



La configuración de las causas de justificación y exculpación en el Derecho Penal comunitario

Gerhard Dannecker

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Bayreuth. Alemania*

La regulación de las causas de justificación y exculpación constituyen una de las materias a abordar en el marco de la construcción de la Parte General del Derecho Penal comunitario, cuya creación es actualmente objeto de discusión¹. Pues, pese a ser reconocidas en todos los países miembros, existen profundas divergencias en su concreta formulación², cuya correcta comprensión requiere además introducir la discusión sobre la necesidad de distinguir entre tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Sólo una vez acometida esta tarea, podrá tomarse posición sobre su plasmación y reflexionar sobre propuestas legislativas concretas.

I. Sobre la necesidad de codificar las causas de justificación y exculpación

Las causas de justificación y exculpación, debido a su carácter de principios generales del Derecho, tendrían validez en el futuro Derecho Penal común aunque no fueran expresamente recogidas por su Parte General, circunstancia que no afectaría además al principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*). Sin embargo, su regulación resulta aconsejable, pues la Parte General tiene como cometido solucionar problemas valorativos de la

Parte Especial que no pueden ser resueltos por sí solos a partir de las concretas regulaciones típicas³. En el Derecho Penal existe acuerdo además acerca de la necesidad de codificar las normas principales, a las que sin duda pertenece la Parte General. Acuerdo que no se produce en otros sectores del ordenamiento como el Derecho Civil, donde se arguye en contra de la codificación la creciente limitación del papel del legislador debido a la fuerte influencia del aparato burocrático y las agrupaciones en los programas de política legislativa, tanto en el momento de la creación del Derecho y la conformación de la conciencia jurídica como a la hora de utilizar la ley como instrumento de dirección social⁴.

La codificación de las cuestiones y materias centrales del Derecho Penal representa también una parte de la cultura jurídica continental con mayor peso que la *Common Law Tradition*. En este contexto, además, durante el siglo pasado, Bentham, Austin y Stuart Mill se mostraron favorables a la codificación; y en la actualidad, desde la mitad de los años sesenta, existe una *Law Commission* a la que se le ha confiado la tarea de codificar el sistema jurídico⁵, en la que se integra una Comisión encargada de elaborar un Proyecto de Código Penal⁶. Más allá incluso del Derecho Penal, el Estado de Derecho exige que la interven-

1. Traducción realizada por ADÁN NIETO MARTÍN (UCLM).

En relación a los esfuerzos que en los últimos tiempos se están sucediendo en aras a la creación de una Parte General común, vid. los trabajos de ARROYO, PALERO, ASHWORTH, TIEDEMANN publicados en ZStW 110 (1998), pp. 419 y ss.; 438 y ss.; 461 y ss.; 472 y ss.; 497 y ss.; asimismo puede consultarse TIEDEMANN, en *Festschrift für Lenckener*, 1998, p. 411 y ss.; el mismo, en KREUZER/SCHUEING/SIEBER, *Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union*, 1997, p. 141 y ss.; el mismo, en *Festschrift für Jescheck*, 1985, pp. 1411 y ss.; Vogel, JZ, 1995, pp. 331 y ss.; e igualmente PERRON, ZStW 109 (1997), pp. 296 y ss.; ZULEEG, JZ 1992, p. 764.

2. Al respecto vid. los distintos trabajos que se contienen en Eser/Perron (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Bd. 3, 1991; TIEDEMANN, NJW 1993, pp. 29 y ss.; Wagemann, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe im Bußgeldrecht der Europäischen Gemeinschaften*, 1992, passim; específicamente sobre la legítima defensa, WITTEMANN, *Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa*, 1997, pp. 3 y ss.

3. TIEDEMANN, en *Festschrift für Baumann*, 1992, p. 7.

4. En este sentido, por ejemplo, SCHWARK, ZHR 147 (1983), p. 243, en relación a la reforma del Derecho de obligaciones.

5. Para más detalles vid. GRIEW, ZStW 100 (1988), pág. 931 y s.; KADISH, *Rutgers Law Journal* 1988, p. 521 y siguiente.

6. En 1985 se presentó una propuesta de Proyecto: *Criminal Law: Codification of Criminal Law. A report to the Law Commission*, Law Comm. n.º 143, 1985.

ción de los poderes públicos en materias como la justicia o la administración tengan cobertura legal, lo cual conlleva que las cuestiones más importantes sean reguladas por ley formal. En un sector como el Derecho Penal, que contiene las limitaciones más importantes para la libertad de los ciudadanos, tal exigencia resulta especialmente evidente.

La existencia de sanciones administrativas comunitarias⁷ conjuntamente con las posibilidades que tiene la Comunidad de obligar mediante directivas o reglamentos a los Estados miembros a introducir preceptos penales y de formular recomendaciones a través de Convenios⁸, hace necesario además no limitarse a mencionar únicamente una serie de principios generales, como el de proporcionalidad o ponderación de intereses. La futura Parte General debería realizar formulaciones detalladas, pues sólo de este modo puede alcanzarse rápidamente y en la mayor medida posible una aplicación similar de los principios generales por parte de la Comunidad y de los Estados miembros y con ello lograr una uniformidad real.

