

# SOBRE LA NATURALEZA DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN A LA VISTA DE LA DISCUSIÓN ACERCA DE LA EXIGENCIA DE UN ELEMENTO SUBJETIVO\*

*Francisco Fernández Perales\*\**

**Resumen:** La discusión acerca de si las causas de justificación deben configurarse o no con un elemento subjetivo ha estado marcada por el paradigma

---

\* El tema de este trabajo está relacionado con el de mi investigación predoctoral acerca del ejercicio de un derecho en la dogmática jurídico-penal, dirigida por el Prof. Jesús-María Silva Sánchez, a quien agradezco su indispensable orientación y constante ejemplo, además de su inestimable ayuda en la confección de este trabajo. Agradezco también al Prof. Ricardo Robles Planas sus muy valiosas observaciones sobre mi planteamiento y al Dr. Oriol Martínez Sanromà su ayuda con la revisión formal del texto. Concretamente, la idea de escribir este trabajo surgió a raíz de la publicación del magnífico trabajo de mi colega y amigo Simon Kemper en un número anterior de esta revista, en cuya traducción colaboré –nimiamente– (“Alegato a favor del modelo de la tentativa en el caso de desconocimiento de la situación justificante: una contribución sobre los fundamentos de la justificación en el derecho penal”). A él le agradezco las numerosas –y provechosas– discusiones sobre teoría del delito y, especialmente, su acogida en el Instituto de Derecho Penal dirigido por el Prof. Michael Pawlik en Friburgo (Alemania). Asimismo agradezco a mi colega y amigo Humberto José Sierra Olivieri (Universidad Externado de Colombia/Albert-Ludwigs-Universität Freiburg) que me animara a escribir este trabajo y discutiera conmigo varias de las tesis en él incluidas. Este artículo se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación PID2020-115863GB-I00/MICIU/AEI/10.13039/501100011033, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y la Agencia Estatal de Investigación. Fecha de recepción: 18 de marzo de 2024. Fecha de aceptación: 23 de abril de 2024. Para citar el artículo: Fernández Perales, Francisco. “Sobre la naturaleza de las causas de justificación a la vista de la discusión acerca de la exigencia de un elemento subjetivo”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 46, n.º 120 (enero-junio de 2025), pp. 15-64. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v46n120.02>

\*\* Investigador predoctoral en Derecho penal. Universitat Pompeu Fabra. ORCID: 0000-0003-0705-3407. Correo electrónico: francisco.fernandezp@upf.edu.

del necesario paralelismo entre fundamentación y exclusión del injusto. Sin negarlo, en este trabajo se propone un nuevo enfoque, que parte de la distinción entre antijuridicidad objetiva e injusto penal –antinormatividad *ex ante* merecedora de pena–, categorías a las que se vinculan, respectivamente, las causas de justificación (general) y las causas de exclusión del injusto penal (o del merecimiento de pena). La referida distinción implica que un elemento subjetivo solo pueden contenerlo estas últimas.

**Palabras clave:** causas de justificación, elemento subjetivo, deber de tolerancia, teoría de las normas, exclusión del injusto penal, merecimiento de pena.

### ON THE NATURE OF THE JUSTIFICATION DEFENCES IN THE LIGHT OF THE DISCUSSION ON THE REQUIREMENT OF A SUBJECTIVE ELEMENT

**Abstract:** The discussion on whether the justifications should have a subjective element has been marked by the paradigm of the necessary parallelism between grounds and exclusion of the criminal wrongdoing. Without denying this, this paper proposes a new approach, based on the distinction between objective unlawfulness and criminal wrongdoing –*ex ante* punishable conduct rule infraction– categories to which the (general) justification defences and the exclusion of criminal wrongdoing defences (or deserving of punishment) are linked respectively. This distinction implies that a subjective element can only be contained in the latter.

**Keywords:** justification defence, subjective element, duty of non-interference, norms theory, exclusion of criminal wrongdoing, deserved punishment.

## INTRODUCCIÓN

La exigencia de un elemento subjetivo para la justificación tras la irrupción del sistema tripartito del delito fue producto, primero, de la introducción de elementos subjetivos en el injusto por influencia del neokantismo y, después, del predominio del concepto de injusto personal. Así, mientras Beling<sup>1</sup> negó –con alguna excepción–<sup>2</sup>

---

1 Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 141: “El significado puramente objetivo de la antijuridicidad destaca con claridad en que el fin que persiguiera el agente queda, en principio, fuera de toda consideración en lo que hace al juicio sobre su existencia o inexistencia, precisamente por tratarse de factores subjetivos [...] Una acción lícita no se torna antijurídica porque con ella se persigan fines antijurídicos. Así, la conducta en ejercicio de la legítima defensa, es decir, una conducta que se presenta objetivamente como una defensa necesaria para la evitación de una agresión actual antijurídica, también es lícita si no se persigue un fin de defensa”.

2 Si bien suele contarse a Beling entre los partidarios de una concepción puramente objetiva de la

la necesidad de aquél, parte de quienes desarrollaron el sistema neoclásico del delito lo introdujeron en su planteamiento sobre la justificación<sup>3</sup>, siendo von Weber quien sostuvo por primera vez –en los años treinta del siglo pasado– que debía exigirse con carácter general para todas las causas de justificación, partiendo de un necesario paralelismo entre la fundamentación del injusto y su exclusión<sup>4</sup>. Fue a partir del finalismo, no obstante, cuando la exigencia de un elemento subjetivo para toda justificación se instaló en la dogmática de la justificación de forma permanente. Como expresó Hirsch, “las acciones de justificación [*Rechtfertigungshandlungen*] son acciones finales y, por consiguiente, tienen un lado subjetivo”. Siendo esto así, además, el elemento subjetivo de la justificación debe entenderse relativo a todas las causas de justificación como “un elemento final de la acción”<sup>5</sup>.

No obstante, la tesis<sup>6</sup> subjetiva de la justificación no ha dependido de la adhesión al finalismo, sino más bien de que se sostenga el concepto de injusto personal<sup>7/8</sup>,

---

justificación, lo cierto es que después de negar, en términos generales, la necesidad de un elemento subjetivo para la justificación (véase la nota anterior), reconoce que lo antedicho no implica que no quepa la posibilidad de configurar una concreta causa de justificación de otro modo, esto es, incluyendo la exigencia de un elemento subjetivo, como ocurriría, a su juicio, con el derecho de detención (*Festnahmebefugnis*) de la policía, extremo que se omite habitualmente al describir su posición (véase, por ejemplo, Spendel, “Gegen den „Verteidigungswillen“ als Notwehnerfordernis”, *FS-Bockelmann*, 1979, p. 254, que precisamente acusa a los partidarios de la exigencia de un elemento subjetivo de ocultar la “larga lista de autores que niegan la voluntad de defensa como un presupuesto del derecho a la legítima defensa”). No obstante, lo cierto es que Beling calificaba tales supuestos como “excepcionales”. Cfr. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 142. También Nagler admitió que en ciertos supuestos debía exigirse la concurrencia de un elemento subjetivo. Al respecto, Jungclaussen, *Die subjektiven Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt - Zugleich ein Beitrag zur Dogmengeschichte der personalen Unrechtslehre*, 1987, p. 27.

- 3 Jungclaussen, *Die subjektiven Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt - Zugleich ein Beitrag zur Dogmengeschichte der personalen Unrechtslehre*, 1987, pp. 29-42. En su opinión, así como Hegler contaría como el descubridor de los elementos subjetivos del injusto, M. E. Mayer habría descubierto el elemento subjetivo de la justificación (en su planteamiento, parte del *deber ser*) –además de ser el primero en referir esta denominación–, distinguiéndolo de los elementos de la culpabilidad (parte del *ser*) (p. 33; también, pp. 62 y s.). Por su parte, Mezger sostuvo la exigencia de un elemento subjetivo para algunas de las causas de justificación fundadas en el principio del interés preponderante, como en el caso del derecho de corrección, y de forma general en relación con las causas de justificación fundadas sobre la base del principio de la ausencia de interés (p. 40).
- 4 Jungclaussen, *Die subjektiven Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt - Zugleich ein Beitrag zur Dogmengeschichte der personalen Unrechtslehre*, 1987, p. 51.
- 5 Hirsch, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund*, 1960, p. 252. Afirmando que las causas de justificación están integradas por elementos objetivos y subjetivos y que, por ende, el agente debe conocer que actúa justificadamente para que aquéllas desplieguen sus efectos, Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 84.
- 6 Cabe anticipar ya aquí que, a diferencia de lo ocurrido habitualmente en la discusión sobre la exigencia de un elemento subjetivo para la justificación en Alemania, la categorización de las distintas posiciones al respecto que se empleará aquí no referirá la calificación jurídico-penal definitiva de la acción correspondiente (en Alemania, en cambio, se hace referencia a los *modelos* de la justificación, la tentativa y la consumación. Véase, por todos, Kemper, “Alegato a favor del modelo de la tentativa en el caso de desconocimiento de la situación fáctica justificante: una contribución sobre

como infracción de una norma de determinación<sup>9</sup>. Como se expodrá, actualmente la doctrina mayoritaria<sup>10</sup> aboga por una solución que también parte de un concepto de injusto dual, esto es, que se erige sobre la base del desvalor de acción y el desvalor de resultado típicos, pero que, sin embargo, entiende el juicio de justificación como se concibe en el seno de la teoría del tipo total de injusto<sup>11</sup>. Así, valor de acción y de resultado surtirían efecto en el juicio de injusto de forma independiente, de modo que en los casos en que concurran los elementos objetivos de una causa de justificación se entenderá compensado el desvalor de resultado, manteniéndose intacto el

---

los fundamentos de la justificación en el Derecho penal”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 45 [118], 2024, *passim*). En el presente trabajo se distinguirá, en primer lugar, según la naturaleza objetiva o subjetiva asignada a las causas de justificación –esto es, si se exige o no la concurrencia de un elemento subjetivo, independientemente de si consiste en el mero conocimiento de la situación justificante o, además, en una determinada finalidad del agente–, mientras que, en segundo lugar, las tesis subjetivas de la justificación se distinguirán con arreglo a la correspondiente configuración de la relación entre la fundamentación y la exclusión del injusto. Así, se distinguirá entre la *teoría de la congruencia* (defendida, básicamente, por el finalismo) y la *teoría de la justificación separada* (defendida por parte de la doctrina que sostiene un concepto dual de injusto). Esta categorización se entiende aquí preferible, puesto que da cuenta del concepto de injusto que se sostiene y favorecerá la exposición de la crítica a una concepción del juicio de justificación –que los defensores de las referidas tesis comparten– condicionado por un juicio previo y pretendidamente provisional de carácter teleológico-penal.

- 7 Entre otros, lo afirman Kühn, *AT*, 8.<sup>a</sup> ed., 2017, p. 129, nm. 12; Rönnau, “Vor §§ 32 ff”, *LK-StGB*, 13.<sup>a</sup> ed., 2019, p. 81, nm. 82; Trapero Barreales, *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, 2000, p. 137; Valle Muñoz, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, 1994, pp. 70 y s.; Cerezo Mir, “Consideraciones generales sobre las causas de justificación en el derecho penal español”, *FS-Jescheck*, 1985, p. 449.
- 8 Como afirma Sanz Morán, “Las modificaciones sistemáticas introducidas por el finalismo pueden ser defendidas sin necesidad de acudir para ello al concepto final de acción”. Prosigue el autor dando cuenta de que “[p]ronto comienza a generalizarse el punto de vista que separa el concepto (ontológico) final de acción –sometido a tantas críticas– de su consecuencia dogmática más característica: la concepción personal del injusto”. Cfr. Sanz Morán, *Elementos subjetivos de justificación*, 1993, p. 4. Sobre esta cuestión, afirman Roxin/Greco que la doctrina mayoritaria es una síntesis del sistema neoclásico y el finalista. De este último se habrían tomado las consecuencias sistemáticas, rechazándose el concepto ontológico de acción, en tanto en cuanto se defiende una fundamentación valorativa como base del sistema. Esto significa, básicamente, que se asume que el dolo forma el tipo subjetivo sin vincular este movimiento dogmático con una ontología que sirva de premisa. Cfr. Roxin/Greco, *AT*, 5.<sup>a</sup> ed., 2020, p. 296.
- 9 Gil, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, 2002, p. 7.
- 10 Afirmando, Roxin/Greco, *AT*, 5.<sup>a</sup> ed., 2020, p. 752, nm. 96: “Desde el punto de vista de la doctrina del injusto hoy dominante [...] una conducta solo puede ser conforme a Derecho si decaen igualmente desvalor de acción y de resultado; aquí, sin embargo, se mantiene como mínimo el desvalor de acción en su totalidad”. El desvalor de resultado desaparecería, contra lo que sostiene una “doctrina que ha perdido influencia”, por cuanto aquél consiste en un “resultado de injusto” (*Unrechtserfolg*) y no en un mero “resultado típico” (*Tatbestandserfolg*) (p. 756, nm. 105).
- 11 Afirmando que esta teoría “tiende a configurarse como doctrina dominante acerca del concepto de tipo y su relación con la antijuridicidad”, ya Silva Sánchez, “Objektive Zurechnung und Rechtfertigungsgründe. Versuch einer Differenzierung”, *FS-Schünemann*, 2014, p. 540 (=Silva Sánchez, “Imputación objetiva y causas de justificación. Un [mero] intento de distinguir”, *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional* [52], 2015, p. 185).

desvalor de acción. La conclusión, por lo tanto, desde este punto de vista, es que en tales supuestos se está frente a una tentativa<sup>12</sup>.

En primer lugar, en este trabajo se tratará de dar cuenta de la lógica común que subyace a las tesis objetivas y subjetivas de la justificación. Todas ellas parten de un necesario paralelismo entre fundamentación y exclusión del injusto, de modo que las segundas exigen, para la justificación, la concurrencia de un elemento subjetivo, diferenciándose entre ellas por el efecto que otorgan a la sola concurrencia del valor de resultado (I). A continuación, se expondrán consideraciones críticas en relación con las referidas tesis subjetivas de la justificación, con sus variantes defendidas por el finalismo y por un sector doctrinal que, acogiendo el concepto de injusto personal, sostiene un concepto de tipo como tipo total de injusto o, directamente, apoya la teoría de los elementos negativos del tipo. Desde ambas se sostiene que las causas de justificación están integradas, también, por un elemento subjetivo. La primera, sin embargo, reivindica el surgimiento de deberes de tolerancia como efecto de la justificación, de modo que, a mi juicio, se confunden los planos de la determinación de posiciones jurídicas –asignación de derechos subjetivos y deberes de tolerancia correlativos– y de la determinación del merecimiento de pena, a consecuencia de dar prioridad a este último frente a la justificación, que opera ya sobre una conducta calificada como antinormativa –en el sentido expresado por Armin Kaufmann–. La segunda, en cambio, pese a que es coherente con sus premisas, no es capaz de dar cuenta de la existencia de deberes de tolerancia, por lo que convierte a las causas de justificación en causas de exclusión del injusto penal o del merecimiento de pena. No obstante, esta teoría puede reformularse, otorgando prioridad al juicio de justificación o, más bien, desplazándolo a una fase previa de análisis con efectos meramente distributivos (II). Por último, tratará de mostrarse que esta reformulación es posible distinguiendo entre los presupuestos para determinar posiciones jurídicas y los presupuestos para determinar el merecimiento de pena de la conducta. Asimismo se argumentará que este paso no conduce a asumir una tesis objetiva del injusto, sino a distinguir entre anti-juridicidad objetiva y antinormatividad *ex ante* merecedora de pena (III y IV).

## **I. LAS TESIS ACERCA DEL ELEMENTO SUBJETIVO DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN BASADAS EN LA COMPENSACIÓN O CONGRUENCIA CON EL DESVALOR TÍPICO**

En las últimas décadas la tesis objetiva de la justificación apenas ha logrado tener apoyo doctrinal, remontándose todas las revisiones de la discusión a los trabajos que

---

12 Con gran claridad acerca de este planteamiento –sosteniéndolo, además–, Kühl, *AT*, 8.<sup>a</sup> ed., 2017, pp. 129 y s., nm. 12-16; también Roxin/Greco, *AT*, 5.<sup>a</sup> ed., 2020, p. 756, nm. 104 y s.; Murmann, *AT*, 7.<sup>a</sup> ed., 2020, pp. 261 y s., nm. 6-10; Mitsch, “Rechtswidrigkeit”, en Baumann *et al.*, *AT*, 9.<sup>a</sup> ed., 2021, pp. 307-311, nm. 46-55.

Günter Spendel escribió en la década de los setenta<sup>13</sup> y ochenta<sup>14</sup> del siglo pasado. Como se expone, su tesis está marcada por una concepción objetiva del injusto que conduce a entender de forma objetiva la justificación. La tesis subjetiva, una vez se impuso el concepto de injusto personal, ha dado lugar a dos soluciones distintas. Por su parte, el finalismo abogó por calificar la conducta típica de quien desconoce que se encuentra en una situación justificante como delito consumado, mientras que quienes defienden un concepto dual de injusto concibiendo éste como el resultante de la afirmación de un tipo total de injusto han sostenido que debe calificarse como tentativa (inidónea)<sup>15</sup>.

Las distintas posiciones podrán comprenderse con mayor claridad a la luz de un ejemplo: Un vándalo rompe uno de los cristales tintados de un vehículo estacionado en el aparcamiento de una vía pública por diversión, pero resulta que dentro de aquél se encontraba un menor de muy corta edad que, de no ser por la destrucción del cristal, habría fallecido por hipertermia, hecho que desconocía el vándalo<sup>16</sup>. Los partidarios de la tesis objetiva de la justificación sostendrían que la conducta del vándalo es lícita –no cabe defensa frente a ella– y debe quedar impune. La solución del finalismo, en cambio, conduciría a calificar su conducta como un delito consumado de daños<sup>17/18</sup>,

13 Spendel, “Gegen den „Verteidigungswillen“ als Notwehrrfordernis”, *FS-Bockelmann*, 1979.

14 Spendel, “Notwehr und „Verteidigungswille“, objektiver Zweck und subjektive Absicht”, en Herzberg (ed.), *FS-Oehler*, 1985.

15 Si bien en adelante se referirán los trabajos de los autores que han sostenido una y otra posición, se da cuenta de aquéllos –en lo que hace a la discusión en Alemania– con mayor detalle en Kemper, “Alegato a favor del modelo de la tentativa en el caso de desconocimiento de la situación fáctica justificante: una contribución sobre los fundamentos de la justificación en el Derecho penal”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 45 (118), 2024, p. 16, n. 9-12.

16 Un ejemplo muy similar emplea Gómez Benítez, cuya autoría asigna a Gimbernat. Cfr. Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General*, 1984, p. 288. Exponiendo ya un ejemplo comparable, Dohna, “Die elemente des Schuldbegriffs”, *GS* (65), 1905, p. 311, que plantea el contraste de los casos de concurrencia y ausencia del elemento subjetivo de la justificación respectivamente: “Desde fuera, alguien se percató de que se ha formado un humo espeso en el salón; él sabe que allí se encuentra solo un niño pequeño, tumbado y durmiendo en su cama; la puerta está cerrada. Entonces rompe la ventana desde el exterior para que salga el humo y pueda entrar aire fresco, de modo que se salve al niño de una muerte segura por asfixia. Otra imagen: alguien rompe las ventanas de la casa de su enemigo a propósito y con maldad. Después resulta que de ese modo fue salvado su hijo, que se encontraba envuelto en un humo espeso, tumbado en su cuarto y expuesto indefenso a la asfixia. ¿Por qué castigamos aquí por daños y allí no?”. Una lista de los ejemplos usados en la doctrina alemana puede verse en Trapero Barreales, *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, 2000, pp. 16-18.

17 Hirsch, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund*, 1960, p. 254; Zielinski, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 262-267; Cerezo Mir, “Consideraciones generales sobre las causas de justificación en el derecho penal español”, *FS-Jescheck*, 1985, p. 449; el mismo, *PG*, 6.<sup>a</sup> ed., 1998, p. 204; Gil, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, 2002, pp. 131-134; Cuello Contreras, *PG*, 3.<sup>a</sup> ed., 2002, pp. 781-783, nm. 66.

18 Abogan por el castigo como delito consumado aplicando la eximente incompleta: Valle Muñiz, *El*

contra el que cabría legítima defensa<sup>19</sup>. Por último, quienes consideran que el desvalor de resultado consistente en los daños causados al vehículo queda compensado por el hecho de que la fractura del cristal ha conducido a salvarle la vida al menor califican la conducta del vándalo como una tentativa inidónea, frente a la que no cabe legítima defensa, al no constituir aquella una auténtica agresión<sup>20</sup>. A continuación se expondrán con mayor detalle los argumentos aducidos en favor de cada una de las tesis referidas.

