentativa ¹³⁰.

Frente a lo anterior, una concepción que va perdiendo influencia ¹³¹ aprecia **102** un delito consumado. Se alega como argumento principal el de que con una mera punición por tentativa "se abandona el suelo de la realidad. Pues se ha producido el resultado típico" ¹³². A ello hay que oponer ¹³³ que lo que fundamenta el desvalor del resultado no es el resultado típico, sino el resultado de injusto; y sin embargo eso es lo que falta aquí. Tampoco se puede admitir que la solución de la tentativa conduzca a lagunas de punibilidad. Pues cuando el legislador renuncia a la punición de la tentativa, el dolo malo en una conducta objetivamente adecuada no es más merecedor de pena que cuando falta el resultado típico. Además, sólo apreciando una tentativa inidónea se puede explicar ¹³⁴ el que no sea posible defenderse frente al hecho de quien actúa objetivamente en el marco de la justificación (nm. 93); pues contra una tentativa inidónea no cabe legítima defensa (más detenidamente § 15, nm. 9). Por el contrario, la consumación de un delito debería poder ser impedida mediante legítima defensa.

Cosa distinta sucede sin embargo en las causas de justificación mutiladas **103** de dos actos (nm. 100) ¹³⁵. Quien detiene a alguien dándose los requisitos del § 127 StPO, sin pretender conducirlo para su procesamiento penal, responde penalmente por detenciones ilegales consumadas (§ 239). Pero nuevamente ello no constituye una excepción, sino que se deriva de que ya objetivamente sólo falta el desvalor del resultado cuando la detención particular aparece como paso previo a la custodia oficial.

¹³⁰ Roxin, 1959 (21970), 160 s. [= Teoría del tipo penal, 1979, 252 ss.; N. del T.]; en este sentido tb. Frisch, Lackner-FS, 1987, 138 ss.; Herzberg, JA 1986, 191 ss.; Hruschka, GA 1980, 16 s.; Nowakowski, ÖJZ 1977, 578; Prittwitz, Jura 1984, 76; Rudolph, Maurach-FS, 1972, 58; Schünemann, GA 1985, 373; SK² Samson, antes del § 32, nm. 42. A favor de la analogía p.ej. Jescheck, AT¹, § 31 IV 2; Maurach/Zipf, AT¹, 25/34; Sch/Sch/Lenkner²⁴, antes del § 32, nm. 15; Stratenwerth, AT², nm. 494; Wessels, AT²³, § 8 I 2. Poco claros, pero tb. a favor de la tentativa, Jakobs, AT², 11/23; Biele, AT¹⁸, § 36 III 2. En la jurisprud., a favor de la tentativa: KG GA 1975, 213 (215).

¹³¹ BGHS; 2, 111 (114 s.), para un caso de estado de necesidad: Alwart, GA 1983, 454 s.; Dreher/Fröndle⁴⁰, § 32, nm. 14; LK¹⁰-Hirsch, antes del § 32, nm. 59; Paeffigen, 1979, 156; Schmidhäuser, StUB AT², 6/24; Zielinski, 1973, 259 ss.; en gran parte tb. Gallas, Bockelmann-FS, 1979, 172 ss.

¹³² LK¹⁰-Hirsch, antes del § 32, nm. 61.

¹³³ Con especial contundencia contra la solución de la consumación Herzberg, JA 1986, 193 s.; Frisch, Lackner-FS, 1987, 138 ss.

¹³⁴ Cfr. Jakobs, AT², 11/22.

¹³⁵ Lampe, GA 1978, 10; Sch/Sch/Lenkner²⁴, antes del § 32, nm. 16 a; Schünemann, GA 1985, 374; Stratenwerth, AT², nm. 495; Wolter, 1981, 158.

IX. Los efectos de las causas de justificación

104 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.