II. La diferencia entre tipicidad, antijuricidad y culpabilidad

El punto de arranque de la reflexión sobre la codificación de las causas de justificación pasa por constatar las significativas diferencias que existen entre los Estados miembros en relación a esta cuestión⁹ y el diferente valor que se otorga a la distinción entre antijuricidad y culpabilidad¹⁰. La mayoría de los ordenamientos, no obstante, distinguen entre causas de justificación y exculpación y extraen de ello consecuencias jurídicas que son importantes esencialmente en relación a la posibilidad de participación¹¹. Tal distinción a menudo no se encuentra en el Derecho positivo, que se refiere sólo a la impunidad como consecuencia jurídica de ambas categorías.

La jurisprudencia del T.J.C.E., que conoce la distinción entre causas de justificación y exculpación, puede proporcionarnos las primeras indicaciones. Por ello resulta conveniente analizarla y, teniendo en cuenta que procede sustancialmente de sanciones en materia de competencia, completarla, a través de referencias a la situación existente en algunos países miembros. A partir de aquí discutiremos la concreta configuración de cada causa de justificación y exculpación, cuyo ámbito de aplicación estará constituido por todas las sanciones administrativas y preceptos penales comunes.

La jurisprudencia del T.J.C.E. sobre las sanciones previstas en el Derecho de la competencia del T.C.E. y T.C.E.C.A., calificadas por la doctrina mayoritaria como Derecho Penal en sentido amplio¹², tiene un papel central, pues ha sido la encargada de desarrollar los principios jurídicos básicos, debido a la ausencia de una regulación expresa de las causas de justificación y exculpación. El T.J.C.E. en su construcción no ha adoptado directamente una determinada formulación estatal, sino que las ha construido autónomamente derivándolas del propio Derecho comunitario¹³. Los preceptos estatales se estudian como simples sugerencias con el fin de mostrar las distintas soluciones posibles¹⁴ y fundamentar la propia solución, sin realizar un auténtico análisis de Derecho comparado¹⁵. Estas circunstancias confieren gran importancia al estudio de la jurisprudencia comunitaria.

Por lo que se refiere a la situación jurídica de los Estados miembros, la teoría jurídica del delito tiene en países como Francia, Bélgica, Irlanda y Gran Bretaña, e incluso Holanda y Dinamarca, mucha menos importancia que en el sistema alemán u otros muy próximos, como el español o el italiano, lo que desaconseja tener como objetivo la búsqueda una suerte de mínimo denominador común. Frente a la simplificación legislativa, conviene priorizar la búsqueda de soluciones correctas, en cuanto que nuestra meta es confeccionar una Parte General aplicable al Derecho Penal y no sólo a las sanciones administrativas.

7. Sobre esta cuestión vid. BÖSE, *Strafen und Sanktionen*, 1996, pp. 253 y ss.

8. DANNECKER, *Jura* 1981, pp. 81 y ss., con ulteriores referencias.

9. Detenidamente PERRON, *ZStW* 100 (1997), pp. 281 y ss.; vid. además VOGEL, *GA* 1998, pp. 127 y ss.

10. Vid. las distintas contribuciones a Eser/Flechler (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Bd. 1. 1988.

11. DANNECKER, en Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht-Kommentar*. 1998. Art. 15 VO, marg. 191; WAGEMANN, *Bußgeldrecht*, p. 168.

12. Vid. sólo BÖSE, *Strafen und Sanktionen*, p. 19; DANNECKER/FISCHER-FRISCH, *Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis*, 1989, p. 6 y s.; TIEDEMANN en *Festschrift für Jescheck*, p. 1417.

13. KAKOURIS y JACQUÉ, en Iliopoulos-Strangas (Hrsg.), *Grundrechtsschutz im europäischen Raum*, 1993, p. 203 y 318, respectivamente.

14. WEIß, *Die Verteidigungsrechte im EG-Kartellverfahren*, 1995, p. 77, con ulteriores referencias.

15. PERNICE, *Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaften*, 1979, p. 31; vid. además Dausen, *JÖR* 1982, p. 4.

1. TIPICIDAD, ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL T.J.C.E.

El T.J.C.E. no se ha pronunciado expresamente acerca de la distinción dogmática entre tipicidad y antijuricidad. Sin embargo, en sus decisiones se comprueban en primer lugar los elementos fácticos y normativos de las prohibiciones establecidas en los artículos 85 y 86 del T.C.E. y sólo cuando se ha constatado la infracción, se examina si existen circunstancias que, por ejemplo, puedan dar lugar a una exención¹⁶. Por tanto, tras la afirmación de que se dan las condiciones objetivas, se comprueba si existe un precepto permisivo que se oponga a la norma de prohibición y que justifique el comportamiento típico.