### A. Tesis objetiva de la justificación

En primer lugar, se ha sostenido lo que podríamos denominar una tesis objetiva de la justificación, según la que basta para ésta la concurrencia de los elementos objetivos de la causa de justificación correspondiente, sin que el sujeto debiera siquiera conocer la situación justificante. Como se ha expuesto ya, el más férreo defensor de esta posición ha sido Spindel<sup>21</sup>. A su juicio, no debe exigirse voluntad

---

*elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, 1994, pp. 119 y ss.; Díez Ripollés, *La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal*, 2.ª ed., 2011, pp. 75 y s., n. 37; Mir Puig, *PG*, 10.ª ed., 2016, p. 437, nm. 18 y s., que entiende que en estos supuestos se trata de una situación “materialmente análoga a la de la tentativa inidónea punible”. La solución de estos autores, si bien no se pronuncian sobre esta cuestión, implica que la acción podrá ser repelida en legítima defensa.

- 19 Jakobs, *AT*, 2.ª ed., 1991, pp. 360 y s., nm. 22. Como se dirá *infra*, Gil ha negado esta presunta consecuencia que implicaría asumir la tesis de la consumación. Cfr. Gil, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, 2002, pp. 177-179. En su opinión –contestando a las críticas de Jakobs–, impedir la acción de quien no sabe que salva la integridad de un bien jurídico está prohibido “como lo está cualquier interrupción de un curso causal salvador” (p. 178). El agente que se encuentra frente al sujeto que desconoce la situación justificante se halla en una situación de estado de necesidad, a decir de Gil, en el que “habrá que ponderar el mal causado si se impide la acción y el mal causado si no se impide” (p. 179).
- 20 Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, p. 149; Perron/Eisele, “StGB § 32 Notwehr”, *S/S StGB*, 30.ª ed., 2019, nm. 12. Roxin/Greco, *AT*, 5.ª ed., 2020, p. 774, nm. 9 así lo afirman con carácter general, con dos salvedades. En primer lugar, debería atenderse a que una tentativa inidónea puede ser, a su vez, una coacción o amenaza que, por ende, puede ser respondida ejerciendo un derecho de defensa. En segundo lugar, admiten que, si un espectador objetivo hubiera asumido que la tentativa era idónea, cabe la legítima defensa. Si se define la tentativa inidónea como aquella que, *ex ante*, resulta peligrosa para un espectador objetivo en el lugar del autor, habría que concluir que Roxin/Greco se contradicen al afirmar que, en caso de ausencia del elemento subjetivo de la justificación la solución de la tentativa evita la perniciosa consecuencia a la que conduce la solución de la consumación, que no es otra que la posibilidad de impedir en legítima defensa la acción solo objetivamente justificada. Por otro lado, afirma que cabe ejercer un derecho de defensa frente a la tentativa inidónea, Iglesias Río, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*, 1999, p. 38: “nos parece que pese a ser “imposible” la lesión de bienes jurídicos, se produce una injerencia concreta en la esfera jurídica del particular, en sus bienes concretos”.
- 21 No se desconoce aquí que la tesis objetiva ha sido sostenida desde diversos puntos de vista, si bien por el objeto de este trabajo no interesa una exposición exhaustiva de las soluciones ofrecidas desde las tesis objetiva y subjetiva (un estudio detallado puede leerse ya, por ejemplo, en Trapero Barreales, *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, 2000), sino referir la lógica común a todas ellas, que a mi juicio es la compensación del desvalor típico –incluso, como se

alguna de actuar justificadamente<sup>22</sup>, y, por ende, la sola concurrencia objetiva de los requisitos de la causa de justificación implica la “justificación e impunidad” de la conducta<sup>23</sup>. La exigencia de un elemento subjetivo no solo conduciría a rechazar un —a su juicio correcto— concepto objetivo de injusto<sup>24</sup>, sino que, además, se enfrenta a resultados insatisfactorios. Por un lado, conduciría a una contradicción patente, a saber, afirmar que una misma acción debe ser tolerada por el afectado y, asimismo, calificada como punible<sup>25</sup>. Además, en los casos con estructura de *aberratio ictus* los propios partidarios de la tesis subjetiva admitirían como correcta la solución de la tesis objetiva, al considerar que, en caso de realizar un tipo imprudente, no resulta necesaria la concurrencia del elemento subjetivo de la justificación<sup>26</sup>. Por último, en caso de legítima defensa de terceros, la tesis subjetiva llevaría a imponer un deber de tolerancia al agresor solamente frente al agredido, mientras que podría ejercer él mismo la legítima defensa contra el que habría ayudado a la víctima<sup>27</sup>.

---

dirá, en lo que hace a la teoría de los elementos negativos del tipo, por cuanto esta no puede evitar partir de un tipo positivo que se confronta con un tipo negativo—. En todo caso, cabe exponer brevemente que la tesis objetiva no ha sido sostenida solamente con arreglo al necesario paralelismo entre una fundamentación objetiva del injusto y una, asimismo, exclusión de carácter objetivo de aquél. También se ha sostenido que la necesidad de que concurra un elemento subjetivo depende de la regulación legal de cada causa de justificación. Por ejemplo, Carbonell Mateu, *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, 1982, pp. 89, 99, 107, 280, sosteniendo, para el caso de que la ley no exija dicho requisito que, si la justificación se fundamenta en la conformidad a Derecho de la conducta que representa el interés preponderante, no debe exigirse un elemento subjetivo. Esta posición, en realidad, ya fue defendida por Mezger (véase n. 3).

- 22 Spendel, “§ 32. Notwehr”, *LK-StGB*, 11.<sup>a</sup> ed., 2003, p. 72, nm. 138, concretamente en relación con la legítima defensa.
- 23 Spendel, “§ 32. Notwehr”, *LK-StGB*, 11.<sup>a</sup> ed., 2003, p. 73, nm. 138: “La consecuencia necesaria del punto de vista que se sostiene aquí es: de concurrir de los requisitos legales de la legítima defensa, la conducta penalmente típica defensiva está justificada y queda impune [*gerechtfertigt und straflos*] también si falta la voluntad o conciencia de defensa”.
- 24 Spendel, “Gegen den „Verteidigungswillen“ als Notwehrrfordernis”, *FS-Bockelmann*, 1979, p. 251.
- 25 Esta objeción la presenta Spendel recurriendo al siguiente ejemplo: una mujer, pensando que golpea a su marido que vuelve ebrio a casa de noche, golpea a un ladrón que intentaba introducirse subrepticamente en su vivienda (cfr. Spendel, “Notwehr und „Verteidigungswillen“, objektiver Zweck und subjektive Absicht”, en Herzberg (ed.), *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, 1985, pp. 199 y s.; el mismo, “§ 32. Notwehr”, *LK-StGB*, 11.<sup>a</sup> ed., 2003, p. 73, nm. 140). Con el fin de expresar lo inapropiado de la solución a la que conduce la tesis subjetiva, expone el autor la opinión de Roxin al respecto, que sostiene a la vez que la acción de la mujer no puede impedirse —por dar lugar a un estado de cosas conforme a Derecho (*rechtmäßig*)— y que, sin embargo, es punible como tentativa inidónea (cfr. Spendel, “§ 32. Notwehr”, *LK-StGB*, 11.<sup>a</sup> ed., 2003, p. 74, nm. 140).
- 26 Usa el siguiente ejemplo: dos cazadores furtivos, A y B, son sorprendidos por un guarda forestal, C. Los dos primeros apuntan a este último con sus armas, pero A dispara por error a B, causándole la muerte. Cfr. Spendel, “Gegen den „Verteidigungswillen“ als Notwehrrfordernis”, *FS-Bockelmann*, 1979, pp. 252 y s.
- 27 Esta última objeción se comprende con mayor facilidad a la luz del ejemplo que expone Spendel: A acude en ayuda de su hermano, B, que está golpeándose con C. Puesto que B es propenso a buscar pelea, A piensa que, de nuevo, la ha iniciado él, pese a lo que decide igualmente ayudarlo a golpear a C. Sin embargo, en esta ocasión la pelea había sido iniciada por C, por lo que B estaba ejerciendo la

Una tesis objetiva de la justificación similar sostiene, asimismo, Nino, fundamentándola en lo que denomina principio de *enantiotelidad*<sup>28</sup>. Éste implicaría “restringir la punibilidad solamente a aquellos actos que el derecho penal trata de prevenir”, excluyéndose la prohibición de “acciones o pensamientos que sólo afectan a la calidad moral del agente mismo”. Desde este punto de partida, la justificación no podría depender de “las intenciones o creencias del agente”<sup>29</sup>. Los casos en que concurre objetivamente una situación justificante desconociendo el autor<sup>30</sup> no deberían, a su juicio, “disuadirse sino tal vez promoverse”<sup>31</sup>. De lo contrario —esto es, si la *enantiotelidad* dependiera de aspectos subjetivos—, el Derecho podría imponer el deber de “impedir físicamente acciones inocuas y hasta benéficas”<sup>32</sup>. En definitiva, si una acción no es *enantiotélica* no debe poder impedirse, por lo que, por un lado, las acciones que reúnen los elementos objetivos de una causa de justificación son lícitas, deben tolerarse, mientras que la acción de quien cree erróneamente encontrarse

---

legítima defensa. Según la tesis subjetiva, al desconocer A que B ejercía la legítima defensa, C debe tolerar solamente la defensa de B, mientras que puede repeler los golpes de A en legítima defensa. Cfr. Spendel, “§ 32. Notwehr”, *LK-StGB*, 11.<sup>a</sup> ed., 2003, p. 74, nm. 143.

- 28 El término provendría del griego “*enantíos*, contra, y *telos*, finalidad, objetivo, propósito”, refiriendo con él la acción que va en contra de lo que “la ley está destinada a prevenir”. Cfr. Nino, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, 1980, pp. 325 y s.
- 29 Nino, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, 1980, p. 332.
- 30 Se expresa así atendiendo al punto de vista del autor, por cuanto, ciertamente, como Gil pone de manifiesto, si se sostiene que la justificación depende de un valor de resultado vinculado a un valor de acción no podría hablarse de la concurrencia objetiva de una situación justificante, por cuanto esta expresión dependería de que, a su vez, concurriera el conocimiento de que se está frente a los elementos del tipo de justificación. Véase Gil, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, 2002, p. 143. Aduce la autora que la crítica a la posición finalista de, entre otros, Hruschka y Sanz Morán que hace referencia a que no tiene en cuenta la “objetiva presencia de circunstancias justificantes”, desatiende el hecho de que lo que se defiende es “precisamente que no existe una justificación objetiva, no hay una presencia objetiva de circunstancias justificantes, tan solo existen acciones justificantes por su contenido valioso, y el contenido de una acción no puede ser determinado sin su aspecto subjetivo”.
- 31 Nino, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, 1980, p. 333.
- 32 Como ejemplo, Nino recurre al caso de la conducta de un agente de policía que no advierte circunstancias que le otorgaban el derecho a prevenir la conducta de otro y, aun así, la previene. Aduce Nino que, de sostenerse que el principio de enantiotelidad depende de factores subjetivos, un “espectador hipotético” que tampoco hubiera advertido la concurrencia de tales circunstancias, habría tenido derecho a impedir la conducta del agente de policía. Si dicho espectador hubiera advertido su concurrencia, en cambio, habría podido impedir tanto la conducta del policía como la del tercero que realizaba la acción que el Derecho permitía prevenir. En su opinión, este ejemplo muestra que “un criterio subjetivo de enantiotelidad” conduce a “resultados absurdos”. Cfr. Nino, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, 1980, p. 333. Así mismo, afirmando que el Derecho no debe prevenir que se realicen conductas “beneficiosas”, Carbonell Mateu, *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, 1982, pp. 107, 180. Aduce un problema similar al referido por Nino en relación con el caso expuesto Jakobs, señalando que sería inadecuado entender que al que actúa solo objetivamente bajo el amparo de una causa de justificación un tercero podría impedirle actuar y, sin embargo, este podría, después, realizar la misma acción (en sentido objetivo). Cfr. Jakobs, *AT*, 2.<sup>a</sup> ed., 1991, pp. 360 y s., nm. 22.

en una situación justificante debe poder impedirse lícitamente, sin perjuicio de que no se le imponga pena<sup>33</sup>.

Lo antedicho demuestra que los defensores de la tesis objetiva recurren, principalmente, a dos clases de argumentos para sostenerla. Por un lado, sencillamente reivindican el carácter objetivo del injusto. Por el otro, dan cuenta de los problemas que tiene la tesis subjetiva con la determinación de las posiciones jurídicas –marcadas por las correlaciones de derechos y deberes– de los afectados. Ciertamente, la tesis de la consumación debe conducir a otorgar un derecho de legítima defensa al afectado por la acción solo objetivamente justificada. En cambio, la tesis de la tentativa le impone un deber de tolerancia, pero este surge sencillamente de la imposibilidad de defenderse frente a tentativas inidóneas<sup>34</sup>, extremo –el de considerar que una misma acción debe ser tolerada y que, a su vez, es punible– que refiere Spendel, como se ha

33 Nino, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, 1980, pp. 333 y s.

34 Esto es lo que la mayoría de la doctrina defiende actualmente (véase las n. 11, 14, 49). Esta posición es, asimismo, la defendida por Kemper en su agudo y exhaustivo trabajo publicado en un número anterior de esta revista. Entiende el autor que la imposición de un deber de tolerancia al afectado es, precisamente, un argumento a favor del que denomina *modelo de la tentativa*. Cfr. Kemper, “Alegato a favor del modelo de la tentativa en el caso de desconocimiento de la situación fáctica justificante: una contribución sobre los fundamentos de la justificación en el Derecho penal”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 45 (118), 2024. El surgimiento de un deber de tolerancia es explicado por el autor como una excepción en el marco de la teoría de la tentativa (contra la que sí puede ejercerse un derecho de defensa, a decir del autor), reconocida para los casos de tentativa inidónea, por cuanto frente a ésta no cabría legítima defensa (p. 23, n. 47), pero, asimismo, es vinculado al fundamento de la justificación basada en el principio de responsabilidad (p. 27). Por un lado, sostendría que se basa en la necesidad de ser indulgente con la víctima de una agresión ilegítima. Puesto que el agresor es responsable por el conflicto, deberá tolerar la defensa incluso cuando se desconozca la situación justificante. Distinto debería ser el criterio, a decir del autor, en un caso de justificación solamente objetiva relativa a una causa de justificación fundada en el principio de solidaridad, puesto que aquí el afectado no es responsable por el conflicto, así que solamente tendrá deber de tolerar si concurre el elemento subjetivo (p. 28). Por otro lado, el deber de tolerancia se sostendría en relación con la excepción que asume la mayoría de la doctrina en lo que hace a la tentativa inidónea. Ésta no constituiría una verdadera agresión, por lo que no cabe legítima defensa frente a ella. Tampoco puede argumentarse el recurso al estado de necesidad defensivo, puesto que no hay necesidad de evitar un peligro. Pues bien, ambos argumentos no guardarían relación entre sí, a mi parecer. Una interpretación razonable consistiría en entender que el segundo da cuenta de una buena oportunidad –atendiendo a la unanimidad doctrinal respecto de la posibilidad de defensa frente a tentativas inidóneas– para hacer justicia en caso de legítima defensa estando ausente el elemento subjetivo. El primer argumento –la víctima en caso de legítima defensa desconocida por el agente debe soportarla por ser el responsable del conflicto– difícilmente podría constituir el fundamento de los deberes de tolerancia que surgirían en estos supuestos, por cuanto no puede sostenerse, a la vez, la justificación completa y la punibilidad de la misma conducta. En definitiva, o bien el deber de tolerancia surge de la imposibilidad de defensa frente a tentativas inidóneas, pudiendo defenderse entonces su imposición junto con el castigo del agente o bien surge del fundamento de la legítima defensa y se sostiene la impunidad. Cabe, sin embargo, una tercera opción, que es la que se explora a partir del epígrafe III de este trabajo: distinguir entre los presupuestos para determinar posiciones jurídicas (imposición de deberes de tolerancia en última instancia) y los presupuestos para determinar el merecimiento de pena de la conducta en cuestión. De este modo, los deberes de tolerancia no dependen de lo que se mantenga respecto de la defensa frente a tentativas inidóneas y, además, puede sostenerse que la interferencia en la acción no

expuesto *supra*, en su crítica. Como se dirá *infra*, lo cierto es que cabe ver las cosas de otro modo, distinguiendo entre los presupuestos para la imposición de deberes de tolerancia y los presupuestos para la imposición de pena, de modo que la concurrencia de los primeros se deduzca de la concurrencia objetiva de la causa de justificación correspondiente y no de la imposibilidad de defensa frente a una conducta que es tanto antijurídica objetivamente como antinormativa y merecedora de pena.

## B. Tesis subjetivas de la justificación: las teorías de la “congruencia” y de la “justificación separada”

Como se ha expuesto ya, la tesis subjetiva de la justificación ha sido sostenida, principalmente<sup>35</sup>, por representantes del finalismo y por quienes, sosteniendo un concepto de injusto personal, entienden que éste implica exigir un elemento subjetivo para la justificación, si bien entienden que el desvalor de acción y el de resultado que integran el injusto son independientes entre sí. Por un lado, entonces, los seguidores del concepto de injusto personal del finalismo defienden el castigo por delito consumado. En su opinión, el resultado típico se ha producido en tales casos<sup>36</sup> y, además, no cabe hablar de valor de resultado sin valor de acción<sup>37</sup>. Para comprender esta posición, que ha sido denominada “teoría de la congruencia”<sup>38</sup>, debe atenderse a dos tesis fundamentales del finalismo. La primera consiste en que la tipicidad implicaría ya antinormatividad<sup>39</sup>. La justificación no la elimina, sino que impide que de la infracción de la norma en abstracto derive un deber dirigido, en concreto, al agente<sup>40</sup>. Por esta

---

objetivamente antijurídica (por más que sea antinormativa en el sentido de constituir una tentativa inidónea) constituye la interrupción de un curso causal salvador.

- 35 No se desconoce que hay otras posiciones doctrinales de interés a este respecto, como la finalista radical sostenida por Zielinski –el desvalor de resultado es solamente para para este autor una condición objetiva de punibilidad– para quien estos casos se resuelven, también, castigando por delito consumado (cfr. Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 262-267). Sin embargo, de lo que se trata en este trabajo es de dar cuenta de un proceso valorativo común a las tesis que sostienen la necesidad de que concurra un elemento subjetivo para la justificación, de modo que las particularidades dentro de cada modelo, si no modifican las premisas, no serán analizadas.
- 36 Aduce este argumento como crítica a la tesis subjetiva que propone el castigo como tentativa y a favor de una tesis objetiva de la justificación, Rohrer, “Über die Nichtexistenz subjektiver Rechtfertigungselemente”, *JA*, 1986, p. 365.
- 37 Resumidamente, Cerezo Mir, *PG*, 6.ª ed., 1998, p. 203.
- 38 Por todos, Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General*, 1984, p. 290. La denominación responde a la exigencia de que la justificación se configure de forma equivalente a la configuración del injusto. Si éste está integrado por un desvalor de acción y de resultado, la justificación debe implicar, por ende, un valor de acción y de resultado.
- 39 Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 50; Armin Kaufmann, “Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht”, *FS-Welzel*, 1974, p. 395; Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General*, 1984, p. 81; Gracia Martín, *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, 2006, p. 267.
- 40 Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 50; Armin Kaufmann, *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 250.

razón se rechaza desde el finalismo la tesis de la *justificación separada*. La presencia del valor de acción y de resultado no excluye el desvalor típico, sino que ambos deben concurrir para que pueda hablarse de una conducta justificada<sup>41</sup>. En segundo lugar, se entiende desde el finalismo que, partiendo de un concepto de injusto concebido como infracción de una norma de determinación, los resultados “que estén sólo amparados de un modo objetivo y causal en una causa de justificación” no pueden ser valorados positivamente por el Derecho. El desvalor de resultado, por lo tanto, es comprendido como un elemento dependiente del desvalor de acción<sup>42</sup>, de modo que no puede hablarse de valor de resultado sin valor de acción.