Günther¹³⁶ pretende hacer una excepción con las que denomina genuinas causas de exclusión del injusto penal, que no excluyen la "antijuridicidad" de la agresión en el sentido del § 32 II, puesto que las mismas "sólo contradicen el indicio de injusto penal contenido en el tipo penal", pero pese a ello pueden ser antijurídicas "en el sentido de la totalidad del ordenamiento jurídico". Por eso habrá que examinar independientemente en cada caso "si la agresión del sujeto estaba jurídicamente aprobada o si sólo le falta un contenido de injusto merecedor de pena", y en el último caso se tratará según él de una agresión antijurídica susceptible de legítima defensa. Pero esta posición no se puede aceptar, puesto que no se pueden admitir tales causas de exclusión del injusto penal (nm. 2). Para la justificación basta con la tolerancia legal de una conducta por el Derecho penal. Y en los raros casos en que una conducta justificada jurídicamente infrinja normas de otro campo del Derecho, bastarán las sanciones de éste (p.ej. sanción disciplinaria, compensación patrimonial) para reparar la infracción. Para ello no es precisa una legítima defensa, que en realidad convertiría la "causa de exclusión del injusto penal" en una "causa de exculpación". Es cierto que existen --cfr. nm. 106-- casos en los que no se tiene por qué soportar una conducta conforme a Derecho, sino que cabe protegerse frente a ella; pero en esos casos se trata de problemas de estado de necesidad (§ 34), y no de constelaciones de legítima defensa.

105 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 --con la excepción expuesta en nm. 106--, sin poder invocar otras causas de justificación para efectuar una defensa lesiva de bienes jurídicos. Por tanto, quien p.ej. se ve en peligro por una acción de legítima defensa, ciertamente no tiene que ofrecer su cabeza, sino que puede sustraerse a la "defensa agresiva" del sujeto al que ha agredido; pero lo que no puede es invocar, en vez de la legítima defensa que tiene totalmente vedada, el estado de necesidad justificante (§ 34) en el caso de que, para evitar graves daños a su propia persona, lesione físicamente en "defensa contra la defensa" a la persona inicialmente agredida por él; por el contrario, en tal caso se le deberá castigar por lesiones dolosas.

106 No obstante, en algunos casos habrá que admitir una excepción --aunque se dará raras veces en la práctica-- en causas de justificación que atienden a circunstancias inciertas o futuras, cuando alguien posea un conocimiento especial sobre la verdadera situación de hecho que prive de su fundamento a la actuación justificada. "Quien por casualidad sepa que los síntomas de una grave enfermedad en una persona que se ha desvanecido son sólo simulados, podrá impedir con moderada energía que se avise al servicio de urgencias, sin incurrir por ello en responsabilidad penal por coacciones"¹³⁷. Nada se opone

¹³⁶ Günther, 1983, 380-385 (383 s.).

¹³⁷ Jakobs, AT², 11/13.

a una justificación de la acción de impedir que se mantenga dentro del marco del § 34 --lo que aquí significa: dentro de límites muy estrictos, que no permiten lesionar al salvador putativo--, porque el estado de necesidad no presupone una agresión antijurídica, sino un peligro que no se pueda contrarrestar de otro modo. Situaciones similares pueden producirse p.ej. en el consentimiento presunto, si por casualidad llega alguien que conoce la verdadera voluntad contraria del titular del bien jurídico. Lo infrecuente de tales posibilidades de defensa no se debe sólo a que por regla general no estarán presentes personas con dicho conocimiento especial, sino sobre todo a que el sujeto que conoce mejor la situación naturalmente lo primero que tendrá que hacer es aclararle la situación fáctica real a la persona dispuesta a ayudar, y tras ello en la mayoría de los casos no procederá ya la propia causa de justificación. Por tanto sólo quedan algunos casos en los que ya no es posible una aclaración en una situación de necesidad putativa que se está agudizando o en que la explicación no resultaría creíble.