La noción de causa de justificación se muestra especialmente clara en el tratamiento del valor de las autorizaciones administrativas en materia de competencia, que constituyen exenciones a un comportamiento que por regla general resulta prohibido¹⁷. El artículo 85 del T.C.E. prohíbe sustancialmente en su apartado primero las restricciones horizontales y verticales a la competencia, mientras que en su número tercero prevé una exención a estos comportamientos, que permite a la Comisión a la vista del caso concreto dejar sin efectos a través de una decisión la norma prohibitiva. Este supuesto representa una causa de justificación expresamente tipificada que tiene como fundamento la ponderación entre los intereses ligados a la defensa de la competencia y otros ajenos. Esta justificación afecta no sólo a las decisiones sancionadoras, sino también a aquellas en las que se declara prohibido un comportamiento, sin imponer sanción alguna, e incluso excluye la posibilidad de pedir una reclamación civil por daños. Es decir, conlleva que el comportamiento resulte conforme con todo el ordenamiento jurídico, trascendiendo del ámbito sancionador.

Las causas de exculpación y de justificación sólo entran en juego, por el contrario, en el caso de decisiones sancionadoras y ello porque una decisión en la que se establezca únicamente que un comportamiento está prohibido no requiere la existencia de culpabilidad. Sólo cuando se afirma la antijuricidad resulta necesario realizar conside-

raciones sobre la culpabilidad en el momento de determinar si procede la imposición de una sanción. Esta sucesión indica que existe una diferenciación entre injusto y culpabilidad. La cual resulta necesaria en cuanto que la conformidad con el Derecho supone una medida, que trasciende del Derecho sancionador y afecta en general a las prohibiciones del Derecho de la competencia, pues sólo cuando existe antijuricidad puede prohibirse un comportamiento. Por el contrario, la imposición de una sanción tiene como condición adicional la existencia de un comportamiento culpable.

La diferenciación entre tipicidad, antijuricidad y culpabilidad que acepta el T.J.C.E. no tiene, sin embargo, significado sistemático, a diferencia de lo que ocurre en la dogmática alemana. Se trata sobre todo de una necesidad práctica: la diferenciación entre tipicidad y antijuricidad determina sobre quién pesa la carga de la prueba. Corresponde a la Comisión probar que un determinado comportamiento es contrario a la competencia; y a la empresa, la existencia de una causa de justificación¹⁸ e, igualmente, la ausencia de culpabilidad.

2. LA DISTINCIÓN ENTRE TIPICIDAD, ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS ESTATALES

La doctrina mayoritaria otorga en Alemania, al igual que en Italia¹⁹, Austria y España, donde se ha adoptado este modelo²⁰, valor sistemático a la diferenciación entre tipicidad, antijuricidad y culpabilidad²¹. El tipo mediante la descripción del comportamiento delictivo contiene un determinado tipo de injusto que debe ser imputado al autor como su hecho. Merced a la decisiva influencia del finalismo, que convirtió la acción penal en el concepto central de la teoría del delito, el *dolo* conjuntamente con otros elementos subjetivos pertenecen al tipo penal. La antijuricidad expresa que un determinado comportamiento está en contradicción con la totalidad del ordenamiento jurídico, mientras que la culpabilidad fundamenta un juicio de desvalor sobre la persona. La función de

16. T.J.C.E., 11-II-1978. Rec. 1978, p. 131 "Miller International Sachllplatten".

17. DANNECKER, en Immenga/Mestmäcker (Hrsg.). Art. 15 VO 17, marg. 120 y s.

18. DANNECKER, *European Journal of Crime*, "Criminal Law and Criminal Justice", 1993, p. 236 y s.

19. Vid. sólo PAUERO, ZStW 110 (1998), p. 428 y ss.

20. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, p. 214; crítico acerca de la validez del modelo alemán para el futuro Derecho Penal europeo Perron, en *Festschrift für Lenckner*, p. 227 y ss.

21. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 5 Aufl. 1996, p. 200 y ss., con ulteriores referencias.

estas categorías es simplemente descriptiva en cuanto que constituye niveles de valoración diferentes²².

En Francia, por el contrario, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad no se conciben como partes de un sistema. A la hora de declarar la existencia de un hecho punible se diferencia entre el elemento legal, material y subjetivo, lo que supone categorizar en principios jurídicos los presupuestos de responsabilidad fijados por el Derecho positivo²³. Dentro de este marco continúa siendo discutida la encuadración de las causas de justificación. A comienzos del presente siglo se mantuvo que debían integrarse como *élément injuste* en el sistema de la teoría del delito, opinión que, sin embargo, no se ha desarrollado posteriormente. En cualquier caso, existe unidad sobre la irrelevancia de los elementos subjetivos de la justificación. La existencia de los presupuestos objetivos del estado de necesidad o la legítima defensa excluyen por sí solos la aplicación del precepto penal²⁴. Las causas de justificación se diferencian de las causas de exculpación que afectan al autor como la inimputabilidad consecuencia de una enfermedad mental o la minoría de edad, que son ubicadas en la culpabilidad o la imputabilidad²⁵.