El desvalor de resultado cumpliría en este esquema, en realidad, dos funciones, una en la construcción del desvalor de acción, por cuanto sobre él se edifica la norma de valoración que pretende protegerse emitiendo directivas de conducta destinadas a los potenciales agentes<sup>43</sup>, y otra en el aumento –“plena constitución”– del injusto cuando la lesión o puesta en peligro del bien jurídico se produce<sup>44</sup>. La primera de las funciones referidas se observa con claridad en la concepción de la tentativa de sus partidarios. En su opinión, en tal supuesto falta el desvalor de resultado, como ocurre también respecto de los delitos de peligro abstracto<sup>45</sup>. La función de aquél, por tanto, se encontraría más bien en la construcción del desvalor de acción. Los mandatos

- 
- 41 En este sentido, Gil, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, 2002, p. 72: “Los elementos subjetivos, tanto de lo injusto como de lo justificante, son la finalidad rectora de la acción que define y configura la acción típica y la acción justificante y por lo tanto no se excluyen sino que muy al contrario ambas finalidades deben concurrir en la conducta del sujeto para poder afirmar que éste ha realizado la acción típica y también la acción justificante”. Similar, Cuello Contreras, *PG*, 3.<sup>a</sup> ed., 2002, p. 783, nm. 66.
- 42 Cerezo Mir, *PG*, 6.<sup>a</sup> ed., 1998, p. 203. En el mismo sentido, Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General*, 1984, pp. 83, 291; Gracia Martín, *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, 2006, p. 298.
- 43 Esto es lo que plantea –si lo entiendo bien– Gracia Martín, siguiendo a Armin Kaufmann (cfr. *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, 2006). A las normas de determinación les preceden juicios de valor como *prius* lógico (p. 91). Dichos juicios de valor se basan en proposiciones distributivas, cuyo fin no es otro que “el mantenimiento del orden social deseado por el Derecho”, por lo que prescinden como “criterio valorativo rector de la concepción del hombre como ser responsable” (p. 90). Las normas de determinación sirven al fin de asegurar “la vigencia y el mantenimiento de ese orden social” (p. 93).
- 44 Con claridad a este respecto, Gracia Martín, *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, 2006, p. 300.
- 45 Cerezo Mir, *PG*, 6.<sup>a</sup> ed., 1998, pp. 154 y s.; asimismo, Gracia Martín, *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, 2006, p. 298; afirmando que la tentativa solamente implica desvalor de acción, Gil, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, 2002, pp. 112, 148. Particularmente, en n. 275 *in fine*: “el legislador puede castigar injustos parciales en los que sólo se da el desvalor de acción, y ello sigue pudiendo explicar el menor castigo de la tentativa que del delito consumado (en la primera falta el desvalor de resultado) o el menor castigo de una tentativa inacabada respecto de la tentativa acabada (en la primera el desvalor de acción es menor que en la última) y es además compatible con una concepción dualista del injusto” (asimismo, p. 79, n. 192).

y prohibiciones cuya infracción da lugar a este último tienen como “presupuesto lógico” una sucesión de juicios de valor que se inicia con la “valoración positiva de ciertos bienes por parte del Derecho, que los eleva a la categoría de bienes jurídicos” y sigue con la “valoración negativa de las acciones dirigidas a su lesión y que sean peligrosas desde el punto de vista *ex ante*”<sup>46</sup>. Con otras palabras, las normas de determinación cumplirían una “función de protección de las normas de valoración”<sup>47</sup>.

A diferencia del finalismo, otro sector –que, asimismo, parte de un concepto dual de injusto– defiende la llamada “teoría de la justificación separada”<sup>48</sup>, que también podría denominarse la tesis de la *compensación*, por cuanto lo que trata de sostenerse con arreglo a aquélla es, precisamente, que el juicio de justificación consiste en compensar el desvalor típico, idea que rechazó el finalismo –sosteniendo la tesis de la *congruencia*–. Ambas tesis reservan la justificación completa para los supuestos en los que concurren tanto un valor de resultado –conurrencia de los elementos objetivos de la justificación– como un valor de acción –conurrencia del elemento subjetivo–. Sin embargo, se sostiene desde este punto de vista que desvalor de acción y desvalor de resultado son independientes entre sí, por lo que, siéndolo asimismo el valor de acción y de resultado, la concurrencia de este último debe surtir ya efecto sobre el injusto<sup>49</sup>. Concretamente, el efecto de la sola presencia del valor de resultado –conurrencia objetiva de los elementos objetivos de una causa de justificación sin que el agente conozca dicho extremo– es el castigo por tentativa<sup>50</sup>. Reuniendo

46 Cerezo Mir, *PG*, 6.<sup>a</sup> ed., 1998, p. 156. Como es conocido, sobre esta sucesión de juicios de valor en la génesis de la norma se pronunció ya antes Armin Kaufmann, *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie*, pp. 69-72.

47 Gracia Martín, *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, 2006, pp. 298 y s. Asimismo Cerezo Mir, *PG*, 6.<sup>a</sup> ed., 1998, p. 157: “La norma es sólo un instrumento de protección de los bienes jurídicos”; Gil, “Acción, norma, injusto y delito imprudente”, *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* (74), 2008, p. 98: “El desvalor del resultado pertenece por tanto a lo injusto como cofundamentador del mismo, pero no a la materia de prohibición. El desvalor del resultado tiene la función de conectar la conducta contraria a la norma con la función de dicha norma: la protección de bienes jurídicos”.

48 Esta es la denominación usada por Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General*, 1984, p. 292.

49 Valle Muñiz entiende que esta es una de las dos premisas de las que parten quienes sostienen la solución de la tentativa: 1) “la justificación de una conducta típica exige la presencia de un determinado elemento subjetivo”; 2) “la constatación de los presupuestos objetivos justificantes debe tener alguna trascendencia en la configuración final del injusto, o, cuando menos, en su tratamiento punitivo”. Cfr. Valle Muñiz, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, 1994, pp. 61-75; el mismo, “La naturaleza graduable de lo injusto y la actuación en desconocimiento del presupuesto objetivo de una causa de justificación”, *LH-Roxin*, 1997, p. 449; en el mismo sentido, Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General*, 1984, p. 292; Trapero Barreales, *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, 2000, p. 332.

50 Así, entre otros, Rönnau, “Vor §§ 32 ff”, *LK-StGB*, 13.<sup>a</sup> ed., 2019, p. 91, nm. 90: “Pues si se dan objetivamente las circunstancias justificantes, falta el desvalor de resultado que co-constituye el delito consumado”; Engländer, “Der Verteidigungswille bei Notwehr und Notwehrexzess. Anmerkung zu

la conducta solamente desvalor de acción, habiéndose compensado el desvalor de resultado, aquélla sería estructuralmente idéntica a una tentativa inidónea si desde una perspectiva *ex ante* pareciera peligrosa para un espectador objetivo —expresado en otros términos: la concurrencia de los elementos objetivos de la causa de justificación no sería, *ex ante*, previsible—<sup>51</sup>.

Frente a la crítica de que, en tales supuestos, el resultado típico se ha producido efectivamente, se ha aducido que el desvalor de resultado no lo fundamenta el resultado típico, sino el resultado de injusto (*Unrechtserfolg*)<sup>52</sup>. Particularmente, esta solución fue sostenida por los defensores de la teoría de los elementos negativos del tipo. La conducta de quien, sin saberlo, actúa justificadamente no podría realizar el tipo, que para quienes sostienen la referida teoría está integrado por un tipo positivo —realización de los elementos del tipo penal— y otro negativo —ausencia de la concurrencia de una causa de justificación—<sup>53</sup>. La presencia de los elementos objetivos de una causa de justificación daría lugar a la comisión de una tentativa inidónea particular, que no se caracterizaría por la inidoneidad del objeto, sino por la situación justificante.

---

BGH 4 StR 551/12”, *HRRS* (10), 2013, p. 391: la acción del agente está dirigida, bajo su representación, a la realización del injusto, manteniéndose, pues, un desvalor subjetivo de acción [*subjektiver Handlungsunwert*]. Por esta razón, “sigue siendo posible el castigo por delito en grado de tentativa, pese a la existencia objetiva de la situación justificante. Sin embargo, debido a la objetiva situación de justificación, falta el desvalor de resultado [*Erfolgusunwert*] necesario para la punibilidad como delito consumado”; el mismo, “Vor § 32”, en Matt/Renzikowski, *StGB*, 2.ª ed., 2020, 428, nm. 8.

51 Cerezo Mir, *PG*, 6.ª ed., 1998, p. 202.

52 Roxin/Greco, *AT*, 5.ª ed., 2020, p. 756, nm. 105. Como se expondrá, en estos términos defendieron los representantes de la teoría de los elementos negativos del tipo la solución de la tentativa. Ciertamente, Roxin abandonó dicha teoría tras sostenerla en su tesis doctoral *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale* (1957), por considerar que hay razones preponderantes para mantener un sistema tripartito en el que se distingan tipicidad y antijuridicidad. Entre otras, que ambas categorías cumplen funciones político-criminales distintas. Sin embargo, tipicidad y antijuridicidad siguen siendo para este autor las dos partes integrantes de una “unidad superior”, el “tipo total de injusto” (*Gesamtatbestand*). Separarlas, por lo demás, permitiría evitar la importante crítica a la teoría de los elementos negativos del tipo que refiere la imposibilidad de esta última de dar cuenta de los deberes de tolerancia que generan las causas de justificación. Cfr. Roxin/Greco, *AT*, 5.ª ed. 2020, pp. 389-391, nm. 20-23. Puede comprenderse ahora, pues, que Roxin/Greco manifiesten una opinión idéntica a la de quienes sostienen la teoría de los elementos negativos del tipo en lo que aquí nos ocupa.

53 Por todos, Weigt, *Die Stellung der Rechtfertigungsgründe im Verbrechenbau. Ein Beitrag zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1969, p. 119. Da cuenta de la vinculación de la referida teoría con la solución de la tentativa, con referencias, Valle Muñoz, “La naturaleza graduable de lo injusto y la actuación en desconocimiento del presupuesto objetivo de una causa de justificación”, *LH-Roxin*, 1997, p. 453. Así mismo, Trapero Barreales, *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, 2000, p. 331; también, ya antes, Silva Sánchez, “Recensión de Schünemann, B.: Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre, G.A., 1985, pp. 341-380”, *ADPCP*, 1987, p. 540; Carbonell Mateu, *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, 1982, pp. 95 y s., destacando, sin embargo, que puede defenderse esta teoría y, a su vez, asumir una tesis objetiva de la justificación (pp. 95, 97 y s.).

Que se produzca la lesión de un bien jurídico no determinaría la consumación, sino que lo decisivo sería que se produzca un resultado desaprobado<sup>54</sup>.

## II. CRÍTICA DE LAS TESIS DE LA CONGRUENCIA Y DE LA COMPENSACIÓN DESDE LA DISTINCIÓN ENTRE ANTIJURIDICIDAD OBJETIVA E INJUSTO PENAL (ANTINORMATIVIDAD *EX ANTE* MERECEDORA DE PENA)

### A. El juicio de merecimiento de pena en sede de tipicidad

Los planteamientos referidos hasta aquí parten de la necesidad de trazar un paralelismo entre la fundamentación y exclusión del injusto. Ciertamente, si en ambos casos se estuviera hablando de lo mismo, esto es, del injusto penal, el referido paralelismo sería una necesidad lógica. Sin embargo, como tratará de mostrarse, las tesis referidas hasta aquí confunden, a mi juicio, dos planos distintos, el de la antijuridicidad objetiva o ilicitud<sup>55</sup> –determinación de posiciones jurídicas– y el de la antinormatividad merecedora y necesitada de pena, de modo que –salvo en el caso de la teoría de los elementos negativos del tipo– no fundamentan y excluyen lo mismo en cada caso. Concretamente, se fundamenta el injusto penal y se excluye algo más que este, a saber, la ilicitud de la acción. Por su parte, la tesis subjetiva basada en la teoría de los elementos negativos del tipo no es capaz de integrar el primero de los planos referidos en su esquema, de modo que las causas de justificación se convierten en causas de exclusión del injusto penal<sup>56</sup>, sin capacidad para dar cuenta de la conformidad o no a Derecho de la conducta.

Todas ellas, en realidad, toman como punto de partida metodológico en lo que hace a la relación de tipicidad y antijuridicidad una sucesión de dos juicios valorativos. Esta secuencia ha sido mantenida por todas las concepciones de la relación entre

54 Weigt, *Die Stellung der Rechtfertigungsgründe im Verbrechenbau. Ein Beitrag zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1969, p. 120.

55 Hago referencia con *antijuridicidad objetiva* a una fase de análisis previa a la antinormatividad, que tiene como función otorgar derechos e imponer deberes de tolerancia correlativos, esto es, determinar las posiciones jurídicas de los involucrados en un hecho. En un sentido similar, empleando el concepto de *lesividad*, véase Molina Fernández, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 645 y ss., 838, 842; el mismo, “Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito”, *icade. Revista cuatrimestral de las facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* (74), 2008, pp. 140 y ss. Aquí se sostendrá que, mientras la antijuridicidad objetiva –que, a diferencia del concepto de *lesividad*, excluye la posibilidad de que una acción amparada por una causa de justificación pueda ser repelida, a su vez, de forma justificada– sirve al fin de la determinación de posiciones jurídicas, la determinación del carácter de injusto penal de la conducta depende de la antinormatividad –evaluada desde una perspectiva *ex ante*– y del merecimiento de pena de ésta.

56 En el sentido de lo expuesto, entre otros, por Günther, Hans-Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, que se refiere con más detalle *infra*.

ambas categorías dogmáticas desde el descubrimiento de la tipicidad por Beling. Lo antedicho resulta evidente respecto de los planteamientos del propio Beling y de Welzel, por cuanto mantuvieron la independencia de ambas categorías<sup>57</sup>. Pese a que podría pensarse que no ocurre lo mismo con la concepción del tipo de Mezger y la de quienes sostuvieron la teoría de los elementos negativos del tipo, lo cierto es que también en sus planteamientos –por más que no conciban la realización justificada del tipo– se realizan dos juicios valorativos sucesivos. El primero es relativo a la relevancia jurídico-penal del hecho –realización del tipo positivo–, mientras que el segundo consiste en explorar si en el conjunto del ordenamiento jurídico hay alguna razón que sirva de contrapeso en la medida suficiente como para determinar que la relevancia jurídico-penal que, *a priori*, reúne la conducta no puede confirmarse –tipo negativo–. Este extremo fue destacado agudamente por Gracia Martín, a quien le parecía un hecho que debía “llamar la atención el que los defensores de la teoría de los elementos negativos del tipo no puedan dejar de distinguir conceptualmente entre una parte positiva del tipo formada por los elementos que fundamentan lo injusto específico, y una parte negativa constituida por la ausencia de los presupuestos fácticos de las causas de justificación”<sup>58</sup>. Así mismo, de lo antedicho da cuenta la posición de Mir Puig respecto de ambas concepciones de la relación entre tipicidad y justificación. A su parecer, es indudable que, como Welzel defendió empleando el conocido ejemplo de Kohlrausch, entre una conducta típica justificada y una atípica hay una diferencia valorativa. No obstante, sostuvo que ésta no debería ocultar que una conducta justificada no está prohibida, ni siquiera en abstracto<sup>59</sup>. Siendo esto último así, a su juicio debe entenderse correcta la teoría de los elementos negativos del tipo. No obstante, ésta debería matizarse, a fin de hacer compatibles las tesis de ambas teorías. Su propuesta consistía en distinguir entre “supuesto de hecho” [*Tatbestand*] y “tipo” [*Typus*]<sup>60</sup>. El primero consiste en “la descripción del hecho

57 Acerca de la evolución del concepto de *tipicidad*, en este sentido, Díez Ripollés, *Derecho penal español. Parte General*, 2020, pp. 179 y ss. Refiere las reminiscencias de la teoría del tipo de Beling en la tesis welzeliana, destacando, sin embargo, que esta última sí otorga un contenido de valor a la tipicidad como materia de prohibición, Weigt, *Die Stellung der Rechtfertigungsgründe im Verbrechenaufbau. Ein Beitrag zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1969, p. 29. A este respecto, resulta interesante observar que la teoría de los elementos negativos del tipo surge de la reconfiguración de la teoría del tipo tras Beling y que la tesis welzeliana sobre la tipicidad es una reacción a la presunta confusión de categorías que generó aquella, por lo que cierta similitud entre la posición de Beling y la de Welzel, es innegable. Entiende la evolución de la teoría de la tipicidad en un sentido similar Wilenmann, “Injusto, justificación e imputación”, en Pawlik *et al.* (coords.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, 2013, p. 124.

58 Gracia Martín, *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, 2006, p. 322.

59 Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1994, pp. 75 y s.

60 Puesto que la traducción de *Tatbestand* que sugiere Mir Puig difiere de la mayoritaria –con el fin de favorecer su defensa parcial de la teoría de los elementos negativos del tipo–, cabe poner de relieve aquí que *Tatbestand* ha sido traducido al español habitualmente como “tipo”, que sin embargo ha abarcado dos conceptos, el propio de *Tatbestand* y el de *Typus*. Esto implica, como advierte Sánchez-Ostiz, el peligro de que se pase “por alto el sentido de supuesto, esto es, base subyacente, materia,

antijurídico”. Equivale, a su juicio, “al supuesto de hecho de la norma prohibitiva o preceptiva completa”. El tipo, en cambio, es la “figura de delito” correspondiente, cuya realización no es excluida por la negación de la concurrencia del supuesto de hecho antijurídico. La denominación correcta sería, pues, la de “teoría de los ‘elementos negativos del supuesto de hecho’”<sup>61</sup>. El punto de vista de Mir Puig da cuenta de que, en realidad, las dos concepciones de la relación entre tipicidad y antijuridicidad se basan en la sucesión de dos juicios valorativos.

Puede afirmarse, por lo tanto, que en ambos casos se suceden dos juicios valorativos en los que el primero daría cuenta provisionalmente del merecimiento de pena de la conducta<sup>62</sup>, confirmándose o no el indicio en el segundo, a la vista de la concurrencia de causas de justificación. Ciertamente, la diferencia entre ambas tesis se encontraría en el carácter general o específico del segundo de los juicios referidos. Desde el punto de vista del finalismo o de quienes sostienen una concepción del tipo similar, el segundo juicio valorativo no es teleológico-penal, sino que determina la conformidad o no a Derecho de la conducta. Esta idea ha sido expresada –y defendida– con gran claridad por Díez Ripollés. El “juicio de antijuridicidad” –en el sentido de *presupuesto de la imposición de pena*, por lo que, a mi juicio, debería hablarse de juicio de injusto– se dividiría en dos. En primer lugar, se subsume la conducta en un tipo penal, afirmándose solamente *a priori* su desvalor (el injusto específico, en sus términos), por cuanto el juicio valorativo se realiza sin aprehender el contexto de forma completa –hace referencia, precisamente, a un “desvalor descontextualizado”<sup>63</sup>. Lo antedicho sirve al fin de precisar con todo detalle el significado de la conducta en sí misma<sup>64</sup>. En segundo lugar, se realiza un juicio valorativo ampliándose la perspectiva, observando la totalidad del ordenamiento jurídico. En este punto, se comprueba si alguna consideración valorativa puede neutralizar el injusto específico (de no ocurrir, se confirma el injusto genérico)<sup>65</sup>. Como –a mi juicio, acertadamente– señala

---

presupuesto, lo que ha pasado... y que sirve de referencia para aplicarle la ley” (cfr. Sánchez-Ostiz, “La herencia de un clásico: Beling y la doctrina del ‘Tatbestand’”, ADPCP, vol. 71 (1), 2018, pp. 128 y s. Sobre el origen y la evolución del concepto de “Tatbestand”, véase Schweikert, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*, 1957).

61 Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1994, p. 76.

62 Roxin/Greco, *AT*, 5.<sup>a</sup> ed., 2020, p. 389, nm. 20.

63 Díez Ripollés, *La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal*, 2.<sup>a</sup> ed., 2011, pp. 10-11.

64 Díez Ripollés, *La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal*, 2.<sup>a</sup> ed., 2011, p. 87. Habla el autor, por esta razón, de la “inflexibilidad valorativa del tipo, incapaz, dada su búsqueda de los elementos definidores del comportamiento abarcado, de prestar atención a la auténtica complejidad de la situación producida y de relativizar, en consecuencia, sus puntos de vista axiológicos”.

65 Díez Ripollés, *La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal*, 2.<sup>a</sup> ed., 2011, p. 87; similar, Schmidhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.<sup>a</sup> ed., 1984, p. 131: “En la comprensión escalonada del acontecimiento fáctico en lo que hace a la aplicación del Derecho penal se trata, *formalmente*, del *paso de un pequeño fragmento del acontecimiento a una mayor*”. La primera, más estrecha, es la relativa a la lesión típica de bienes jurídicos. La segunda, más amplia, es la relativa a las causas de justificación (nm. 4); también, Stratenwerth, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 3.<sup>a</sup> ed., 1981, p. 71.