Sin embargo, incluso esa posibilidad sumamente limitada de impedir la actuación de quien obra justificadamente desaparece allí donde el propio ordenamiento jurídico ya ha previsto posibilidades institucionalizadas de rectificación. La persona que sea detenida conforme a Derecho en virtud de un orden de arresto no se puede defender contra el mismo ni siquiera aunque sepa con certeza que es inocente; pues para revisar la base fáctica en que se apoya la privación de libertad ya están previstos el recurso de queja contra el arresto y el procedimiento de revisión del arresto (§§ 117 ss. StPO). La situación será distinta si el mejor conocimiento del afectado sólo se podría hacer valer --y con resultado dudoso-- por la vía de la querrela: así la víctima inocente de una difamación no a sabiendas (§ 186) puede defenderse contra su publicación dentro de los comedidos límites trazados por el § 34, incluso aunque la difamación esté amparada por la salvaguarda de intereses legítimos (§ 193)¹³⁸.

108 Similar concepción mantiene Lenckner¹³⁹, que en las causas de justificación por riesgo permitido (p.ej. consentimiento presunto, salvaguarda de intereses legítimos) sólo reconoce una "simple facultad de actuación" en vez del derecho de intromisión que se concede en otros casos y admite en su caso contra la misma, coincidiendo con lo antes expuesto, una defensa conforme al § 34. Pero no lo admite respecto del estado de necesidad justificante --cfr. el caso del simulador, nm. 106-- debido a que mantiene un concepto distinto del peligro. Sobre ello entraremos en más detalles en su momento.

109 Tampoco existe un derecho de intromisión cuando una conducta que amenaza provocar un desvalor del resultado es conforme a Derecho sólo porque no infringe el cuidado requerido en el tráfico. Así puede suceder si alguien, pese a observar la conducta ordenada en el tráfico, pone en peligro a otro, o

¹³⁸ Cfr. Sch/Sch/Lenckner²⁴, antes del § 32, nm. 12; § 34, nm. 31.

¹³⁹ Sch/Sch/Lenckner²⁴, antes del § 32, nm. 10-12.

si alguien supone erróneamente, pero de modo objetivamente invencible, que concurren los presupuestos materiales de una causa de justificación. La persona amenazada por tal conducta conforme a Derecho no tiene derecho a la legítima defensa, pero puede defenderse conforme al § 34 ¹⁴⁰.

X. Exposición y estructuración de las diversas causas de justificación

110 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. Y además una discusión que pretendiera ser completa sería inadecuada: pues aunque sólo se quisiera explicar de modo completo las facultades coactivas en materia de ejecución forzosa y procesal penal, habría que escribir medio manual de esas ramas del Derecho, que en su sustancia material no pertenecen al Derecho penal, sino que sólo se introducen en este campo por sus efectos. Por eso a continuación se expondrán detalladamente en primera línea las causas de justificación tratadas en el propio StGB, que son las más difíciles y más importantes en la práctica (sobre todo la legítima defensa, § 32, y el estado de necesidad justificante, § 34), mientras que las causas de justificación procedentes de otros campos del Derecho se discutirán según su importancia sólo en una visión panorámica y de sus puntos centrales.

111 Una división de las causas de justificación que sirva, no para la sistematización (sobre ello ver. 37 ss.), 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 (§ 15) y el estado de necesidad y casos emparentados con él (§ 16)--, sigue con una exposición sintética del ejercicio del cargo y las facultades coactivas (incluyendo las privadas), así como de la autorización oficial (§ 17), y que por último reúne en un grupo adicional las causas de justificación por riesgo permitido (consentimiento presunto y salvaguarda de intereses legítimos) (§ 18).

¹⁴⁰ Sobre ese estado de necesidad defensivo cfr. para más detalles Roxin, Jescheck-FS, 1985, 457; además idem, ZStW 93 (1981), 84 s.; [= CPC 1982, 309 s.; N. del T.], con ulteriores referencias.