En el sistema penal de Inglaterra y Gales resulta decisiva la división entre elementos constitutivos del hecho punible –*actus reus* y *mens rea*–, que han de ser probados por la acusación, y derechos de defensa, cuya alegación y prueba corresponde al acusado. La discusión acerca de los principios jurídicos de la Parte General constituye una de las materias más analizadas por la Ciencia penal²⁶. Existe, igualmente, una importante discusión en torno a la relación que existe entre los derechos de defensa y los elementos constitutivos de cada hecho punible²⁷ y sobre el sentido de la distinción

entre justificación y exculpación. Discutiéndose, en este sentido, si un determinado derecho de defensa pertenece a una u otra categoría²⁸. Independientemente de las cuestiones relativas a la alegación y a la carga de la prueba, las causas de justificación se entienden como elementos negativos del *actus reus*²⁹, mientras que, por el contrario, las causas de exculpación se conciben mayoritariamente como parte del elemento *mens rea*, es decir, dentro de los requisitos necesarios para la afirmación de la culpabilidad³⁰.

Finalmente, en Dinamarca no es posible encontrar diferenciación alguna entre antijuricidad y culpabilidad. No obstante, la diferencia en sí es conocida y puede ser aceptada sin problemas dentro de su sistema penal³¹.

3. LA CLASIFICACIÓN DE LOS “DERECHOS DE DEFENSA”

Un asunto en cierto modo independiente de las cuestiones sistemáticas es si el legislador, dentro de la Parte General del Derecho supranacional, debe o no señalar expresamente si un determinado derecho de defensa constituye una causa de justificación o exculpación. En los distintos ordenamientos nacionales no existe una solución uniforme. Mientras que el Código Penal alemán distingue entre causas de justificación y exculpación, el C.P. español rehúsa establecer tal diferenciación, dejando su clasificación en manos de la jurisprudencia y la Ciencia penal³². En Italia el proyecto de Parte General de 1992 facilita la distinción entre ambas³³.

En el marco de la futura codificación de la Parte General del Derecho Penal supranacional europeo, ambos caminos –la clasificación expresa o el rechazo a la misma– resultan posibles. A

22. HIRSCH, *Studi in memoria Delitala*, Bd. III, 1984, p. 1934, not. 3.

23. En este sentido VOGEL, GA 1998, pág. 129, ha calificado el sistema penal francés de “positivista, principalista y pragmático”.

24. VOGEL, GA 1998, p. 134.

25. MERLE/VITU, *Traité de droit criminel*, Bd. 1, 7 Auf 1997, n.º 435.

26. Vid. por ejemplo ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 2 Aufl. 1995, pp. 132 y ss. y 201 y ss.

27. Vid. WATZEK, *Die Unterscheidung zwischen Rechtsfertigung und Entschuldigung in englischen und deutschen Strafrecht*, 1997, p. 38 y

ss.

28. Sobre este tema, ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, pp. 93 y s., 132 y s., 201 y s.; SMITH, *Justification and Excuse in the Criminal Law*, 1989, *passim*.

29. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, p. 132 con ulteriores referencias.

30. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, p. 201, nuevamente con referencias.

31. GREVE/GULMANN, en *Kommission der EG (Hrsg.), The system of administrative and penal sanctions in the member states of the European Communities*, Vol. I, 1994, p. 73; vid. además KRUSE, en *Eser/Fletcher (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung*, Bd. 1, pp. 646 y

ss.

32. Vid. ARROYO, ZStW 110 (1998), p. 443; SUÁREZ GONZÁLEZ, GA, 1998, p. 112 y ss.; acerca de la situación en Francia, vid. ZIESCHANG, ZStW 106 (1994), p. 651 y ss.

33. MILITELLO, ZStW 107 (1995), p. 977.

favor de señalar expresamente la naturaleza de cada derecho de defensa, puede alegarse que el legislador se obliga a establecer las consecuencias jurídicas de cada causa de exención de la responsabilidad, lo que proporcionará una mayor uniformidad en la aplicación del Derecho al contar los tribunales nacionales con una regulación más detallada.

4. CONCLUSIONES

La distinción entre tipicidad, antijuricidad y culpabilidad constituye, tras lo que acaba de verse, el punto de partida de la futura codificación de las causas de justificación y exculpación, puesto que se encuentra tanto en la jurisprudencia del T.J.C.E. sobre el derecho sancionador de la competencia, como en la mayoría de los ordenamientos estatales. Por otro lado, en países como Inglaterra, en que no se conoce tal diferencia, la Ciencia jurídica admite su posibilidad. El talante pragmático del T.J.C.E. y el carácter abierto del sistema penal en muchos Estados miembros aconsejan regular separadamente las causas de justificación y exculpación que integrarán el sistema penal europeo. El legislador podría establecer la diferencia mencionando expresamente las consecuencias jurídicas de los distintos derechos de defensa, esto es, señalando cuándo su aplicación excluye la antijuricidad en todos los sectores del ordenamiento o sólo tienen validez en el ámbito penal, en atención a las exigencias derivadas del principio de culpabilidad.