Díez Ripollés, esta conclusión es la que debe alcanzarse, especialmente, por quienes sostienen la sustantividad del contenido del desvalor típico, por ejemplo, calificando la conducta típica como antinormativa, cuya antijuridicidad es comprobada después atendiendo al ordenamiento en su conjunto<sup>66</sup>.

En mi opinión, el juicio de merecimiento de pena que se realiza en sede de tipicidad solamente es provisional, efectivamente, en lo que hace a la determinación de dicho merecimiento. Sin embargo, tiene efectos definitivos para el juicio de justificación. Por un lado, condiciona su estructura, puesto que el valor justificante habría de corresponderse con el desvalor típico. Esto implica, en relación con la tesis objetiva de la justificación, que se analizará la licitud de la acción tras haberse afirmado que reúne la suficiente gravedad como para, de no estar justificada, ser respondida con la imposición de una pena. Siendo así, no cabrá distinguir las acciones no justificadas, pero merecedoras de pena de las que, sin estar tampoco justificadas, no merecen pena<sup>67</sup>. En lo que hace a las tesis subjetivas de la justificación, no solo darían lugar a este problema, sino que además teñirían el juicio de justificación del carácter subjetivo que tiene el juicio de fundamentación del injusto –de desvalor típico– en su marco. Como se expondrá, aquí se sostiene que este juicio pretendidamente provisional de merecimiento de pena conduce a una confusión de planos que impide distinguir entre la determinación de posiciones jurídicas y el merecimiento de pena de la conducta del agente.

Otro efecto del juicio pretendidamente provisional de merecimiento de pena realizado en sede de tipicidad sobre el juicio de justificación sería que éste habría de configurarse con arreglo al principio de *stricta necesidad* (*Erforderlichkeit*). Armin Kaufmann sostuvo que la *necesidad* constituye, con carácter general, un principio estructural de las causas de justificación. La prohibición o permisión de la conducta depende, pues, de que se lesione lo menos posible el bien jurídico correspondiente. El fin de la conducta, por lo tanto, solamente justifica el medio por el que se realiza cuando la medida de la lesión del bien jurídico era la necesaria para la salvaguarda del bien correspondiente<sup>68</sup>. Esta exigencia presupone un primer juicio de valoración

---

Las normas jurídico-penales –comenta el autor–, tienen un contenido muy limitado, comprendiendo únicamente la clase de conducta. El amplio abanico de posibles situaciones excepcionales o de conflicto en las que el desvalor típico puede ser superado, es demasiado extenso como para tenerse en cuenta ya en la formulación de la norma de conducta (nm. 175).

66 Díez Ripollés, *La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal*, 2.ª ed., 2011, p. 92, citando a varios autores de la escuela del finalismo como Welzel, Armin Kaufmann o Cerezo Mir.

67 Es decir, no cabe hablar de *causas de exclusión del injusto penal* o del merecimiento de pena.

68 Kaufmann, Armin, *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 254-258; el mismo, “Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung”, *JZ* (2), 1955, p. 40; el mismo, “Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht”, *FS-Welzel*, 1974, p. 401; de acuerdo con la tesis de Armin Kaufmann, Gracia Martín, *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, 2006, pp. 272 y s.: a su juicio, esto se explica con arreglo a “la teoría económica de los bienes jurídicos” que este autor propone “con base en los planteamientos de Welzel”

negativo respecto de las acciones que, reuniendo las mismas características en cuanto a su repercusión en el ámbito de vida de otro, no resultan necesarias para dicho fin<sup>69</sup>. La necesidad se erige, por ende, en condición indispensable para la justificación. Ese primer juicio de valoración negativo es, para Armin Kaufmann, la tipicidad de la acción. Solamente de acciones típicas puede predicarse la justificación<sup>70</sup>.

El punto de vista de este autor se entiende con mayor facilidad si se observa su posición acerca de la génesis de la norma. Kaufmann mantuvo, como es sabido, que la norma surge de tres valoraciones. La primera consiste en una valoración positiva referida a ciertos bienes que conforman un orden, un estado de cosas que querría preservarse con el Derecho<sup>71</sup>. La segunda consiste en una valoración negativa relativa al suceso que atenta contra la integridad de tales bienes<sup>72</sup>. La última de las tres valoraciones consiste en la valoración de la producción del estado de cosas perjudicial como obra humana, esto es, se refiere al desvalor de acción<sup>73</sup>. Este esquema da lugar a un problema adicional. La sucesión de valoraciones referida en lo que hace a la génesis de la norma debería implicar que la acción justificada es, asimismo, antinormativa –en los términos del finalismo–. Esto, como sugeriría el comentario de Welzel a la contraposición del ejemplo de Kohlrausch<sup>74</sup>, llevaría a entender que

---

(véase pp. 216-222. En resumen, el autor expone que, como en la teoría económica, los bienes jurídicos son escasos y la vida social implica su uso y consumo permanente, por lo que están sometidos a desgaste. Dicha escasez obliga a “poner límites a sus usos”. Si el uso valioso de un bien jurídico da lugar a la afectación de otro, es necesario establecer límites. Si las causas de justificación son de aplicación solamente en relación con acciones típicas –que, por ende, suponen la limitación del uso o consumo de un bien jurídico atendiendo a la tesis de Gracia Martín–, entonces su autorización se limita “a lo estrictamente necesario”).

- 69 De hecho, como expone Armin Kaufmann, el criterio valorativo para determinar la justificación de la acción consiste en comparar el contenido de desvalor de las distintas alternativas para evitar el peligro para los propios bienes o de terceros (el autor hace referencia, en este caso, a la acción defensiva). Solamente la acción que menor desvalor contenga podrá ser justificada. Cfr. Kaufmann, Armin, *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 255.
- 70 Kaufmann, Armin, *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 255: “En cuanto a la existencia [*Existenz*], el juicio valorativo subyacente a la norma tiene primacía lógica (no, asimismo, temporal) sobre la justificación. Solamente al darse “*per se*” la antijuridicidad (el desvalor de acción), esto es, al ser indicada por la “tipicidad”, puede realizarse el juicio de justificación, faltando, de lo contrario, su objeto”. En consecuencia, expone el autor que el criterio de la necesidad (*Erforderlichkeit*) no se emplea respecto de acciones defensivas atípicas. La valoración como justificada de una acción deja sin efecto el juicio de desvalor previo, subyacente a la realización del tipo, de modo que el juicio de justificación, relativo a ambas valoraciones, puede entenderse como un “juicio de colisión” (*Kollisionsurteil*). De no concurrir la primera, se confirma el carácter desvalorado de la acción (p. 256).
- 71 Armin Kaufmann, *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 69 y s.
- 72 Armin Kaufmann, *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 70 y s.
- 73 Armin Kaufmann, *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 71 y s.
- 74 Sobre el uso de dicha contraposición en relación con la discusión sobre la teoría de los elementos negativos del tipo, Ortiz de Urbina, “De moscas y agresores muertos. Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito bipartita más allá (y a pesar de) la teoría de los elementos negativos del tipo”, *InDret* (3), 2008, p. 4, n. 1.

en todo supuesto en el que concurra una causa de justificación puede hablarse de un estado de cosas desvalorado. Esta conclusión, de hecho, fue aprovechada por Armin Kaufmann a efectos de solucionar el denominado *problema del destinatario*<sup>75</sup> en el marco de la discusión sobre la teoría de las normas. La acción del inimputable no es completamente irrelevante a efectos jurídicos porque también es antinormativa, por más que no pueda infringir un deber personal derivado de la norma abstracta infringida. El problema es que, si esto fuera así, difícilmente podría hablarse de deberes de tolerancia vinculados a la justificación –si la conducta justificada es, también, antinormativa y esta calificación tiene efectos distributivos, cabría repelerla justificadamente<sup>76</sup>. Así, una de las críticas más importantes del finalismo a la teoría de los elementos negativos del tipo perdería vigor y el enfrentamiento entre conductas justificadas habría de entenderse posible, invalidándose la capacidad del Derecho para determinar las posiciones jurídicas en la relación horizontal interpersonal.

Aquí se sostiene, en cambio, que no hay norma de conducta alguna que pretenda la evitación de una conducta amparada por una causa de justificación y que el estado de cosas que ésta produce no se desvalora por el Derecho. Esto, de hecho, puede afirmarse aprovechando el planteamiento del finalismo sobre la génesis de la norma de determinación. Como expuso Gracia Martín –siguiendo a Armin Kaufmann–, los bienes jurídicos se erigen sobre la base de proposiciones distributivas que, a su vez, se fundamentan en un juicio de valor acerca del orden social que pretende preservar el Derecho<sup>77</sup>. Por tanto, la determinación y concreción de bienes jurídicos y de su protección no puede tener lugar con independencia de este último juicio. Si esto es así, en la determinación de la conformidad a Derecho de una acción no rige un criterio distinto según se produzca o no un menoscabo de bienes jurídicos –que, por lo

75 En general, sobre esta cuestión, ampliamente Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., 2010, pp. 559 y ss. También, entre otros, Alpaca Pérez, *Teoría de las normas e injusto penal*, 2022, pp. 69 y ss.; el mismo, “Consideraciones sobre normas, derechos y deberes en el injusto penal”, *InDret* (1), 2022, pp. 272 y ss.

76 Como aduce Wilenmann, si la mera antinormatividad genera derechos de defensa, ¿por qué no debería ocurrir lo mismo cuando concurre una causa de justificación? En el planteamiento de Armin Kaufmann, la conducta del que obra justificadamente es antinormativa. Si bien antinormatividad no es todavía infracción de un deber, su afirmación tiene efectos distributivos (véase Armin Kaufmann, *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 127). Siendo así, por ejemplo, actuar en legítima defensa, al haberse infringido una norma –pese a no serle exigible al autor que no lo hiciera (no hay infracción de deber)– debería dar lugar a un derecho de defensa. Por ende, cabría defensa justificada frente a la legítima defensa. Cfr. Wilenmann, “Injusto, justificación e imputación. La teoría de la antijuridicidad en la dogmática penal”, en Pawlik *et al.* (coords.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, 2013, p. 150.

77 Gracia Martín, *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, 2006, p. 86. El análisis, por ende, daría inicio con la referencia a un orden social que se pretende preservar, seguido de la concreción de los bienes jurídicos cuya integridad debe protegerse a tal fin. Estos, por lo tanto, no podrían ser entendidos como meros objetos en sentido fáctico, calificándose toda relación o toma de contacto con ellos como un menoscabo que puede estar o no justificado.

demás, es una cuestión valorativa—. Ciertamente, se trate o no de acciones típicas, toda interferencia fáctica en el ámbito de vida de otro conduce a que el ordenamiento jurídico deba pronunciarse acerca de si dicha interferencia es o no lícita, pero la fundamentación de la licitud no depende de si se produce una puesta en contacto o incluso el menoscabo de un objeto, sino atendiendo al parámetro adecuado al ámbito de razones por las que un hecho puede entenderse conforme a un orden social determinado<sup>78</sup>. Como sostuvo Silva Sánchez frente a la opinión de Armin Kaufmann, que defendía la existencia de una colisión entre una norma prohibitiva y otra permisiva en abstracto<sup>79</sup>, la colisión que se produciría entre prohibiciones y permisiones no es “externa a la norma, entre norma primaria (prohibitiva, por ej.) y proposición permisiva, sino interna a la misma”<sup>80</sup>. Así entendida, la norma no abarcaría hechos justificados<sup>81</sup>. Esta tesis, a mi juicio, puede sostenerse también como punto de partida para entender que la justificación no opera tras el juicio de tipicidad, sino con anterioridad a éste, de modo que la concurrencia de una causa de justificación dé cuenta de que el agente se encuentra en un espacio de licitud.

Lo antedicho no significa, sin embargo, que no se reconozca el valor de la propuesta del finalismo sobre la relación entre tipicidad y justificación. Como se ha expuesto, aquí se sostiene que la traducción dogmática welzeliana de esa diferencia valorativa mezcla los planos de la valoración sobre la licitud general y el merecimiento de pena de una conducta, de modo que hace depender la primera de un elemento propio de la segunda: solamente es lícita la conducta de quien conoce que concurren los elementos objetivos de una causa de justificación. No obstante, la conocida expresión de Welzel

---

78 Este punto, a mi juicio, lo aclara Spena en el contexto de la discusión sobre las posiciones jurídicas hohfeldianas. Véase Spena, “The Strange Case of the Protective Perimeter: Liberties and Claims to Non-interference”, *Law and Philosophy* (31), 2011, pp. 161 y ss. El texto es un buen punto de partida para exponer que, más allá de las acciones autorreferentes, o bien se abre un espacio de competencia recíproca permitida (véase p. 23, n. 100) o de afectación regulada (como el ejercicio de un deporte violento regulado) o bien la conformidad a Derecho de la interferencia en el ámbito de vida de otro habrá de determinarse según la razón por la que resulte conforme al orden social que corresponda. Así, podrá tratarse, por ejemplo, de acciones que se consideran parte del desarrollo integral del ser humano en comunidad (como el ejercicio de derechos fundamentales activos o de otros derechos subjetivos dispuestos para el desarrollo social y económico) o de acciones necesarias para la preservación de determinados bienes (las causas de justificación).

79 Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., 2010, pp. 529-534.

80 Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., 2010, pp. 531 y s. Por lo demás, explica el autor que su posición no es tan distinta a la que sostenían Welzel o Armin Kaufmann, por cuanto se trata de llevar la colisión a un plano “previo e interno, valorativo”, que configure el ámbito del deber, entendido como un deber que se traduce en una directriz “concreto-general” y no “concreto-individual” (p. 533).

81 Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., 2010, pp. 533 y s. En términos similares ha expresado Robles Planas que solo tras un triple análisis relativo a si la conducta puede entenderse un riesgo permitido, una conducta justificada o resultaba inexigible comportarse de otro modo, puede establecerse el contenido de la norma de conducta. Cfr. Robles Planas, *Teoría de las normas y sistema del delito*, 2021, p. 81.

sobre que sería peor en términos valorativos matar a un hombre en legítima defensa –conducta típica, pero justificada– que matar a un mosquito –conducta atípica–<sup>82</sup> da cuenta, en mi opinión, de una verdadera diferencia valorativa, la que hay entre lo que ha sido considerado causas de atipicidad que dan cuenta de la licitud del hecho<sup>83</sup> y el ejercicio de un derecho subjetivo derivado de una causa de justificación. Un buen ejemplo de las primeras, en mi opinión, lo constituyen los derechos fundamentales. A diferencia de los derechos subjetivos que surgen del proceso de especificación de aquéllos –en cuya fundamentación tiene prioridad el derecho subjetivo asignado, por lo que su especificación se rige conforme a la adecuación de una conducta a la obtención del bien que se pretende realizar–<sup>84</sup>, los que se obtienen de las disposiciones que regulan las causas de justificación se fundamentan otorgándose prioridad argumentativa a los deberes correlativos al derecho de defensa o necesidad. De este modo, la especificación del derecho gravita sobre el grado de exigibilidad en relación con los afectados por el hecho potencialmente justificado<sup>85</sup>. Esta es, precisamente, la razón por la que, efectivamente, el principio de estricta necesidad (*Erforderlichkeit*) rige el juicio de justificación. Solamente puede exigirse al afectado tolerar la acción estrictamente necesaria para salvar el bien jurídico en peligro, por cuanto se trata de

82 Welzel, “Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem”, *ZStW*, vol. 67 (2), 1955, p. 210.

83 Así, por ejemplo, Luzón Peña distingue entre las causas de atipicidad “por falta ya de toda relevancia jurídica general”, esto es, “causas que excluyen ya el tipo legal en el sentido de *tipo indiciario del injusto o del ilícito (por falta de indicio de cualquier injusto, incluso extrapenal)*” y las “causas de exclusión sólo de la tipicidad penal”, tratándose en este caso de una conducta que es “jurídicamente relevante”, pero “no es lo suficientemente grave como para constituir un injusto penal”, aunque “no llega a estar jurídicamente permitida o justificada”. Cfr. Luzón Peña, *PG*, 3.<sup>a</sup> ed., 2016, p. 319, nm. 20/3 (los resaltados son del texto original); el mismo, “Causas de atipicidad y causas de justificación”, en el mismo/Mir Puig, *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, 1995, p. 21. También Silva Sánchez trazaría una distinción similar al referir el riesgo permitido como causa de atipicidad o como causa de justificación, atendiendo al “distinto grado de concreción o especificación de la conducta”. Cfr. Silva Sánchez, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 53. Similar, Robles Planas sostiene que la norma de conducta, para estar completa y que emane un deber de ella debe superar tres niveles de concreción. La distinción entre instituciones como el riesgo permitido y las causas de justificación está en el nivel de concreción de la norma en el que se encuentran y, por ende, en la clase de consideraciones que dan lugar a negar la desaprobación de la conducta, pero en ambos casos la acción será lícita si se ampara en ellas. Cfr. Robles Planas, *Teoría de las normas y sistema del delito*, 2021, pp. 100 y ss.

84 Esto mismo ocurriría, a mi juicio, respecto de algunas instituciones dogmáticas cuya ubicación ha ido oscilando entre la atipicidad y la justificación, como la adecuación social, el consentimiento o el riesgo permitido.

85 Esto, asimismo, explica en mi opinión, lo que Baldó Lavilla refiere como “privilegio del Estado al error” (*Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las “situaciones de necesidad”*, 1994, p. 271). Entre los deberes policiales regulados legalmente puede distinguirse, a mi juicio, también entre ambas formas de fundamentación. Así, por ejemplo, en el caso del deber de detención. En estos casos, la licitud de la actuación policial se mide –y se establece legalmente– con arreglo a lo que puede exigirse a la ciudadanía soportar, pudiendo explicarse en este caso por la existencia de mecanismos procesales como remedio y por la necesidad de operar preventivamente para asegurar la integridad de ciertos bienes.

acciones –las justificadas– que no tratan de promoverse por el ordenamiento jurídico<sup>86</sup>. Precisamente, se prevén recursos institucionales a fin de evitarlas, procediendo actuar justificadamente solamente cuando aquellos no están disponibles<sup>87</sup>. En definitiva, en ambos casos se trata de acciones que se mueven en un ámbito de licitud, pero el fundamento de ésta es distinto en cada caso y el esfuerzo del finalismo por distinguir entre ambos se entiende aquí perfectamente aprovechable para la tesis propuesta, así como su preocupación por disponer de una institución dogmática con efectos distributivos –de asignación de derechos y deberes de no-interferencia correlativos.

## **B. La teoría de los elementos negativos del tipo: la justificación como exclusión del injusto penal (o la equivalencia entre atipicidad y justificación)**

En cambio, en el marco de la teoría de los elementos negativos del tipo el segundo juicio valorativo es teleológico-penal, esto es, se circunscribe a la determinación del merecimiento o no de pena de la conducta. Este aspecto se ve con claridad en el primer representante –tras la introducción de la categoría de la *tipicidad* por Beling– de esta teoría, Baumgarten<sup>88</sup>. Este autor objetaba a Beling que si del juicio de tipicidad se distingue otro en el que se pregunta por la antijuridicidad, se dobla innecesariamente el mismo juicio, por más que sea cierto que conduce a tal práctica la “a menudo verdaderamente difícil precisión de la norma”, en referencia a la determinación de sus contornos atendiendo a la concurrencia de causas de justificación<sup>89/90</sup>. En su opinión, si el delito es descrito como una acción antijurídica, entonces la tipicidad, que, precisamente, contiene los elementos positivos y negativos de la antijuridicidad, no tiene significado sistemático alguno. Por el contrario, si los elementos negativos se

86 Muy claro a este respecto, Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., 2010, p. 535.

87 Así, entre muchos otros, Engländer afirma la subsidiariedad de la legítima defensa respecto de la evitación estatal de peligros, concretamente por parte de los agentes de policía. Cfr. Engländer “§ 32 Notwehr”, en Matt/Renzikowski, *StGB*, 2020, p. 454, nm. 34. Así mismo, en el ámbito del estado de necesidad, la solución estatal tiene prioridad. Al respecto, entre otros, véase Coca Vila, “Ocupación pacífica de vivienda (art. 245.2 Cp) en estado de necesidad. Subsidiariedad y canales institucionalizados ante la necesidad social”, en Correcher Mira (dir.), *Sistema penal y exclusión. Una mirada integral al conflicto de la desigualdad en el ámbito del Derecho penal*, 2023, pp. 157 y ss.

88 Dicha condición le adjudican Schweikert, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*, 1957, p. 34 y Weigt, *Die Stellung der Rechtfertigungsgründe im Verbrechenaufbau. Ein Beitrag zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1969, p. 10.

89 Baumgarten, *Der Aufbau der Verbrechenlehre. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Strafrechtsverhältnis*, 1913, p. 219.