III. Exigencias generales de la codificación de las causas de justificación y exculpación en la Parte General

1. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Las causas de justificación otorgan al ciudadano la posibilidad de realizar un comportamiento en sí prohibido u omitir un comportamiento debido en una situación de conflicto. A través de las causas de justificación se coordinan también las prohibiciones existentes en el Derecho Penal con el resto del ordenamiento jurídico³⁴. Por lo de-

más, resulta competencia del legislador y no de la jurisprudencia decidir si mediante estas normas permisivas se desea motivar a los ciudadanos para que realicen dichos comportamientos o, simplemente, pretende restablecer mediante las causas de justificación la libertad general de actuación del ciudadano.

Una regulación legal expresa tiene como ventaja la concreción del contenido y límites de los principios jurídicos generales, aportando mayor uniformidad en la aplicación del Derecho, al evitar que los tribunales se vean abocados a desarrollar las previsiones del legislador. El proceso legislativo permite además alcanzar soluciones más ponderadas y matizadas que las decisiones de los tribunales, condicionadas siempre por el problema que en concreto se plantea. A favor de la regulación expresa de las causas de justificación puede también aducirse que las autorizaciones que en ellas se establecen trascienden a las prohibiciones que contienen los preceptos penales³⁵, pues afectan a otros mandatos y prohibiciones del ordenamiento. De este modo su positivización se acomoda mejor con las exigencias derivadas del principio de unidad del ordenamiento jurídico, al proporcionar criterios que permiten una valoración uniforme del comportamiento en todos los sectores del derecho³⁶. Una regulación legal proporciona además mayor seguridad jurídica a los ciudadanos en el momento de programar sus comportamientos, en cuanto que la utilización de la ley incrementa la transparencia del ordenamiento, mientras que las normas extrapositivas, como son los principios jurídicos, conducen fácilmente a aplicaciones de las normas difícilmente penetrables.

No obstante, debe reconocerse que las normas de la Parte General deben poseer necesariamente cierto grado de abstracción con el fin de facilitar su aplicación en todos los sectores de la Parte Especial³⁷. Una regulación detallada, además, requiere siempre constantes intervenciones del legislador. Este grado de indeterminación no contradice el principio de legalidad, pues resulta necesario para dotar al juez de un cierto espacio de juego, que le permita adaptar su aplicación al caso concreto a partir de sus propias valoraciones. La concreción de las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados es tarea del juez que configura de este modo la realidad

34. AMELUNG, en Schünemann (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. 1984, p. 94; Küper, JZ 1973, p. 95.

35. En este sentido, y en relación al Derecho Penal alemán, SCHÖNKE/SCHRÖDER-LENCKNER, *Kommentar zum StGB*. 25. Aufl. 1997, marg. 4 Vor § 32.

36. RUDOLPHI, en *Festschrift für Armin Kaufmann*, 1993, p. 371.

37. TIEDEMANN, en *Festschrift für Baumann*, p. 15.

jurídica, si bien, debe hacerlo dentro del marco de sus competencias. Finalmente, debería tenerse también presente que existe una mayor necesidad de determinación en relación a aquellas normas de la Parte General que tienen como función la fijación de normas de comportamiento, como, por ejemplo, ocurre con la legítima defensa o el estado de necesidad.

2. CAUSAS DE EXCULPACIÓN

La culpabilidad consiste en reprochar un comportamiento a una determinada persona y la inexcusabilidad del comportamiento debido. La codificación de las causas de exculpación significa que el legislador determina la cantidad de culpa que debe existir para que pueda imponerse una sanción penal. Este límite debe fijarlo el legislador, si se desea establecer una situación jurídica unitaria en la Comunidad Europea.

IV. Causas de justificación penales

Dentro de las causas de justificación debemos diferenciar, de un lado, entre normas permisivas en sentido propio, que establecen un comportamiento debido, como el ejercicio de un derecho (*Amtsrechte, ordre de la loi, commandement de l'autorité légitime*) o que permiten realizar un comportamiento (legítima defensa, estado de necesidad y autorizaciones legales y administrativas). Y, de otro, las normas que determinan bajo qué condiciones excepcionales un precepto penal no resulta aplicable, como por ejemplo el consentimiento expreso o presunto. A diferencia del primer tipo de causas de justificación, el consentimiento del lesionado, que en ocasiones excluye ya la tipicidad, no constituye ningún precepto permisivo. Igualmente, y tal como señalamos anteriormente, la necesidad de acometer una regulación se incrementa en el caso de preceptos permisivos que tienen como fin orientar el comportamiento

del ciudadano, autorizándole a que, ante una situación de conflicto, actúe con el fin de salvaguardar determinados intereses realizando un comportamiento en sí prohibido u omitiendo una acción en sí debida.

1. LEGÍTIMA DEFENSA

a) La legítima defensa como principio general del Derecho

La jurisprudencia del T.J.C.E. establece que la legítima defensa tiene como presupuesto un comportamiento que resulta indispensable para defenderse contra un ataque antijurídico³⁸, realizado por aquella persona cuyo bien jurídico es atacado³⁹. El T.J.C.E. ha rechazado expresamente que la legítima defensa se limite a los ataques contra la vida y la salud⁴⁰. No está aún claro, sin embargo, si es necesario que la legítima defensa tenga como condición la proporcionalidad del medio de defensa⁴¹.

Los requisitos que el T.J.C.E. establece para la aplicación de la legítima defensa son similares a los que existen en las legislaciones de los Estados miembros⁴². En primer lugar, es necesaria la existencia de un ataque antijurídico; elemento que constituye el fundamento de la autorización que permite utilizar la legítima defensa, en cuanto que el atacante no sólo lesiona los intereses de la víctima, sino también el ordenamiento jurídico. En todos los ordenamientos nacionales se requiere además una relación temporal entre el ataque y la defensa, sin que en ello influya el que los textos positivos recojan o no expresamente este requisito⁴³. En algunos países como Austria y Dinamarca se menciona expresamente por la ley no sólo la actualidad del ataque, sino también la existencia de un peligro inmediato o un ataque previsible, previsión que si bien permite una mayor concreción⁴⁴, no tiene mayores repercusiones en la práctica.

Por lo que se refiere a los bienes jurídicos sus-

38. SsT.J.C.E., 12-VII-1962, Rec. 1962, pp. 581, 612 "Modena"; 18-III-1980, Rec. 1980, p. 907, 1.021, "Valsabbia I"; el T.J.C.E. remite a ambas decisiones, donde se trataba de la imposición de sanciones administrativas no pecuniarias, en el caso "Pioneer", único supuesto en que el T.J.C.E. se ha ocupado de la legítima defensa en relación a las sanciones pecuniarias, T.J.C.E., 7-VI-1983, Rec. 1983, pp. 1.285, 1.861.

39. T.J.C.E., 18-III-1980, Rec. 1980, pp. 907, 1.021 "Valsabbia I".

40. Esta consideración coincide con la situación existente en todos los ordenamientos, vid. sólo GENONI, *Die Notwehr im Völkerrecht*, 1987, XXIX; WAGEMANN, *Bußgeldrecht*, pp. 113 y ss.

41. A favor, DANNECKER, en Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Art. 15 VO 17, marg. 141; en contra, WAGEMANN, *Bußgeldrecht*, p. 97.

42. Vid. sólo GENONI, *Notwehr im Völkerrecht*, XXIX.

43. Como ocurre en Noruega o España, vid. WITTEMANN, *Grundlinien und Grenzen*, p. 263.

44. WITTEMANN, *Grundlinien und Grenzen*, p. 263.

ceptibles de ser defendidos, existen ordenamientos en los que expresamente se realizan algunas restricciones⁴⁵. Éste es el caso de Francia o Bélgica, que en la tradición del Derecho romano, consideran que únicamente cabe legítima defensa ante ataques a la vida, la salud, la integridad física y la autodeterminación sexual⁴⁶. No obstante, la legítima defensa de bienes como la propiedad o el patrimonio se admite también siempre que el ataque resulte proporcional⁴⁷. El artículo 122-5 del Código Penal francés, en su apartado segundo hace referencia claramente a este requisito. En Inglaterra, la jurisprudencia ha restringido igualmente la legítima defensa de la propiedad a través del requisito de proporcionalidad⁴⁸. En Italia, el artículo 52 del Codice Penale y el artículo 4.1 de la Ley n.º 689/1981 establecen también que la defensa "debe guardar relación con el ataque".

Dentro de los requisitos que hacen referencia a la acción defensiva nos encontramos finalmente con la cuestión relativa a los medios de defensa. Además de la necesidad de defensa, elemento presente en todos los ordenamientos, en muchos se menciona también el principio de proporcionalidad con el fin de señalar que el medio de defensa debe ser el menos lesivo de los que resultan disponibles en el momento del ataque. La mayoría de los Códigos penales requieren igualmente una ponderación de bienes, exigencia de proporcionalidad que puede derivarse ya del artículo 2.2. de la CEDH. En el Derecho alemán, donde se desconoce el requisito de proporcionalidad, la limitación del derecho de defensa a través del mismo puede ser admitida jurisprudencialmente⁴⁹ a través de una interpretación del término "debidamente"⁵⁰. La exigencia de proporcionalidad resulta además conforme con los dos fundamentos de la legítima defensa: el que el derecho no deba ceder ante el injusto y la validez del ordenamiento jurídico.