90 Añade el autor que a esta conclusión debe llegarse pese a que las causas de justificación no aparezcan previstas junto a cada uno de los tipos penales respecto de los que resultan aplicables puesto que esto se debería sencillamente a una razonable técnica legislativa. Baumgarten, *Der Aufbau der Verbrechenlehre. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Strafrechtsverhältnis*, 1913, p. 223. Este conocido argumento es común a los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo. Lo destaca Schweikert, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*, 1957, p. 34, n. 89 *in fine*.

incluyen en la tipicidad, no habría ningún elemento del delito restante para la antijuridicidad –como juicio independiente–<sup>91</sup>. La antijuridicidad para Baumgarten, pues, pasa a ser un elemento de la tipicidad, compuesta por los elementos positivo y negativo de aquélla<sup>92</sup>. Esta reconfiguración de la relación entre tipicidad y antijuridicidad da lugar, en su planteamiento, a la afirmación de que “todos los presupuestos del delito [*Verbrechensvoraussetzungen*] sin excepción son presupuestos de la punibilidad”<sup>93</sup>. La tesis de Baumgarten conduce, por lo tanto, a otorgar un carácter exclusivamente teleológico a la teoría del delito. Su fin no es otro que la determinación de si procede o no la imposición de pena, conclusión que, por lo demás, se refleja con claridad en la reiterada crítica a esta teoría que refiere su incapacidad para dar cuenta completamente de alguno de los efectos de la concurrencia de una causa de justificación<sup>94</sup>.

La teoría de los elementos negativos del tipo conduce, pues, a evitar la declaración de tipicidad de la conducta justificada. Sin embargo, muestra sus flaquezas al exigir un elemento subjetivo para la justificación. Tratando de librarse de la tipicidad como

---

91 Baumgarten, *Der Aufbau der Verbrechenslehre. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Strafrechtsverhältnis*, 1913, pp. 234 y s.

92 Schweikert, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*, 1957, p. 34.

93 Baumgarten, *Der Aufbau der Verbrechenslehre. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Strafrechtsverhältnis*, 1913, p. 237.

94 Por todos, véase Hirsch, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund*, 1960, pp. 273-275. Hirsch entendía que, de hacerse equivar antinormatividad (o, en sus propios términos, infracción de una prohibición [*Verbotswidrigkeit*]) y antijuridicidad, como se haría desde los postulados de la teoría de los elementos negativos del tipo, no habría espacio para normas permisivas independientes de la prohibición penal que pudieran tornar lícita la conducta prohibida. De este modo, solo podríamos distinguir entre “conductas prohibidas y no prohibidas, jurídico-penalmente relevantes e irrelevantes”. A su juicio, en cambio, las normas permisivas no tienen la función de restringir el ámbito de las normas prohibitivas, sino que otorgan derechos subjetivos, cuyo efecto reflejo no es otro que la imposición de deberes de tolerar la conducta justificada (lo afirma, también, en sus comentarios previos al § 32 StGB. Cfr. Hirsch, “Vor § 32”, *LK-StGB*, 11.ª ed., 2003, p. 146, nm. 65). Esta misma crítica formula Wilenmann, “Injusto, justificación e imputación”, en Pawlik *et al.* (coords.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, 2013, p. 156: “[l]a teoría de los elementos negativos del tipo no podría explicar el gatillamiento de deberes de tolerancia dados por la justificación”. Como se verá más adelante, en la exposición de la tesis que aquí se sostiene –la de la separación de los juicios de licitud y punibilidad–, Wilenmann trata de reconstruir la teoría de los elementos negativos del tipo, reivindicando que, si las causas de justificación son verdaderos elementos negativos del tipo, la consecuencia de su concurrencia no es la “negación de la imputación” –objetiva– (lo propio de la concepción de las causas de justificación “como excepciones a la aplicación de normas de comportamiento típicas”), sino la “no valoración” (pp. 160 y s.); en el mismo sentido, Eisele, “Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.”, *S/S-StGB*, 30.ª ed., 2019, nm. 18. También, aunque de forma menos explícita –puesto que son partidarios de un tipo total de injusto en el que, sin embargo, se realice una distinción de planos entre tipicidad y antijuridicidad en el proceso de determinación del injusto–, expresan esta objeción a la teoría de los elementos negativos del tipo Roxin/Greco, que entienden que una teoría del delito bipartita que no distinga entre tipicidad y antijuridicidad no es capaz de captar las distintas consecuencias jurídicas que surgen de la atipicidad y de la justificación. Cfr. Roxin/Greco, *AT*, 5.ª ed., 2020, pp. 391 y s., nm. 22.

categoría independiente en la teoría del delito, muestra en sede de justificación que dicho intento no es completamente exitoso, por cuanto el juicio de justificación está inevitablemente marcado por la previa constatación de la realización del tipo positivo. De este modo, reproduce la estructura de la relación entre tipicidad y antijuridicidad del finalismo, pero con la desventaja de que torna imposible la caracterización de la conducta justificada como ejercicio de un derecho subjetivo, con deberes de tolerancia correlativos. Esto, a su vez, demuestra que la discusión acerca de si la tipicidad es *ratio cognoscendi* o *ratio essendi* de la antijuridicidad es producto, sencillamente, de la confusión que genera denominar *tipicidad* a objetos distintos. La tipicidad que refiere, por ejemplo, el finalismo, que es concebida como *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, es solamente equiparable al tipo positivo de la teoría de los elementos negativos del tipo. Cuando partiendo de ésta se objeta que, en realidad, la tipicidad es más que un mero indicio, siendo la *ratio essendi* de la antijuridicidad, está llamando tipicidad a la conjunta concurrencia del tipo positivo y el tipo negativo. Lo que consigue, por lo tanto, esta teoría, es más bien convertir las causas de justificación en causas de exclusión del merecimiento de pena.

Por lo demás, no puede compartirse aquí el rechazo a la existencia de deberes de tolerancia como tales, que serían en la propuesta de los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo –aunque no solo en ésta– únicamente el reflejo de la imposibilidad de que una acción quede amparada por una norma permisiva. Algunos autores, con independencia de su adhesión a esta teoría sobre la relación entre tipicidad y justificación, recurren al esquema hohfeldiano de derechos subjetivos para negar la existencia de los denominados “deberes de tolerancia”<sup>95</sup>. Así, las causas de

---

95 Entre otros, Mañalich, “Normas permisivas y deberes de tolerancia”, en el mismo (coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, 2013, pp. 177 y ss. En su propuesta, la construcción teórica que sostiene la existencia de los referidos deberes de tolerancia es, en realidad, superflua. La ilicitud del impedir actuar justificadamente derivaría de su subsunción “bajo una norma prohibitiva” (p. 247), sin que quede cubierta por una causa de justificación. Así, el “deber de abstención” –en sus términos– en caso de respuesta frente a una acción amparada por la legítima defensa se fundamentaría en la prohibición de lesionar a otro cuando no concorra una causa de justificación. No cabe en tal caso, precisamente, porque la causa de justificación de legítima defensa requiere responder a una agresión ilegítima, es decir, que son los propios presupuestos de la norma permisiva los que impiden que queda actuar justificadamente frente a una acción asimismo justificada (pp. 251 y ss.). A mi juicio, a este punto de vista pueden hacerse, al menos, dos importantes objeciones. En primer lugar, hace depender de la construcción doctrinal correspondiente del estado de necesidad defensivo que éste quepa o no frente a acciones justificadas –ciertamente, en su propia propuesta no cabe (p. 263), pero es conocida la posición de otros autores que sí lo admiten (por ejemplo, Luzón Peña, *PG*, 2016, pp. 335 (nm. 21/7), 337 (nm. 21/18), 386 [nm. 23/21])–. Precisamente, Mañalich aduce la necesidad de que el estado de necesidad defensivo se configure de tal modo que quede “desactivada la posibilidad de un regreso al infinito en la fundamentación de permisos para el impedimento “defensivo” de la ejecución de acciones a su vez permitidas en sentido fuerte” (p. 264). A mi juicio, más allá de la fundamentación de la imposición de una pena a quien infringe un deber de tolerancia o de no-interferencia, es precisamente la necesidad que refiere lo que indica la función de un concepto como el de deber de tolerancia correlativo a un derecho subjetivo, a saber, la determinación inequívoca de posiciones jurídicas. Por otro lado, si

justificación serían meras *liberties* (ausencia de deber de omitir una acción típica, sin deber correlativo, sino con un *no-right*<sup>96</sup> correlativo)<sup>97</sup> y no *claim-rights* (derecho respecto de terceros), con lo cual sencillamente dejarían sin efecto la prohibición contenida en el tipo penal, sin deber correlativo de no-interferencia. Sobre esta base, el ejercicio conflictivo de causas de justificación sería posible (cabría el estado de necesidad defensivo frente al estado de necesidad agresivo, por ejemplo), como ocurre entre los púgiles de un combate de boxeo<sup>98</sup> o como ocurriría entre quienes pasean por una vía peatonal o quienes pretenden sentarse en el mismo banco, en el que solo queda un asiento.

Esta tesis, sin embargo, implica asumir que el Derecho no permite determinar las posiciones normativas de los involucrados en un hecho de forma relacional, sino que se determinan de forma aislada. Así, en el conocido *cabin case*<sup>99</sup>, la *liberty* del excursionista no diría nada acerca de la posición normativa del dueño de la cabaña, incumpléndose, pues, el objetivo de Hohfeld al formular su cuadro de posiciones opuestas y correlativas. Además, el ejemplo del combate de boxeo no sirve sino para confirmar el carácter definitivo de esta crítica, siendo que en tal supuesto es el propio Derecho el que determina la existencia de un espacio de *competencia recíproca*

---

la prohibición de impedir una acción justificada depende de la existencia de un tipo penal en el que se subsuma la acción obstativa –así parecería entenderlo cuando refiere la coacción violenta como fundamento de aquélla–, las acciones al menos objetivamente antijurídicas no punibles –como la coacción no violenta– podrían constituir una posibilidad de defensa frente a acciones justificadas. De no ser así, por entender que la referida prohibición no tiene por qué tener carácter penal, la pregunta sería por qué no es entonces la ilicitud de la acción obstativa precisamente expresión del principio de que no cabe actuar justificadamente frente a acciones justificadas, que se expresa en la existencia de un deber de tolerancia o de no-interferencia correlativo a todo derecho subjetivo).

- 96 B, el afectado por la acción de A, no tendría derecho alguno a que A no realice dicha acción. Esto solamente implica que A no tiene un deber de no realizarla, no que tenga un derecho a hacerlo con un deber de no-interferencia correlativo. A este respecto, muy claro García Amado, “Los derechos: sus clases y sus relaciones”, en el mismo/Sendín Mateos (dirs.), *Argumentación jurídica y conflictos de derechos*, 2021, pp. 18 y s. Sosteniendo, en nuestro ámbito de discusión, una concepción de las *libertades* o *privilegios* contraria a la de Mañalich y, por ende, asignando un deber de no-interferencia –aunque de menor intensidad– al afectado por quien realiza una acción cubierta por las instituciones referidas (*libertades* o *privilegios*), Freeland, *El estado de necesidad agresivo justificante. Una propuesta limitadora*, 2023, pp. 286 y ss.
- 97 Suele hacerse referencia al ejemplo usado por Hohfeld (que toma de J. C. Gray) de la *shrimp salad*. Véase Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *The Yale Law Journal*, vol. 23 (1), 1913, pp. 34-36.
- 98 Este es el ejemplo empleado por Carrió, “Nota preliminar”, en Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, 1991, pp. 7-24.
- 99 Feinberg, “Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life”, *Philosophy & Public Affairs* (7-2), 1978, p. 102: “Suppose that you are on a backpacking trip in the high mountain country when an unanticipated blizzard strikes the area with such ferocity that your life is imperiled. Fortunately, you stumble onto an unoccupied cabin, locked and boarded up for the winter, clearly somebody else’s private property. You smash in a window, enter, and huddle in a corner for three days until the storm abates. During this period you help yourself to your unknown benefactor’s food supply and burn his wooden furniture in the fireplace to keep warm”.

permitida<sup>100</sup>. Lejos de establecer la existencia de dos libertades enfrentadas, da cuenta de la ausencia de libertades que amparen la posición de los púgiles, por cuanto sus posiciones normativas no implican ventaja alguna sobre el otro. Frente a acciones no autorreferenciales que constituyen una auténtica interferencia en la libertad de los demás (en los referidos espacios de competencia recíproca permitida no puede hablarse de ésta)<sup>101</sup>, el Derecho toma posición bien creando espacios de competencia recíproca permitida o bien otorgando un auténtica *liberty* (derecho a hacer X, con deber correlativo de no-interferencia), que se diferencian de los *claim-rights* por ser derechos activos. Lo antedicho permite argumentar que el Derecho da cuenta de que, en realidad, las causas de justificación otorgan auténticos derechos subjetivos. Un sistema en el que se aboque a las partes involucradas en un conflicto de intereses a la lucha por satisfacer su correspondiente interés asume una posición de indeterminación frente a la configuración de la vida en común. Un ordenamiento jurídico que, por el contrario, hace posible la coordinación necesaria para perseguir el bien común parte de que el carácter justificado de una acción determina el carácter injustificado de la interferencia que impide su realización (“co-dependencia negativa” en términos de Hurd/Moore, que impediría lo que denominan “moral combat”, esto es, el conflicto de libertades interpersonal)<sup>102</sup>.

### C. Propuesta de reubicación sistemática de la justificación como fase previa al análisis de la antijuridicidad objetiva o ilicitud

Como ha demostrado Wilenmann, es posible una reformulación de la teoría de los elementos negativos del tipo que no incurra en este problema –imposibilidad de explicar la existencia de deberes de tolerancia–. En su planteamiento, las causas de justificación referirían un ámbito de conductas incluido *a priori* en algunas de las normas de conducta que subyacen a los tipos penales, extrayéndolo de éstas<sup>103</sup>. De este modo, no se limitarían a descartar el merecimiento de pena de una conducta antinormativa, sino que, en realidad, no se estaría frente a infracción de norma alguna, por cuanto las conductas justificadas no serían objeto de las normas de conducta. Extraer de la tipicidad las conductas justificadas, derivando de éstas derechos

100 Weissinger, *Content and Competence. A Descriptive Approach to the Concept of Rights*, 2019, pp. 133-160.

101 Sobre esta cuestión, Spina, “The Strange Case of the Protective Perimeter: Liberties and Claims to Non-interference”, *Law and Philosophy* (31), 2011.

102 Hurd/Moore, “The Hohfeldian Analysis of Rights”, en *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 63 (2), 2018, p. 327. Similar, Silva Sánchez expone que “la permisión de la conducta de un sujeto A conlleva necesariamente la no-permisión de la conducta de un sujeto B que se enfrenta a la conducta permitida de A”, siendo lo antedicho precisamente “lo específico de un permiso, frente a lo que sucede con una excusa”. Cfr. Silva Sánchez, “Prólogo”, en Pawlik *et al.* (coords.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, 2013, p. xv.

103 Wilenmann, “Injusto, justificación e imputación”, en Pawlik *et al.* (coords.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, 2013, pp. 156-165.

subjetivos a los que les corresponden deberes de tolerancia correlativos, conduciría a invertir –acertadamente– el orden habitual de análisis. La antijuridicidad precedería al juicio de tipicidad como juicio sobre el merecimiento de pena, un planteamiento que, por cierto, ya puede intuirse en una de las fases de la posición de Binding<sup>104</sup> y en Dohna<sup>105</sup>, por ejemplo. La antijuridicidad objetiva o ilicitud establecerían el punto a partir del que no hay deber de tolerar la interferencia en el ámbito de vida de otro, por lo que se dispondría de un derecho a impedir la acción (o alteración del estado de cosas, cuando no pueda hablarse de acción propiamente). Las causas de justificación operarían en esta fase del análisis y no tras considerar el merecimiento de pena –pretendidamente provisional– de la conducta. Si objetivamente se da la situación justificante, no habrá antijuridicidad objetiva, por lo que se impondrá un deber de tolerancia a los afectados. De no concurrir objetivamente los elementos de una causa de justificación, podrá calificarse como antijurídica la afectación del ámbito de vida de terceros, que será, asimismo, antinormativa si el agente actuó culpablemente. Una vez comprobada la infracción de una norma de conducta, podrá evaluarse si la referida antinormatividad constituye un injusto penal, valoración que depende fundamentalmente de la teoría de la pena que se sostenga<sup>106</sup>.

En realidad, lo que se acaba de exponer puede recordar tanto al intento de Kaufmann de dotar de efectos distributivos a la antinormatividad –entendida en sus términos, como se ha explicado *supra*– como a la propuesta de Molina Fernández, que recurre al concepto de *lesividad*, con idénticos efectos distributivos<sup>107</sup>. Sin embargo, ambos intentos tropiezan con la misma piedra, a mi parecer, y es que también una conducta justificada es lesiva o, en el planteamiento de Armin Kaufmann, antinormativa, de modo que cabría repeler una conducta justificada. Los deberes de tolerancia, por lo tanto, no podrían explicarse más que por el hecho de que no concurren los requisitos de la causa de justificación que permita impedir aquélla –por ejemplo, la defensa frente

104 Binding, “Der objektive Verbrechenstatbestand in seiner rechtlichen Bedeutung. Studie für das fünftige Strafgesetzbuch”, *GS*, 76, 1910.

105 Dohna, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*, 1905, pp. 37 y s.: “primero debe comprobarse si concurre una conducta antijurídica; solamente después viene la cuestión relativa a la existencia de una conducta típica punible”.

106 Pawlik, “La pena retributiva y el concepto de delito”, en el mismo, *La libertad institucionalizada*, 2010, p. 77.

107 Molina Fernández, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 645 y ss., pp. 838, 842. Lo explica Molina en la última página mencionada con el ejemplo de la acción en error invencible de tipo. Ésta “sigue siendo objetivamente lesiva para el derecho, pese a no infringir una norma de comportamiento de su autor. Como el presupuesto de aplicación de las normas de terceros es la lesividad jurídica, el sujeto que por sus mejores conocimientos no incurre en dicho error tiene el deber de impedir este hecho y la prohibición de participar en él”. También sobre esta fase previa de análisis que denomina *lesividad*, el mismo, “El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 22 (2), 1995, p. 292; el mismo, “Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito”, *Icade. Revista cuatrimestral de las facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* (74), 2008, pp. 140 y ss.

a una agresión ilegítima no puede ser repelida, a su vez, en legítima defensa, porque esta causa de justificación exige que se reaccione frente a una agresión ilegítima—. Sin embargo, la legítima defensa no es el derecho de defensa mínimo. Siendo que el estado de necesidad defensivo es una institución dogmática comúnmente aceptada, los referidos autores tendrían que asumir que la respuesta justificada frente a la conducta lesiva o antinormativa también podrá ser repelida, a su vez, bajo el amparo del estado de necesidad<sup>108</sup> o, al menos, que esta conclusión depende de la fundamentación de esta concreta causa de justificación de la que se trate. Como se ha expuesto ya, sostener esta posición implica a mi juicio asumir que el Derecho no permite determinar las posiciones jurídicas de los involucrados en un hecho de forma relacional, sino que se fijan de forma aislada, asumiéndose una posición de indeterminación frente a la configuración de la vida en común.

### III. LA SOLUCIÓN BASADA EN LA DISTINCIÓN ENTRE LOS PRESUPUESTOS PARA LA IMPOSICIÓN DE DEBERES DE TOLERANCIA Y LOS PRESUPUESTOS PARA DETERMINAR LA CONCURRENCIA DE UN INJUSTO PENAL

Por otro lado, autores como Pawlik han defendido una teoría del tipo total de injusto (*Gesamtunrechtstatbestand*) en el marco de la que se otorga una doble función a los permisos. En su opinión, su autonomía respecto de los tipos depende de si se está haciendo referencia a su efecto sobre el juicio de injusto (si la conducta merece o no pena) o al que tiene sobre la imposición de deberes de tolerancia a los afectados por la conducta<sup>109</sup>. Por un lado, limitan el ámbito de validez de los tipos<sup>110</sup>. Por el otro, dan cuenta de la existencia de un deber de tolerancia de los afectados por la acción<sup>111</sup>. Con esta propuesta se abandona la férrea distinción finalista entre tipicidad y antijuridicidad y, asimismo, sería posible explicar los deberes de tolerancia que surgen de la concurrencia de la causa de justificación. Sin embargo, el rasgo de este planteamiento que lo distingue del acabado de exponer es que ambas cuestiones —determinación del merecimiento de pena y de la imposición de deberes de tolerancia— se entienden

---

108 En cuanto a la propuesta de Molina Fernández, podría decirse que la conducta justificada en estado de necesidad defensivo es lesiva, así como la conducta amparada por el riesgo permitido. Ciertamente, Molina Fernández admite expresamente que cabe el estado de necesidad defensivo frente a “actos lícitos o incluso debidos” (cfr. Molina Fernández, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 646. De nuevo, afirmándolo, el mismo, “Causas de justificación”, en el mismo [coord.], *Memento práctico*, 2022, nm. 1625). En cuanto al planteamiento de Armin Kaufmann, la conducta es antinormativa, por cuanto es típica, por lo que podrá ser repelida justificadamente.