Tras estas consideraciones bien puede concluirse afirmando que la legítima defensa es un principio jurídico que debe corresponderse con los principios de idoneidad, necesidad y adecuación.

b) Necesidad de su codificación en la Parte General

A la vista de la escasa trascendencia práctica de la legítima defensa en el Derecho sancionador de la competencia comunitario y, en general, en todo el Derecho Penal económico⁵¹, puede cuestionarse la necesidad de proceder a su codificación expresa de la misma en la Parte General del Derecho Penal europeo. Puede alegarse a favor de su codificación que con ello se reconoce que no sólo los poderes públicos, sino también los particulares, incluyendo a las personas jurídicas, tienen derecho a defenderse por sí solos, salvo que una autoridad, nacional o comunitaria, pueda acometer una defensa eficaz del bien jurídico en peligro. Por el contrario, no recoger expresamente la legítima defensa podría dar lugar al malentendido de que la Comunidad ostenta un monopolio más amplio que el existente en los ordenamientos nacionales a la hora de garantizar la validez del ordenamiento. Igualmente resultaría paradójico que el Derecho comunitario no reconociera el derecho a los Estados miembros de defenderse por sí mismos ante ataques inminentes. Esta situación entraría en contradicción con un principio, tan ampliamente compartido, como es el de que los medios de defensa privados sólo pueden excluirse cuando el Estado es capaz de ofrecer una protección eficaz. Finalmente, la regulación de la legítima defensa en el ámbito comunitario podría servir para fijar con mayor precisión los límites en los que los medios estatales de defensa tienen preferencia. Estas razones hacen oportuno proceder a la regulación expresa de la legítima defensa en el marco de una futura Parte General del Derecho Penal supranacional⁵².

c) Propuesta legislativa

Legítima defensa: No actúa antijurídicamente quien realiza un comportamiento que resulta preciso para repeler de modo necesario y adecuado un ataque actual y antijurídico contra sí mismo o un tercero. No existe adecuación cuando dicha acción resulta desproporcionada en atención a la pe-

45. Acerca de la discusión histórica que sobre este asunto mantuvieron PUFENDORF y GROTIUS, vid. Karlg, ZSIW 110 (1998), p. 66 y

ss.

46. Éste era el caso de Francia hasta la entrada en vigor del nuevo Código Penal.

47. STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal général*. 15 Aufl 1992, n.º 240 y ss.

48. VOGEL, GA 1998, p. 144, con ulteriores referencias.

49. Como se prueba en LACKNER/KÜHL, StGB 22 Auf-1997, § 32 marg. 13.

50. Karlg, ZSIW 110 (1998), p. 67.

51. Vid. al respecto DANNECKER, *European Journal of Crime. Criminal Law and Criminal Justice*, 1993, p. 238.

52. Acerca de la necesidad de establecer también una regulación especial para los supuestos en que existen excesos extensivos como consecuencia de una situación de miedo, desconcierto o terror, vid. infra. V.2.

ligrosidad del ataque, la culpabilidad del agresor y el valor del bien jurídico atacado.

2. ESTADO DE NECESIDAD

a) El estado de necesidad justificante como principio general del derecho

El T.J.C.E. admite el estado de necesidad como principio general del Derecho comunitario, cuyo contenido reside en que no puede exigirse al autor un comportamiento conforme al Derecho en una situación de necesidad. Los requisitos del estado de necesidad, según sus decisiones, son una amenaza inminente que pone en serio peligro un bien y la imposibilidad de conjurar el peligro a través de otro modo que no sea la realización del comportamiento antijurídico⁵³. La persona que actúa en estado de necesidad no debe haber originado la situación de peligro⁵⁴ y además⁵⁵ dicho peligro debe constituir una amenaza que ponga en peligro la propia existencia del sujeto⁵⁶. No está aclarado, sin embargo, si puede apreciarse el estado de necesidad cuando los bienes en juego tienen un valor similar e, igualmente, si en este caso existiría una causa de justificación o de exculpación⁵⁷.

El estado de necesidad es reconocido en todos los Estados miembros aunque se carezca total o parcialmente de regulación expresa, como ocurre en Bélgica, Francia, hasta la entrada en vigor del nuevo Código Penal⁵⁸, o en Austria, cuyo Código Penal contiene sólo el estado de necesidad justificante. En Inglaterra el estado de necesidad constituye un derecho de defensa reconocido, pese a que su aplicación completa está revestida de numerosas reservas⁵⁹. Normalmente sólo produce una atenuación de la pena. No obstante, reciente-

mente, a través de la fórmula "dureza de las circunstancias" (*duress of circumstances*) se admite un nuevo tipo de defensa cercano al estado de necesidad⁶⁰, que abarca situaciones marcadas por la necesidad de evitar un perjuicio grave⁶¹. Por el contrario los supuestos de *duress by threats* se encuadran dentro de la exculpación. El § 34 del Código Penal alemán recoge también el estado de necesidad, si bien en el ámbito del Derecho Penal económico se admite sólo si está en peligro la existencia de la empresa, sus puestos de trabajo y su significado económico⁶². En España, el estado de necesidad se contiene en el artículo 20.5 del C.P., dependiendo su aplicación de que el mal causado sea menor al que se trata de evitar. Los supuestos de bienes jurídicos similares se consideran por la doctrina mayoritaria como una causa de exculpación (estado de necesidad exculpante), al igual que el denominado miedo insuperable (Art. 20.6)⁶³. El Código Penal italiano recoge el estado de necesidad justificante en su artículo 51, limitando su aplicación a los casos en que exista un peligro importante para la vida u otro bien altamente personal. Como se desprende de estas consideraciones, el estado de necesidad es una institución conocida en todos los ordenamientos que tiene como fundamento la ponderación de intereses.