109 Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 206 y s.

110 Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 243. Sobre su concepción de la relación entre tipicidad y antijuridicidad, sobre todo, pp. 205 (especialmente, n. 330), 208. Pawlik pone de manifiesto que la tipicidad y la antijuridicidad son partes de un todo, complementándose, de modo que no debe otorgarse un espacio sistemático independiente a la categoría de la tipicidad.

111 Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 207.

completamente independientes entre sí<sup>112</sup>. Así, Pawlik sostiene que la determinación, por un lado, de si un sujeto ha lesionado o no su deber de cooperar en el mantenimiento de un estado de libertades (su infracción constituye, para este autor, el injusto) y, por el otro, de si el afectado por la conducta tiene o no un deber de tolerarla, son cuestiones que no dependen la una de la otra. A su juicio, las premisas valorativas (*axiologischen Rahmenbedingungen*) son distintas en cada caso. Por esta razón sería correcto, en su opinión, castigar por tentativa a quien realiza una conducta que el afectado tiene deber de tolerar, como ocurriría en caso de que el autor desconozca la situación justificante<sup>113</sup>.

En el mismo sentido expone Rinck que “la categoría de la “justificación” no es coincidente con el concepto de “conducta de la que surgen deberes de tolerancia”, a fin de aclarar que respecto de esta última no tiene por qué tratarse de una acción justificada, sino que puede tratarse, incluso, de una acción antijurídica. Concretamente, reivindica este autor la existencia en el ordenamiento jurídico-penal de conductas consideradas antijurídicas que, aun así, dan lugar a deberes de tolerancia, como, precisamente, el caso en que el autor de una conducta objetivamente justificada desconoce este extremo. En definitiva, la existencia de derechos y deberes de tolerancia correlativos guardaría relación con la existencia real de los elementos objetivos de las causas de justificación, pero esto último sería independiente de la conducta del autor<sup>114</sup>. A la misma conclusión llega Sternberg-Lieben. Afirma este autor que la existencia de un “derecho de intervención (*Eingriffsrecht*) –con el correspondiente deber de tolerancia (*Duldungspflicht*) del afectado– es también independiente de si el autor conoce la situación fáctica que lo origina”<sup>115</sup>. No obstante, seguidamente aclara que, de no conocer el autor la situación justificante, su conducta es antijurídica y puede castigarse como tentativa<sup>116</sup>.

---

112 Similar, Felber distingue entre causa de justificación, relativa a la conducta del agente, y derecho de intervención (*Eingriffsrecht*), relativo al resultado causado y configurado de forma objetiva –salvo en caso de causas de justificación respecto de las que no puede exigirse la concurrencia de un elemento subjetivo–. A su juicio, en caso de ausencia de elemento subjetivo de la justificación debe negarse la justificación en el ámbito del Derecho penal. Sin embargo, contra la conducta no justificada, no cabe legítima defensa, puesto que la afectación de la esfera del sujeto contra el que se actúa es aprobada por el Derecho (cfr. Felber, *Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen. Zugleich ein Beitrag zur ratio des Notwehrrechts*, 1979, pp. 135 y s.). Contra este punto de vista, Rath califica un planteamiento en esta línea como una contradicción axiológico-práctica (*axiopraktischer Widerspruch*). En su opinión, “o bien una conducta reúne los presupuestos del injusto jurídico-penal y puede ser impedida (permiso) o bien, por el contrario, no los reúne y no puede ser impedida”. Cfr. Rath, *Das subjektive Rechtfertigungselement. Eine rechtsphilosophisch-kriminalrechtliche Untersuchung*, 2002, p. 265.

113 Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 206 y s.

114 Rinck, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, 2000, pp. 189, 475.

115 Sternberg-Lieben, “Vorbermerkungen zu den §§ 32 ff.”, *S/S-StGB*, 30.<sup>a</sup> ed., 2019, nm. 10b.

116 Sternberg-Lieben, “Vorbermerkungen zu den §§ 32 ff.”, *S/S-StGB*, 30.<sup>a</sup> ed., 2019, nm. 10b, 13.

Este planteamiento permitiría afirmar que una misma conducta puede ser punible y, a su vez, puede deber ser tolerada, por cuanto los presupuestos de ambas consecuencias jurídicas no solamente son distintos en cada caso, sino que atienden a fundamentos axiológicamente diferentes, como afirma Pawlik. Esto puede verse también, en mi opinión, en el caso inverso, una conducta que no hay deber de tolerar, pero que no es punible, como el error invencible sobre los presupuestos de una causa de justificación. Como es sabido, para la escuela finalista el referido error no afectaba a la antijuridicidad de la conducta, sino que constituía un error de prohibición que, de ser invencible, implicaba negar la culpabilidad<sup>117</sup>. Sin embargo, Suárez Montes llamó la atención insistentemente acerca de que el finalismo incurriría en una grave incoherencia si exigía la concurrencia real del elemento objetivo de la justificación para afirmar ésta<sup>118</sup>. Si según la doctrina del injusto personal éste no depende de la efectiva producción de la lesión de un bien, habría de sostenerse que su exclusión tampoco puede depender de la producción de un “resultado exterior positivo”<sup>119</sup>. En definitiva, a su juicio fundamentación y exclusión del injusto se habrían estado determinando por el finalismo con arreglo a criterios distintos y, por ende, se habrían empleado dos conceptos de injusto distintos<sup>120</sup>. Si se asume la doctrina del injusto personal –concluye Suárez Montes–, la voluntad de realizar la conducta justificada debería evaluarse desde una perspectiva *ex ante*<sup>121</sup>. Armin Kaufmann acabó sosteniendo que, efectivamente, si bien la justificación solamente puede fundarse en criterios ajenos a la verdadera representación del sujeto<sup>122</sup>, la concurrencia de los presupuestos objetivos de la justificación debería determinarse según un juicio *ex ante*, tomando como referencia el juicio que habría realizado una persona razonable en la misma situación fáctica que el agente<sup>123</sup>.

117 Por todos, en términos generales, Roxin/Greco, *AT*, 5.<sup>a</sup> ed., 2020, pp. 738 y s., nm. 61.

118 Suárez Montes, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, 1963, p. 37: “¿Es consecuente con sus principios fundamentales el finalismo afirmando la antijuridicidad en todo caso de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación? A nuestro modo de ver, no. El tratamiento que hace Welzel, Kaufmann, Hirsch, Maurach, etc., nos parece gravemente defectuoso dentro del sistema final”.

119 Suárez Montes, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad*, 1963, p. 37.

120 Suárez Montes, “Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre?”, *FS-Welzel*, 1974, p. 380.

121 Suárez Montes, “Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre?”, *FS-Welzel*, 1974, p. 383; el mismo, “Reflexiones en torno al injusto penal”, en Luzón Peña/Mir Puig (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*, 1995, pp. 189-198.

122 Armin Kaufmann, “Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht”, *FS-Welzel*, 1974, p. 400. La “injerencia en bienes jurídicos ajenos” y la “excepción al estar prohibido [*Verbotensein*]” no podría, a su juicio, hacerse depender solamente de la representación de aquel a quien se le otorga el permiso. La razón que da este autor es que el riesgo del uso erróneo de la disposición permisiva afecta en primer lugar a otros y no al propio sujeto, que solamente de forma secundaria se ve afectado por las consecuencias jurídicas previstas. El agente debe, por ende, cargar con el riesgo que implica el desconocimiento de los presupuestos de la norma permisiva.

123 Armin Kaufmann, “Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht”, *FS-Welzel*, 1974, pp. 401 y s.; también, Rudolphi, “Rechtfertigungsgründe im Strafrecht. Ein Beitrag zur Funktion, Struktur

Esta conclusión, sin embargo, daba lugar –como sugeriría Suárez Montes<sup>124</sup> a la pregunta acerca de si el afectado por una conducta justificada que, sin embargo, desde una perspectiva *ex post* no lo estaría, tiene o no el deber de tolerarla. Ciertamente, el propio Armin Kaufmann había argumentado que la justificación no podía depender de la representación del agente, sino del referido criterio basado en el punto de vista de un espectador razonable desde una perspectiva *ex ante*, porque asumir lo primero desatendería que el uso erróneo de las disposiciones permisivas afecta principalmente a terceros. No se alcanza a ver, no obstante, cómo soluciona ese problema la adopción de una perspectiva *ex ante* para evaluar la justificación de la acción<sup>125</sup>, por cuanto, si bien lo reduce en cierta medida, un tercero seguiría siendo obligado a tolerar una agresión solo aparentemente defensiva<sup>126</sup>.

El juicio de justificación desde una perspectiva *ex ante* se ha fundamentado en la naturaleza de las normas de conducta. En coherencia con ésta, un agente solo puede dirigir su conducta según aquello que le sea posible representarse<sup>127</sup>. En cuanto a exigir la concurrencia del elemento objetivo de la justificación, se ha expuesto desde este

---

und den Prinzipien der Rechtfertigung”, en Dornseifer/Horn (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 382-384; Freund/Rostalski, *AT*, 3.ª ed., 2019, p. 93, nm. 16. De todos modos, criticando las premisas de las que parte Armin Kaufmann para formular esta conclusión, por cuanto estaría derivándola de una exégesis de los elementos de las causas de justificación y no del fundamento del concepto de *injusto personal*, Suárez Montes, “Reflexiones en torno al injusto penal”, en Luzón Peña/Mir Puig (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*, 1995, pp. 191 y s.

124 Suárez Montes, “Reflexiones en torno al injusto penal”, en Luzón Peña/Mir Puig (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*, 1995, p. 198. Así mismo, da cuenta de este problema Pérez del Valle, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 5.ª ed., 2021, p. 160.

125 Precisamente, Baldó Lavilla, que rechaza convertir casos de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en casos de justificación desde una perspectiva *ex ante*, aduce que tal proceder implicaría imponer deberes de tolerancia a los afectados por agresiones solamente aparentes. Cfr. Baldó Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las “situaciones de necesidad”*, 1994, p. 269. En su opinión, no puede asumirse que “todos los demás deban cargar con los riesgos derivados de la percepción subjetiva errónea ajena, como si la realidad objetiva no fuera la que es o la que puede llegarse a aprehender a través de las leyes científicas y experimentales conocidas” (p. 300). El presupuesto de derechos y deberes de tolerancia, pues, “debe ser definido objetivamente, sin tener en cuenta baremos más o menos subjetivos”, sin perjuicio de que “son relevantes para determinar la responsabilidad de los sujetos que incurrir en error” (p. 302).

126 Baldó Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las “situaciones de necesidad”*, 1994, p. 269: “la regulación del error determina que el sujeto que incurra en el mismo no deba responder penalmente –efectos meramente personales–, pero no impone que el resto de ciudadanos deba ‘cargar’ con –tolerar– los peligros que otro crea en error –no poseen efectos *erga omnes*–”. Insiste después en que la justificación putativa “sólo produce efectos *personales*, y no efectos *erga omnes*” y es que el error “no convierte en ‘justo’ el injusto objetivo cometido, sino que descarga penalmente de responsabilidad al sujeto que incurre en error” (pp. 295 y s.).

127 Así, Armin Kaufmann expone que las disposiciones permisivas imponen una carga a quienes quieran aducirlas en su defensa. Aquélla, sin embargo, debe reducirse a lo que una persona razonable hubiera podido conocer en la situación fáctica correspondiente. Cfr. Armin Kaufmann, “Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht”, *FS-Welzel*, 1974, p. 402.

punto de vista que, de ese modo, “se devaluaría la función de las normas permisivas, a la vez que se estaría disuadiendo del ejercicio de las mismas, lo que redundaría en última instancia en perjuicio de la función de conservación de los bienes jurídicos”. La referida disuasión se explicaría por el “temor del ciudadano escrupuloso de no acertar con el objeto de esa norma objetiva inalcanzable”. El agente no podría saber, ni siquiera empleando “toda la diligencia humana imaginable, si está infringiendo la norma prohibitiva”<sup>128</sup>. Anticipando lo que se expondrá después, aquí se entiende que el Derecho debe pretender la evitación de toda conducta que cause un daño a los bienes que considera valiosos, con independencia de si el agente ha interpretado o no correctamente la situación fáctica o los propios preceptos del ordenamiento jurídico. Que la acción realizada en error invencible deba quedar impune no obsta para mantener la protección de quien resulta afectado por aquélla en sus bienes. La justificación de la acción de quien toma ésta erróneamente por objetivamente justificada solamente podría encontrar soporte en el favorecimiento de la seguridad jurídica que, *per se*, no implica bien alguno. Que la propuesta de este autor hiciera más previsible la aplicación del Derecho no impediría que, como expone Wilenmann, se estuviera desprotegiendo injustamente a quien es agredido por quien ha incurrido en error<sup>129</sup>.

Lo antedicho sirve para contestar a las preguntas retóricas que formulan, a fin de reforzar la tesis de la justificación *ex ante*, Freund/Rostalski: “¿O se quiere tener por acción antijurídica la de quien, encontrándose en una situación respecto de la que prácticamente todo indica que quien lleva una pistola realizará inmediatamente un disparo mortal, se defiende de ese ‘ataque’ con un gancho a la mandíbula, solo porque esa otra persona se presenta después como un bromista? ¿o quiere afirmarse seriamente que un cirujano plástico no ha actuado justificadamente solamente porque después resulta que la persona a la que se ha corregido su nariz torcida padecía una enfermedad mental que se desconocía (y que tampoco era fácilmente reconocible)?”<sup>130</sup>. Volviendo al caso del vándalo, empleado al comienzo del trabajo, tendríamos que preguntarnos si la acción de quien pretende impedirle romper la ventanilla del vehículo por desconocer que su acción salvará al niño que se encuentra en su interior próximo a fallecer por hipertermia está o no justificada. Ciertamente, a mi juicio no podrá hablarse de antinormatividad ni, por ende, de *injusto penal* en tales casos<sup>131</sup>,

---

128 Suárez Montes, “Reflexiones en torno al injusto penal”, en Luzón Peña/Mir Puig (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*, 1995, pp. 195 y s. La misma crítica puede leerse en Wolter, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionales Straftatsystem*, 1981, pp. 38, 137 y s.

129 Wilenmann, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, 2017, p. 185.

130 Freund/Rostalski, *AT*, 3.<sup>a</sup> ed., 2019, p. 93, nm. 15.

131 Efectivamente, como expone Wilenmann, “[l]o que se juega ante todo en el problema de las agresiones aparentes no es la punibilidad del que actúa en legítima defensa putativa –sea como asunción de la existencia de una situación de legítima defensa *ex ante*, sea por aplicación de las reglas del error, el sujeto no va a ser castigado si era razonable asumir que la situación conducía a una apreciación

por cuanto no se ha infringido norma de conducta alguna, pues se trata de un caso de error invencible de tipo<sup>132</sup>.

No obstante, muy distinto sería afirmar que el afectado por la acción de los agentes referidos actúan lícitamente, en ejercicio de un derecho subjetivo derivado de la concurrencia de una causa de justificación al que le es correlativo un deber de tolerancia de los afectados y de terceros. La solución se ve, a mi juicio, con mucha más claridad si se añade a un tercero que conoce lo que desconocía el agente. Si un tercero conoce que el que porta el arma está bromeando—e incluso que se trata de un arma de fogeo—, ¿puede impedirle lícitamente al agente que golpee al aparente agresor? Respecto del segundo ejemplo, si un tercero conoce la enfermedad mental que padece la paciente, ¿puede impedir lícitamente que se realice la operación? Y, en fin, respecto del caso del vándalo, si un tercero conoce el riesgo de muerte que amenaza al niño, ¿puede impedir al que atacará al vándalo hacerlo? Efectivamente, no puede decirse que los referidos agentes infrinjan una norma de conducta si proceden de tal modo. Todos ellos incurrirían en un error invencible acerca de la antijuridicidad de la acción que tratarían de impedir. La conducta de quien obra en error no es antinormativa, por cuanto la infracción de una norma de conducta debe evaluarse desde una perspectiva *ex ante*. Sin embargo, como aduce Molina Fernández usando, precisamente, el ejemplo del error invencible de tipo, en estos casos su acción será entendida *lesiva*<sup>133</sup>—en este trabajo, objetivamente antijurídica—. Contar con una categoría previa a la antinormatividad con efectos distributivos permite no desproteger al afectado por la conducta de quien obra en error y, a su vez, negar que éste se haya comportado de forma antinormativa.

En este último sentido expuso Baldó Lavilla que, en tales casos, debe admitirse el estado de necesidad defensivo frente a quien incurrió en error. La justificación

---

equivocada— sino la posibilidad de que el agresor putativo reaccione en legítima defensa. Cfr. *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, 2017, p. 185.

132 Refiere Baldó Lavilla que la tesis de Hans-Ludwig Günther acerca de la “antijuridicidad penal” puede desarrollarse “de una forma todavía más clara en el ámbito de la tipicidad: por ejemplo, en materia de error” (cfr. Baldó Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las “situaciones de necesidad”*, 1994, pp. 295 y s., n. 689). Como luego se expondrá brevemente, debería—en mi opinión—matizarse esa conclusión. Como Silva Sánchez y Robles Planas han puesto de manifiesto (cfr. Silva Sánchez, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 60; Robles Planas, *Teoría de las normas y sistema del delito*, 2021, p. 105) la tipicidad es una categoría teleológico-penal, por lo que debe ser evaluada en el marco de la norma de sanción. A mi juicio, la concurrencia de un error objetivamente invencible, sea de tipo o de prohibición, impide, sin embargo, entender que se ha infringido la norma de conducta. Ambas premisas conducen, pues, a negar directamente la antinormatividad de una acción realizada en error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación. La antinormatividad es presupuesto del injusto penal, que se identifica con la acción que no solamente es antinormativa, sino que, además, es merecedora de pena. Siendo así, no sería necesario recurrir a las tesis de Günther sobre lo que él denomina “antijuridicidad penal”, por cuanto el problema se resolvería negando la infracción de una norma de conducta. En lo que hace a la infracción de ésta, debe asumirse una perspectiva *ex ante*.

133 Molina Fernández, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 842.

putativa constituiría, a decir del referido autor, no “una facultad justificante *stricto sensu*, sino una causa de exclusión de la imputación ‘subjettiva’ del supuesto de hecho objetivamente prohibido –error de tipo ‘negativo’–”<sup>134</sup>. El error del agente, si bien no permite entender justificada su acción, sí ha de tenerse en cuenta –prosigue el autor– para determinar los derechos de los afectados por ella, de modo que no puedan ejercitar la legítima defensa, pero sí recurrir al estado de necesidad defensivo<sup>135</sup>. Esta conclusión permite apreciar que los presupuestos para la determinación de posiciones jurídicas y los presupuestos para la imposición de pena difieren. Así, que al que incurre en error se le exima de pena no obsta para entender que su acción es objetivamente antijurídica, de modo que los afectados pueden ejercer un derecho de defensa –el estado de necesidad defensivo– contra ella.

Cabe, sin embargo, preguntarse si no resulta incoherente desvincular por completo ambas cuestiones –determinación de la imposición de deberes de tolerancia y determinación del merecimiento de pena de la conducta que debe o no ser tolerada–. Crítico con la posibilidad de desvincularlas, Gropp, quien reconoce haber sido partidario de la exigencia de un elemento subjetivo para la justificación, cambió de opinión a este respecto al preguntarse, por un lado, si cabía legítima defensa frente a quien realiza una acción solo objetivamente justificada y, por el otro, si a la realización de un “comportamiento exterior completamente conforme a Derecho” puede corresponderle una pena<sup>136</sup>. En su opinión, el consenso en lo que hace a la primera pregunta –no cabe legítima defensa frente a una conducta solo objetivamente justificada– constituye un fuerte indicio de que “algo no ‘encaja’ dogmáticamente”<sup>137</sup>. Concretamente, que no puede haber injusto (*Unrecht*) alguno “cuya realización no sea también antijurídica [*rechtswidrig*]”<sup>138</sup>. Siendo esto así, la realización de la acción solo objetivamente justificada –que no sería antijurídica puesto que no cabría defensa frente a ella– no puede

134 Baldó Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las “situaciones de necesidad”*, 1994, pp. 295 y s.

135 Baldó Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las “situaciones de necesidad”*, 1994, p. 300; asimismo, Mir Puig, *PG*, 10.<sup>3</sup> ed., 2016, p. 440, nm. 25; Wilenmann, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, 2017, p. 185; Gropp, “An der Grenze der Lehre vom personalen Unrecht –Eine Skizze zum Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements”, *FS-Kühl*, 2014, p. 254. Así mismo, Nino sostiene que el principio de enantiotelidad –véase *supra*, acápite I. A de este trabajo– da cuenta no solo de que la acción objetivamente justificada desconociendo el agente no es *enantiotélica* (antijurídica, en los términos habituales de la discusión continental), sino que “cuando el agente crea erróneamente” que su acción “es inocua, permitida por el derecho, o un medio necesario para impedir un mal mayor”, esa acción “puede ser impedida legítimamente”, sin perjuicio de que el agente “podría eludir la pena”. Cfr. Nino, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, 1980, p. 334.

136 Gropp, “An der Grenze der Lehre vom personalen Unrecht –Eine Skizze zum Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements”, *FS-Kühl*, 2014, p. 247.

137 Gropp, “An der Grenze der Lehre vom personalen Unrecht –Eine Skizze zum Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements”, *FS-Kühl*, 2014, p. 248.

138 Gropp, “An der Grenze der Lehre vom personalen Unrecht –Eine Skizze zum Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements”, *FS-Kühl*, 2014, p. 249.

constituir, a juicio del autor, una tentativa inidónea punible, siendo ambas acciones estructural y axiológicamente distintas<sup>139</sup>. La diferencia entre ambos casos se encontraría en que, en el caso de la tentativa, el comportamiento exterior del sujeto no es conforme a Derecho, sino que, en realidad, “es antijurídico, contrario a Derecho”<sup>140</sup>. En su opinión, la tentativa no se integra solamente por un desvalor de acción, sino también por un desvalor de resultado consistente en, al menos, la apariencia de peligrosidad, que no se actualiza en un resultado por “casualidades” (*Zufälligkeiten*)<sup>141</sup>. La conducta del que desconoce que se encuentra en una situación justificante, en cambio, no presenta un menor grado de “desvalor del hecho” (*Sachverhaltsunwert*), por lo que no sería un *minus* como la tentativa inidónea respecto de la consumación, sino que sería un *aliud*, en tanto que conforme a Derecho<sup>142</sup>. La acción del agente preservaría el Derecho, por lo que sería lícita<sup>143</sup>.

Lo que pone de manifiesto con claridad Gropp es que la equiparación de ambos casos se basa únicamente en una pretendida identidad en las consecuencias jurídicas de la acción. Frente a ninguna de las dos cabe ejercer legítima defensa y ambas serían punibles. Sin embargo, a decir de este autor, la realización de una acción objetivamente justificada no daría lugar a legítima defensa no por tratarse de una tentativa inidónea, que al no constituir agresión no puede ser repelida a su amparo, sino por tratarse de una acción conforme a Derecho en lo que hace a su manifestación exterior<sup>144</sup>. Ciertamente, si la tentativa inidónea no puede ser repelida en ejercicio de un derecho de defensa es porque ni constituye una auténtica agresión ni genera peligro para bienes de terceros, esto es, porque no hay necesidad de interferir en la conducta del agente para salvaguardar un bien. Cabría, sin embargo, preguntarse si esta aguda observación permite concluir que, por lo tanto, el realizar una acción objetivamente

---

139 Gropp/Sinn, *AT*, 5.ª ed., 2020, p. 201, nm. 57.

140 Gropp, “An der Grenze der Lehre vom personalen Unrecht –Eine Skizze zum Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements”, *FS-Kühl*, 2014, p. 256; Gropp/Sinn, *AT*, 5.ª ed., 2020, p. 633, nm. 187.

141 Gropp/Sinn, *AT*, 5.ª ed., 2020, p. 200, nm. 55.

142 Gropp/Sinn, *AT*, 5.ª ed., 2020, pp. 200 y s., nm. 57.

143 Gropp, “An der Grenze der Lehre vom personalen Unrecht –Eine Skizze zum Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements”, *FS-Kühl*, 2014, p. 257.

144 En resumidas cuentas, este es el argumento de Gropp, “An der Grenze der Lehre vom personalen Unrecht –Eine Skizze zum Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements”, *FS-Kühl*, 2014, p. 257. Los partidarios del castigo como tentativa de la acción solo objetivamente justificada partirían de que admitir el ejercicio de un derecho de defensa frente a quien realiza una acción objetivamente conforme a Derecho sería incorrecto, por cuanto el ordenamiento jurídico no pretende evitar la producción de tales acciones. No obstante, en su opinión, realizar esa acción representándose que se actúa de forma ilícita es merecedor de pena. Puesto que frente a la tentativa inidónea no cabe ejercer derechos de defensa, se trataría de la solución político-criminalmente más apropiada. Esto último es lo que parece objetarle Gropp a Roxin, cuando expone que, “[s]i finalmente se decidiera describir al autor que piensa de forma incorrecta desconociendo la situación justificante, pero que hace lo *correcto*, como quien piensa perversamente, pero *no actúa antijurídicamente*, no sería ya necesaria esa reparación en el ámbito de la legítima defensa”.

justificada bajo la representación de que no lo está no puede ser punible. Como se ha expuesto antes, un grupo doctrinal relevante entiende que la determinación de los presupuestos de los derechos de defensa y la de los presupuestos para la imposición de pena son cuestiones independientes entre sí. Si esto fuera así, el trabajo de Gropp solamente daría cuenta de una distinción en el ámbito de la determinación de los presupuestos de los derechos de defensa. Efectivamente, ni las acciones justificadas ni las acciones que no implican peligro para bienes de terceros dan lugar a aquéllos. La pregunta, sin embargo, es si realizar una acción bajo la representación de que va a tener una repercusión lesiva en los bienes de terceros es o no merecedora de pena.

Ciertamente, se ha propuesto entender que la tentativa inidónea es un caso de culpabilidad sin antijuridicidad<sup>145</sup> o, al menos, de antinormatividad sin lesividad<sup>146</sup>. Podría aducirse, en contra, que la antijuridicidad objetiva como fase de análisis sistemático previa a la antinormatividad es presupuesto de ésta, pero que los derechos de defensa están, en todo caso, regidos por el principio de *necesidad*, por lo que, si en algunos casos de tentativa inidónea no hay necesidad de interferir en la actividad del agente para salvaguardar bienes, nada dirá este extremo de su antijuridicidad objetiva. Si se acepta, por lo tanto, que puede haber casos de conductas objetivamente antijurídicas (o lesivas, en los términos de Molina Fernández) que, concretamente, no den lugar a la imposición de un deber de tolerancia por cuanto no resulta necesario interferir en su curso para salvaguardar un bien, la tentativa inidónea podría concebirse como objetivamente antijurídica y antinormativa. Así, se distinguiría entre los casos en que se dan situaciones de justificación desconocidas por el agente<sup>147</sup>, respecto de los que se descarta ya la antijuridicidad (objetiva) o ilicitud de la conducta y los casos en que la ausencia de un derecho a repeler una acción antijurídica se debe a la –al menos temporal– inexistencia de un peligro inminente para los bienes propios o de un tercero.

No obstante, no se pretende aquí resolver esta última cuestión. Lo que se quiere expresar aquí, en todo caso, es que los casos objeto de este trabajo –el desconocimiento por el agente de la situación justificante– lo son, en mi opinión, de ausencia de antijuridicidad objetiva (o ilicitud), de modo que el deber de tolerancia que se

---

145 Al respecto, véase Molina Fernández, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 760 y ss.

146 Molina Fernández entiende que la lesividad no es suficiente ni necesaria para la imposición de pena. No es suficiente, por cuanto una acción lesiva puede no ser antinormativa, como el error invencible de tipo. No es necesaria, porque la tentativa inidónea, sin ser lesiva, se castiga. Cfr. Molina Fernández, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 838.

147 Rath, *Das subjektive Rechtfertigungselement. Eine rechtsphilosophisch-kriminalrechtliche Untersuchung*, 2002, p. 263. Expone este autor que en tales casos la tentativa no tiene un objeto que deba ser valorado como antijurídico. Sin un resultado antijurídico, al que se dirija la conducta, en su opinión, el injusto penal no puede ser fundamentado. En el mismo sentido, Gropp, “An der Grenze der Lehre vom personalen Unrecht –Eine Skizze zum Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements”, *FS-Kühl*, 2014, p. 257.

impone a terceros tiene su fundamento en la presencia objetiva de dicha situación justificante y no en la sostenida imposibilidad de defenderse frente a una tentativa inidónea. Como ponía de manifiesto Spindel, la doctrina que aboga por la solución de la tentativa parte de que al que se halla sin saberlo en una situación justificante no puede impedírsele actuar, de modo que se encuentra una solución satisfactoria en el castigo por tentativa inidónea, por cuanto no cabe legítima defensa (ni estado de necesidad defensivo, añadiría) frente a ésta. Sin embargo, tanto el planteamiento de Pawlik –entre el resto de los autores citados– como el de Gropp dan cuenta de que, en todo caso, la imposición de deberes de tolerancia no puede hacerse depender de la pregunta acerca de la punibilidad de la conducta, el primero por entender que son cuestiones desvinculadas entre sí y el segundo por sostener que es la primera la que condiciona la segunda.

Sostener, en cambio, que una solución satisfactoria es aprovechar que frente a la tentativa inidónea no cabría legítima defensa para castigar al que desconoce la situación justificante sin impedir que se salvede el bien en peligro, desatiende que la razón para buscar esta solución era, precisamente, la protección del referido bien. Frente a esta solución, excesivamente guiada por fines político-criminales, puede aducirse que no falta alguna voz discordante en lo que hace a negar la posibilidad de defensa frente a tentativas inidóneas –especialmente, quienes defienden que la justificación debe determinarse desde una perspectiva *ex ante*, por lo que algunos casos de error invencible de tipo estarían justificados– o que las tentativas inidóneas (no punibles) pueden, en algún caso, constituir un delito de coacciones o amenazas, como ponen de relieve Roxin/Greco, pese a sostener esta posición<sup>148</sup>. Además, la referida solución podría impedir entender que la interferencia en la acción que dará lugar a la salvaguarda de la integridad de un bien constituye la interrupción de un curso salvador<sup>149</sup>. Volviendo al ejemplo empleado al comienzo de este trabajo, quien

---

148 Roxin/Greco, *AT*, 5.<sup>a</sup> ed., 2020, p. 774, nm. 9.

149 Sobre el concepto de *interrupción de cursos causales salvadores*, por todos, Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2.<sup>a</sup> ed., 2018 (1.<sup>a</sup> ed., 1986), pp. 268-325. Como expone Silva Sánchez, ciertamente la permisón de la interrupción de cursos salvadores antijurídicos, no permitidos, parecería no resultar problemática en absoluto (cfr. Silva Sánchez, “Abbruch eines fremden rettenden Kausalverlaufs im eigenen Organisationsbereich: ein Rechtfertigungsproblem”, *FS-Frisch*, 2013, p. 305 [=Silva Sánchez, “Interrupción de cursos causales salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación”, *LH-Figueiredo Dias*, 2009, pp. 989 y s.]). Soy consciente, no obstante, de que en los supuestos objeto de este trabajo la solución doctrinal que aquí se critica reivindica la existencia de un deber de tolerancia respecto de la acción de quien desconoce que se encuentra en una situación justificante. En mi opinión, sin embargo, como aduzco en el cuerpo del texto considero que a esta conclusión solo puede llegarse por dos vías. O bien se entiende que la acción está completamente justificada, con la desventaja de no poder castigar a quien pretendía cometer un delito, o bien se distingue entre los presupuestos para la determinación de posiciones jurídicas y los presupuestos para la determinación de la antinormatividad merecedora de pena, de modo que pueda afirmarse la verdadera existencia de deberes de tolerancia correlativos al derecho de defensa o necesidad en cuestión.

interrumpe la acción del vándalo estará interfiriendo en una acción que, según un sector doctrinal, habría de tolerar en tanto que carente de peligro. En primer lugar, cabría cuestionar si verdaderamente hay un deber de tolerar o, sencillamente, no puede ejercerse legítima defensa. Puede que no quepa ejercer un derecho de defensa frente al agente, pero cabría cuestionar –y en esto creo que sí podría atenderse lo expuesto por Gropp– que, desde la posición del referido sector doctrinal, pueda hablarse de una acción *permitida*. A su vez, si no se trata como una acción que debe tolerarse por implicar la salvación de un bien, puede cuestionarse que se vea como la interrupción de un curso causal salvador<sup>150</sup>, porque, efectivamente la acción del vándalo sería tanto antijurídica –aunque no pueda repelerse ejerciendo un derecho de defensa por no resultar *necesario*– objetivamente como antinormativa y merecedora de pena<sup>151</sup>. Por el contrario, siguiéndose un planteamiento como el de Pawlik, se entiende que el deber de tolerancia surge de la consideración de la acción como objetivamente amparada por una causa de justificación, por lo que su interrupción constituirá, a todas luces, la interrupción de un curso causal salvador. En todo caso, incluso si no se comparte lo antedicho, lo que se advierte es que la solución hoy mayoritaria, demasiado influida por fines político-criminales, desatiende un problema dogmático de mucho peso. El planteamiento de Pawlik puede no conducir a la impunidad de quien desconoce que se encuentra en una situación justificante, pero, desde luego, pone de relieve el interés que reúnen para la reconstrucción incesante de la teoría del delito tales supuestos.

---

150 De otra opinión, Gil, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, 2002, pp. 178 y s., que, pese a que en tal caso defendería que el agente realiza un delito consumado de daños, entiende que puede hablarse de la interrupción de un curso causal salvador, por cuanto su acción es, en todo caso, equiparable al movimiento de la rama que baja por un río y que servirá a quien se ahoga para salvarse. Quien puede interrumpir la referida acción se encontraría, en su opinión, en situación de estado de necesidad. Como ejemplo, refiere el caso en que una esposa (E), encontrándose junto a su marido (M), ve como un tercero (T) va a dispararle a él con un arma. Ella sabe que M estaba a punto de disparar a otro sujeto (V), pero el tercero (T) no lo sabe. A juicio de Gil, la esposa (E) se encuentra en situación de estado de necesidad, respecto de la que debe ponderarse qué mal es menor, si salvar a su marido o impedir que T salve a V. Resulta problemático para la referida autora que, si la acción de T “estuviera justificada no cabría alegar frente a ella legítima defensa y E no podría impedir a T que disparara contra su esposo” (p. 179). Sin embargo, esto no es a mi juicio problemático y es que, el hecho de que se trate de su esposo no cambia nada en lo que hace al juicio de justificación, sin perjuicio de que sí juegue, claramente, un papel relevante en cuanto a la posible disculpa. De hecho, si T conociera que M iba a disparar a V, lo antedicho no admitiría dudas. Lo problemático que pueda ser que E no pueda salvar justificadamente a E lo es en la misma medida que en cualquier otro caso en el que se plantea la misma pregunta fundamental, si cabe impedir la acción de quien, sin saberlo, se encuentra en una situación justificante.

151 Este planteamiento recuerda, quizás, la discusión sobre si puede surgir un deber de garante de la acción en legítima defensa. La diferencia está, claro, en que en tales casos se interrumpe, sin más, una acción antijurídica, sin que ésta fuera a dar lugar a la salvación de bien jurídico alguno. En todo caso, negando que quien ejerce la legítima defensa se convierta en garante del agresor, ya Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 215.

#### IV. LA POSIBLE CONVIVENCIA DEL CONCEPTO DE ANTIJURIDICIDAD OBJETIVA O ILICITUD Y LA CONCEPCIÓN DEL INJUSTO PENAL COMO ANTINORMATIVIDAD *EX ANTE* MERECEDORA DE PENA

Lo expuesto hasta aquí no implica una vuelta al concepto objetivo de injusto que, por ejemplo, defendió Spendel. Ciertamente, la solución que este autor, entre otros, propone para el problema de la exigencia de un elemento subjetivo para la justificación es acertada, a mi juicio, en el sentido de comprender que la determinación de la (i)licitud y, con ello, de las posiciones jurídicas de los involucrados en un hecho, no puede depender de criterios relativos a la acción de un agente en concreto. Sin embargo, la tesis de tales autores parte de equiparar dicha ilicitud o antijuridicidad con el injusto penal<sup>152</sup>. Propuestas como la de Armin Kaufmann o Molina Fernández, así como la expuesta en este trabajo, que tratan de incluir un nivel de análisis previo al injusto penal con efectos distributivos, quedarían anuladas de partida en un planteamiento como el de Spendel, por cuanto, a su juicio, ambos juicios se fundirían en uno solo. En mi opinión, debe distinguirse, como con tanta claridad han venido exponiendo Silva Sánchez y Robles Planas, entre los planos de lo relativo a la (i)licitud general y de lo relativo a lo teleológico-penal. La justificación forma parte del primero, la tipicidad penal del segundo<sup>153</sup>. Desde este punto de partida, creo que puede aprovecharse lo mejor de dos concepciones de la teoría del delito enfrentadas. Así, debe distinguirse –como, si entiendo bien su propuesta, ha hecho Pawlik– entre los presupuestos para determinar las posiciones jurídicas de los involucrados en un hecho, que coincidiría con alguna versión del concepto de injusto objetivo, y los presupuestos para determinar el merecimiento de pena de una conducta, que coincidiría con un concepto de injusto personal, que es el apropiado si se parte de que la sanción estatal –administrativa o penal– requiere la previa infracción de una norma de conducta.

Una concepción como esta, por lo tanto, se edificaría sobre tres conceptos, pertenecientes a dos planos distintos. En el plano de la determinación de posiciones jurídicas

---

152 Ciertamente, como pone de relieve Silva Sánchez, el concepto de injusto del causalismo tampoco era completamente objetivo, en el sentido de prescindir de la referencia a la acción de un agente concreto (cfr. Silva Sánchez, “¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad”, *InDret* (3), 2014, p. 2, n. 4). Este punto puede servir para aclarar la diferencia entre el concepto meramente distributivo de antijuridicidad o ilicitud que aquí se emplea para dar cuenta de una fase de análisis previa a la determinación de si un agente ha realizado una acción constitutiva de injusto penal, de modo que no se confundan.

153 Silva Sánchez, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 60: “[L]a tipicidad es manifiestamente una categoría teleológica-penal, es decir, orientada a la consecuencia jurídica penal. En cambio, tanto la antijuridicidad general, como su negación –las causas de justificación–, son categorías que pertenecen a la teoría general del Derecho y del ilícito”. Así mismo, Robles Planas, *Teoría de las normas y sistema del delito*, 2021, p. 105.

–derechos y deberes de tolerancia correlativos– se encontraría el concepto de antijuridicidad objetiva. En el de la determinación del merecimiento de pena de la conducta, se incluirían los conceptos de antinormatividad –antijuridicidad objetiva culpable– e injusto penal –antinormatividad merecedora de pena y no solamente de sanción extrapenal–. En el marco de una concepción como esta se reivindica la propuesta de Hans-Ludwig Günther –sin perjuicio de algunos matices–<sup>154</sup> de considerar la existencia de causas de exclusión del injusto penal (*echte Strafunrechtsausschließungsgründe*) –mejor, causas de exclusión del merecimiento de pena, como propuso denominarlas Lagodny–<sup>155</sup>, que no de justificación (*unechte Strafunrechtsausschließungsgründe*), por cuanto no tornarían lícita la conducta, sino que su concurrencia solamente daría cuenta de la ausencia de merecimiento de pena<sup>156</sup>. A mi juicio, en relación con las

154 En mi opinión, podrían plantearse, al menos, dos objeciones al planteamiento de este autor. En primer lugar, este autor, si bien distingue entre un concepto de antijuridicidad general (*Rechtswidrigkeit i. S. der Allgemeinen Rechtslehre*) y otro de antijuridicidad penal (*Strafrechtswidrigkeit*), no concibe el primero en el sentido de un presupuesto para la atribución de derechos de defensa o impedimento y deberes de tolerancia, por lo que en su propuesta las causas de justificación no tienen un concepto positivo como contraparte (cfr. Günther, Hans-Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, pp. 15-37), sino que la antijuridicidad en sentido general hace referencia al injusto extrapenal, es decir, al cumplimiento de los presupuestos para imponer una sanción en ámbitos del Derecho distintos al del Derecho penal, por lo que lo vincula al principio de unidad del ordenamiento jurídico. Esto, a mi juicio, es problemático en lo que hace a la teoría de la justificación, porque no superaría el paradigma de la compensación o congruencia, sino que la distinción entre causas de justificación y causas de exclusión del injusto penal se basaría únicamente en sus distintos efectos relativos a la imposición de una sanción. Por otro lado, creo que su modo de entender el injusto penal puede estar falto de la suficiente complejidad al concebirlo sobre la base del principio de proporcionalidad. Así, habría una relación gradual entre los elementos que permiten calificar como antijurídica en sentido general la conducta y los que permiten calificarla como antijurídica penalmente. Si bien es razonable mantener que la ilicitud o antijuridicidad objetiva es presupuesto tanto de la antinormatividad como del merecimiento de pena, creo que acierta Pawlik cuando señala que el concepto de injusto penal es dependiente de la teoría de la pena que se sostenga (cfr. Pawlik, *La libertad institucionalizada*, 2010, p. 77). Si esto es así, la distinción cualitativa entre la antijuridicidad objetiva y el injusto penal –más allá de la cuantitativa– difícilmente puede estar solamente en la concurrencia de culpabilidad.

155 Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, p. 46.

156 Günther, Hans-Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, pp. 257-260. Las causas de justificación se basarían en razones justificantes metajurídicas y, al declarar lícita para todos los ámbitos jurídicos la conducta, contarían con requisitos demasiado estrictos, por lo que podrían sancionarse penalmente conductas ilícitas que, no obstante, no son merecedoras de pena. Las causas de exclusión del injusto penal, se orientarían al cumplimiento de los fines del Derecho penal. Véase, también, entre otras de sus publicaciones donde expresa con claridad la distinción, Günther, Hans-Ludwig, “Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht”, en Seebode, M. (ed.), *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, 1992, pp. 189-201 (=Günther, Hans-Ludwig, “La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal”, en Luzón Peña/Mir Puig, *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, 1995, pp. 45-66). Sobre el planteamiento de Hans-Ludwig Günther, véase Silva Sánchez, “Revisión de Schünemann, B.: Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre, G.A., 1985, pp. 341-380”, *ADPCP*, 1987, pp. 540 y s.; el mismo, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., 2010, p. 655, mostrándose a favor de su planteamiento; el mismo, “Sobre

causas de exclusión del merecimiento de pena sí tendría sentido exigir la concurrencia de un elemento subjetivo<sup>157</sup>, por cuanto en este supuesto el paralelismo necesario entre la fundamentación del injusto penal y su exclusión así lo exigiría. De este modo, para que, por ejemplo, pueda excluirse el merecimiento de pena en caso de exceso respecto de una causa de justificación será necesario que el agente sea consciente de que su conducta está próxima a una situación justificante.

Ciertamente, hay diferencias relevantes entre este planteamiento y el de Pawlik. Aquí se propone una vinculación entre el juicio distributivo de antijuridicidad objetiva y el de antinormatividad. Pawlik, en cambio, parecería desvincularlos por completo, de modo que cabe hablar de acciones punibles que hay deber de tolerar. Su modelo tendría la ventaja de que no privilegiaría la buena suerte del que, sin saberlo, actúa de forma objetivamente justificada. Sin embargo, desvincular por completo ambas dimensiones dificulta la fundamentación de la exclusión del injusto en los casos de exceso en el ejercicio de un derecho o de causas de justificación. Si verdaderamente sus premisas axiológicas son completamente distintas, el que una acción se encuentre muy próxima a la licitud no constituiría razón alguna para eximir de pena o para atenuarla<sup>158</sup>. Por otro lado, resultaría cuestionable que, con

---

las situaciones de necesidad que no implican deberes de tolerancia”, *Consideraciones sobre la teoría del delito*, 1998, pp. 237 y s.; Robles Planas, *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, 2014, pp. 194 y s.; el mismo, *Teoría de las normas y sistema del delito*, 2021, p. 120. Asume su tesis su discípulo Reichert-Hammer, *Politische Fernziele und Unrecht: ein Beitrag zur Lehre von der Strafrechtswidrigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB*, pp. 276 y ss. Así mismo, a favor en términos generales de su planteamiento, resumiendo su posición, Fernández Perales, “La relevancia jurídico-penal del exceso en el ejercicio de derechos fundamentales en el caso ‘Aturem el Parlament’”. Comentario a la STC 133/2021, de 24 de junio” (4), 2021, pp. 493 y s.; el mismo, “La colisión de derechos en la dogmática jurídico-penal”, *ADPCP*, vol. 75 (1), 2022, pp. 783-792. Críticamente, rechazando la propuesta de este autor, Díez Ripollés (*La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal*, 2.<sup>a</sup> ed., 2011) expone que “el núcleo más importante de hipótesis que preocupan a Günther” puede resolverse con la aplicación de la eximente incompleta, con la que en Alemania no cuentan en el StGB, “sin necesidad de elaborar nuevas construcciones conceptuales” (p. 75). Por lo demás, en los supuestos en que la “no concurrencia o la superación de los requisitos de la justificación se produce en niveles tan insignificantes que no parece satisfactorio ni siquiera la rebaja de pena [...] sintiéndose necesario mantener la completa exención”, pueden resolverse, a su juicio, con una “interpretación teleológica de los elementos de la justificación” (p. 78).

157 En el marco, al menos, de la legítima defensa, la ausencia de la provocación de la agresión también opera como un elemento relativo al merecimiento de pena. Que se haya provocado la agresión no obsta para que se esté frente a una agresión ilegítima, por lo que cabe defenderse lícitamente. La pretensión de no desatender este último extremo sin dejar impune la provocación ha llevado, precisamente, a la construcción de la estructura de la *actio illicita in causa*, que encaja en el planteamiento de Pawlik sobre la desvinculación de planos entre los presupuestos para determinar posiciones jurídicas y los presupuestos para imponer una pena. Al respecto, Fernández Perales, “Legítima defensa frente a agresiones provocadas (o sobre el derecho a la defensa ‘*illicita in causa*’). Comentario a la STS 97/2022, de 9 de febrero”, *InDret* (2), 2024.

158 Este planteamiento, pues, constituiría un obstáculo significativo para la fundamentación de las eximentes incompletas. Por lo demás, si bien en Alemania no disponen de tal institución, se admite

tales premisas, pudieran referirse las causas de justificación como una institución desde la que se explican ambas consecuencias, esto es, el surgimiento de derechos subjetivos con deberes de tolerancia correlativos y, asimismo, la exención de pena.

## CONCLUSIÓN

Hay una premisa compartida por todas las posiciones doctrinales en relación con la (in)existencia de un elemento subjetivo de justificación. Todas ellas parten –acertadamente, a mi juicio– del necesario paralelismo que debe darse entre la fundamentación y la exclusión del injusto. Así, dependiendo de si se concibe éste de forma objetiva o subjetiva, se contesta a la pregunta acerca del elemento subjetivo de la justificación. En coherencia, tras imponerse el concepto de injusto personal apenas se ha sostenido la tesis objetiva de la justificación. Esto, a mi entender, se debe al error de anteponer un juicio de merecimiento de pena de la conducta en cuestión a otro relativo a su antijuridicidad objetiva o ilicitud. Como Silva Sánchez ha puesto de relieve, el juicio de tipicidad es teleológico-penal, mientras que el de justificación no lo es, sino que es relativo a la teoría general del Derecho o del ilícito. Este punto de partida, a mi parecer, debe dar prioridad al juicio de justificación sobre el relativo al merecimiento de pena de la conducta. La justificación, pues, operaría en una fase previa a la determinación de la infracción merecedora de pena de una norma de conducta. De forma similar a lo que plantea Molina Fernández en relación con su concepto de *lesividad*, en una primera fase de análisis se determinaría la antijuridicidad objetiva –término que impide que, como en la propuesta del referido autor, quepa actuar bajo el amparo de una causa de justificación frente a una acción justificada– de la acción, que podría ser negada, precisamente, por la presencia de una causa de justificación, que otorga un derecho subjetivo de defensa o necesidad. La acción que, sin embargo, fuera objetivamente antijurídica, de haberse realizado culpablemente, sería asimismo antinormativa, calificación que permitiría la sanción estatal. La imposición de una pena dependería de que la infracción de la norma de conducta fuera merecedora de pena –atributo a asignar según la teoría de la pena sostenida–. En esta última fase de análisis es donde habría que considerar la concurrencia de causas de exclusión del injusto penal. Éstas, a diferencia de las causas de justificación generales, sí estarían integradas por elementos objetivos y subjetivos, al servir al fin de determinar si la conducta antinormativa merece o no pena.

Este planteamiento, sin embargo, no tiene por qué conducir a la impunidad en los casos que aquí nos han ocupado. Puede entenderse, con Pawlik, que la determinación de la imposición de deberes de tolerancia y la determinación del merecimiento de pena de una conducta son cuestiones independientes entre sí –axiológicamente

---

generalmente la posibilidad de considerar la presencia parcial de los elementos de una eximente en el ámbito de la determinación de la pena. Entre muchos otros, véase Rönnau, “Vor §§ 32 ff”, *LK-StGB*, 13.<sup>a</sup> ed., 2019, p. 108, nm. 111.

distintas, a decir de este autor—. De ser esto así, cabría que una acción objetivamente antijurídica no recibiera pena —por ejemplo, la acción en error invencible de tipo— y, por otro lado, que una acción lícita, conforme a Derecho, fuera castigada —quien desconoce que actúa justificadamente cometería una tentativa inidónea—. No obstante, no solamente cabe cuestionar que los supuestos aquí trabajados tengan la estructura de una tentativa inidónea, sino que, en todo caso, debe distinguirse esta solución de la que algunos autores, con el fin de satisfacer necesidades político-criminales, proponen. No se trata aquí de que se deba tolerar una acción constitutiva de una tentativa inidónea por cuanto frente a esta no cabe ejercer derechos de defensa —afirmación que, por lo demás, ha sido puesta en duda y que conduce a ocultar la pregunta acerca de la vinculación de la determinación de posiciones jurídicas y la determinación del merecimiento de pena— sino que el deber de tolerancia surge de su licitud objetiva, por cuanto se dirige exteriormente a preservar el Derecho. Así, quien interfiera en la acción salvadora habrá interrumpido un curso causal salvador y podrá asignársele un deber de garante respecto del afectado.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alpaca Pérez, *Teoría de las normas e injusto penal*, Marcial Pons, Madrid, 2022.
- Alpaca Pérez, “Consideraciones sobre normas, derechos y deberes en el injusto penal”, *InDret* (1), 2022.
- Baumgarten, *Der Aufbau der Verbrechenslehre. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Strafrechtsverhältnis*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1913.
- Baldó Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las “situaciones de necesidad”*, Bosch, Barcelona, 1994.
- Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1906.
- Carbonell Mateu, *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, Edersa, Madrid, 1982.
- Carrió, “Nota preliminar”, en Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara, 1991.
- Cerezo Mir, *PG*, 6.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 1998.
- Coca Vila, “Ocupación pacífica de vivienda (art. 245.2 CP) en estado de necesidad. Subsidiariedad y canales institucionalizados ante la necesidad social”, en Correcher Mira (dir.), *Sistema penal y exclusión. Una mirada integral al conflicto de la desigualdad en el ámbito del Derecho penal*, Tirant, Valencia, 2023.

- Díez Ripollés, *Derecho penal español. Parte General*, Tirant, Valencia, 2020.
- Díez Ripollés, *La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal*, 2.<sup>a</sup> ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2011.
- Dohna, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*, Halle, 1905.
- Dohna, Alexander Graf zu, “Die elemente des Schuldbegriffs”, *GS* (65), 1905.
- Eisele, “Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.”, *S/S-StGB*, 30.<sup>a</sup> ed., 2019.
- Engländer, “Vor § 32”, en Matt/Renzikowski, *StGB*, 2.<sup>a</sup> ed., 2020.
- Engländer “§ 32 Notwehr”, en Matt/Renzikowski, *StGB*, 2.<sup>a</sup> ed., 2020.
- Engländer, “Der Verteidigungswille bei Notwehr und Notwehrexzess. Anmerkung zu BGH 4 StR 551/12”, *HRRS* (10), 2013.
- Feinberg, “Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life”, *Philosophy & Public Affairs* (7-2), 1978.
- Felber, *Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen. Zugleich ein Beitrag zur ratio des Notwehrrechts*, C. H. Beck, München, 1979.
- Fernández Perales, “Legítima defensa frente a agresiones provocadas (o sobre el derecho a la defensa ‘*illicita in causa*’) Comentario a la STS 97/2022, de 9 de febrero”, *InDret* (2), 2024.
- Fernández Perales, “La colisión de derechos en la dogmática jurídico-penal”, *ADPCP*, vol. 75 (1), 2022.
- Fernández Perales, “La relevancia jurídico-penal del exceso en el ejercicio de derechos fundamentales en el caso ‘Aturem el Parlament’. Comentario a la STC 133/2021, de 24 de junio” (4), 2021.
- Freeland, *El estado de necesidad agresivo justificante. Una propuesta limitadora*, Hammurabi, Buenos Aires, 2023.
- Freund/Rostalski, *AT*, 3.<sup>a</sup> ed., Springer, Berlin, 2019.
- García Amado, “Los derechos: sus clases y sus relaciones”, en el mismo/Sendín Mateos (dirs.), *Argumentación jurídica y conflictos de derechos*, Tirant, Valencia, 2021.

Gil, “Acción, norma, injusto y delito imprudente”, *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* (74), 2008.

Gil, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, Comares, Granada, 2002.

Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1984.

Gracia Martín, *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona, 2006.

Gropp, “An der Grenze der Lehre vom personalen Unrecht – Eine Skizze zum Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements”, *FS-Kühl*, C. H. Beck, München, 2014.

Gropp/Sinn, *AT*, 5.<sup>a</sup> ed., Springer, Berlin, 2020.

Günther, Hans-Ludwig, “Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht”, en Seebode, M. (ed.), *FS-Spendel*, De Gruyter, Berlín, 1992 (=Günther, Hans-Ludwig, “La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal”, en Luzón Peña/Mir Puig, *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, 1995).

Günther, Hans-Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Heymanns, Köln, 1983.

Hirsch, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund*, Röhrscheid, Bonn, 1960.

Hirsch, “Vor § 32”, *LK-StGB*, 11.<sup>a</sup> ed., 2003.

Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *The Yale Law Journal*, vol. 23 (1), 1913.

Hurd/Moore, “The Hohfeldian Analysis of Rights”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 63 (2), 2018.

Jakobs, *AT*, 2.<sup>a</sup> ed, De Gruyter, Berlin, 1991.

Jungclaussen, *Die subjektiven Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt - Zugleich ein Beitrag zur Dogmengeschichte der personalen Unrechtslehre*, 1987.

Kaufmann, Armin, “Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht”, *FS-Welzel*, De Gruyter, Berlin, 1974.

Kaufmann, Armin, “Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung”, *JZ* (2), 1955.

Kaufmann, Armin, *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie*, O. Schwartz, Göttingen, 1954.

Kühl, AT, 8.<sup>a</sup> ed., Vahlen, München, 2017.

Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1996.

Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1978.

Mañalich, “Normas permisivas y deberes de tolerancia”, en el mismo (coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, 2013.

Mir Puig, PG, 10.<sup>a</sup> ed., Reppertor, Barcelona, 2016.

Molina Fernández, “Causas de justificación”, en el mismo (coord.), *Memento práctico*, Lefebvre, Barcelona, 2022.

Molina Fernández, “Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito”, *Icade. Revista cuatrimestral de las facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* (74), 2008.

Molina Fernández, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch, Barcelona, 2001.

Molina Fernández, “El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 22 (2), 1995.

Nino, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Astrea, Buenos Aires, 1980.

Ortiz de Urbina, “De moscas y agresores muertos. Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito bipartita más allá (y a pesar de) la teoría de los elementos negativos del tipo”, *InDret* (3), 2008.

Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

Pawlik, “La pena retributiva y el concepto de delito”, en el mismo, *La libertad institucionalizada*, Marcial Pons, Barcelona, 2010, pp. 75 y ss.

Pérez del Valle, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 5.<sup>a</sup> ed., Dykinson, Madrid, 2021.

Perron/Eisele, “StGB § 32 Notwehr”, *S/S StGB*, 30.<sup>a</sup> ed., 2019.

Rath, *Das subjektive Rechtfertigungselement. Eine rechtsphilosophisch-kriminalrechtliche Untersuchung*, Springer, Berlin, 2002.

Reichert-Hammer, *Politische Fernziele und Unrecht: ein Beitrag zur Lehre von der Strafrechtswidrigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991.

Rinck, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.

Robles Planas, *Teoría de las normas y sistema del delito*, Atelier, Barcelona, 2021.

Robles Planas, *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014.

Rohrer, “Über die Nichtexistenz subjektiver Rechtfertigungselemente”, *JA*, 1986.

Rönnau, “Vor §§ 32 ff.”, *LK-StGB*, 13.<sup>a</sup> ed., 2019.

Roxin/Greco, *AT*, 5.<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, München, 2020.

Rudolphi, “Rechtfertigungsgründe im Strafrecht. Ein Beitrag zur Funktion, Struktur und den Prinzipien der Rechtfertigung”, en Dornseifer/Horn (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Heymanns, Köln, 1989.

Sánchez-Ostiz, “La herencia de un clásico: Beling y la doctrina del ‘Tatbestand’”, *ADPCP*, vol. 71 (1), 2018.

Sanz Morán, *Elementos subjetivos de justificación*, Bosch, Barcelona, 1993.

Schmidhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.<sup>a</sup> ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 1984.

Schweikert, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1957.

Silva Sánchez, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, Atelier, Barcelona, 2022.

Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2.<sup>a</sup> ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2018.

Silva Sánchez, “Objektive Zurechnung und Rechtfertigungsgründe. Versuch einer Differenzierung”, *FS-Schünemann*, De Gruyter, Berlin, 2014 (=Silva Sánchez, “Imputación objetiva y causas de justificación. Un [mero] intento de distinguir”, *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional* [52], 2015).

Silva Sánchez, “¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad”, *InDret* (3), 2014.

Silva Sánchez, “Prólogo”, en Pawlik *et al.* (coords.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, 2013.

Silva Sánchez, “Abbruch eines fremden rettenden Kausalverlaufs im eigenen Organisationsbereich: ein Rechtfertigungsproblem”, *FS-Frisch*, Duncker & Humblot, Berlin, 2013 (=Silva Sánchez, “Interrupción de cursos causales salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación”, *LH-Figueiredo Dias*, 2009).

Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.<sup>a</sup> ed., 2010 (1.<sup>a</sup> ed., 1992).

Silva Sánchez, “Sobre las situaciones de necesidad que no implican deberes de tolerancia”, *Consideraciones sobre la teoría del delito*, 1998.

Silva Sánchez, “Recensión de Schönemann, B.: Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. I. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre, G.A., 1985, pp. 341-380”, *ADPCP*, 1987.

Spena, “The Strange Case of the Protective Perimeter: Liberties and Claims to Non-interference”, *Law and Philosophy* (31), 2011.

Spendel, “§ 32. Notwehr”, *LK-StGB*, 11.<sup>a</sup> ed., 2003.

Spendel, “Notwehr und „Verteidigungswille“, objektiver Zweck und subjektive Absicht”, en Herzberg (ed.), *FS-Oehler*, Stauffenburg, Tübingen, 1985.

Spendel, “Gegen den „Verteidigungswillen“ als Notwehrrfordernis”, *FS-Bockelmann*, Beck, München, 1979.

Steinbach, *Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten*, Lang, Frankfurt am Main, 1987.

Sternberg-Lieben, “Vorbermerkungen zu den §§ 32 ff.”, *S/S-StGB*, 30.<sup>a</sup> ed., 2019.

Stratenwerth, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 3.<sup>a</sup> ed., München, 1981.

Suárez Montes, “Reflexiones en torno al injusto penal”, en Luzón Peña/Mir Puig (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*, Pamplona, Aranzadi, 1995.

Suárez Montes, “Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre?”, *FS-Welzel*, De Gruyter, Berlin, 1974.

Suárez Montes, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, Rialp, Madrid, 1963.

Trapero Barreales, *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, Comares, Granada, 2000.

Valle Muñoz, “La naturaleza graduable de lo injusto y la actuación en desconocimiento del presupuesto objetivo de una causa de justificación”, *LH-Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997.

Valle Muñoz, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, PPU, Barcelona, 1994.

Weigt, *Die Stellung der Rechtfertigungsgründe im Verbrechenaufbau. Ein Beitrag zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1969.

Weissing, *Content and Competence. A Descriptive Approach to the Concept of Rights*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.

Welzel, “Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem”, *ZStW*, vol. 67 (2), 1955.

Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11.<sup>a</sup> ed., De Gruyter, Berlin, 1969.

Wilennann, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Marcial Pons, Barcelona, 2017.

Wilennann, “Injusto, justificación e imputación”, en Pawlik *et al.* (coords.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2013.

Wolter, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionales Straftatsystem*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981.

Zielinski, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, Duncker & Humblot, Berlin, 1973.