Tradicionalmente el estado de necesidad se fundamentó en una situación psíquica o psicológica de necesidad, que impedía comportarse conforme a la norma penal⁶⁴. Concepción que explica el que en algunos ordenamientos, como el italiano, se reconozca exclusivamente el estado de necesidad en situaciones de peligro para la vida o la salud o bienes altamente personales. La consecuencia de esta formulación es que, obviamente, el estado de necesidad no sirve de justificación cuando se inten-

53. T.J.C.E., 18-III-1980, Rec. 1980, pp. 907, 1.023, "Valsabbia I".

54. Vid. SsT.J.C.E., 18-III-1980, Rec. 1980, pp. 907, 1.035, 1.069 "Valsabbia I"; 11-XII-1980, Rec. 1983, p. 1.507, 1.531 "Klöckner I".

55. En estos supuestos pueden tener primacía, sobre la regulación genérica del estado de necesidad, regulaciones económicas específicas que, como ocurre en el derecho sancionador de la competencia, excluyan la invocación del estado de necesidad. Acerca de esta cuestión vid. DANNECKER en Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Art. 15 VO 17, margs. 146 y ss.

56. SsT.J.C.E., 18-III-1980, Rec. 1980, pp. 907, 1.070 "Valsabbia I"; 11-XII-1980, Rec. 1980, pp. 3.753, 3.764 "Ferriere Lucchini".

57. Sobre esta cuestión DANNECKER, en Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Art. 15 VO 17 marg. 150, con ulteriores referencias.

58. JESCHECK, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1987, p. 97.

59. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, pp. 144 y ss., pp. 214 y ss.

60. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, pp. 217 y ss.; BLACKSTONE'S, *Criminal Practice*, 1994, A 3.28; vid. igualmente SMITH, *Justification and Excuse in the Criminal Law*, p. 86, quien considera la *duress by circumstances* un supuesto de exculpación; crítico sobre esta opinión MILITELLO, en Eser/Huber/Cornils, *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, 1998, pp. 269 y s.

61. CLARKSON/KEATING, *Criminal Law: Text and Materials*, 3 Aufl. 1994, p. 274; CURZON, *Criminal Law*, 7 Aufl. 1994, p. 82; vid. también ASHWORTH, ZStW 110 (1998), p. 446.

62. Cfr. Schönke/Schröder-Lenckner, StGB, § 34 marg. 9, con ulteriores referencias.

63. Vid. sólo ARROYO, ZStW 110 (1998), p. 443 y s.

64. Vid. NEUMANN, en Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch (Loseblattsammlung) Stand März 1997, § 34 marg. 2.

ta salvar un valor patrimonial. En países como Francia y Alemania, desde hace algunos años se observa una ampliación de los bienes que pueden ser defendidos a través del estado de necesidad, aplicándose a situaciones en las que se intentan salvar puestos de trabajo o, por ejemplo, evitar la quiebra⁶⁵. Esta evolución, de enorme significado para el Derecho Penal actual, no puede entenderse a partir de la fundamentación tradicional del estado de necesidad, de carácter marcadamente psicológico.

El problema principal del estado de necesidad, muy evidente dentro del Derecho Penal económico, no reside en que su aplicación conlleve a la absolución, sino que su reconocimiento significa autorizar al autor para transmitir sus propios males a otro individuo o a la comunidad⁶⁶, lo cual sólo puede justificarse en el marco del segundo fundamento del estado de necesidad, cuyas raíces se hunden en el derecho natural, según el cual resulta lícito alcanzar fines amparados por el ordenamiento jurídico a través de medios adecuados⁶⁷.

Dentro de los presupuestos básicos del estado de necesidad aún no está suficientemente aclarado si sólo está permitido salvar un interés superior a través del ataque a bienes de inferior valor y si existe alguna restricción en relación al tipo de bienes jurídicos. En cualquier caso, dado que el estado de necesidad supone imponer a un tercero la obligación de tolerar un perjuicio en sus bienes en beneficio de otro, resulta preciso encontrar un fundamento del mismo que trascienda al propio Derecho Penal. El deber de solidaridad⁶⁸ que existe entre los ciudadanos de un Estado constituye el fundamento en virtud del cual el perjudicado tiene el deber de sacrificarse⁶⁹; obligación que deja de existir cuando los bienes jurídicos son de igual importancia, razón por la cual en estos casos sólo puede darse una situación de exculpación.

Sería posible mantener, no obstante, que cada ciudadano soportara sus propios perjuicios y que el desarrollo de la solidaridad correspondiera exclusivamente al Estado, lo cual, obviamente, supondría aplicar el estado de necesidad únicamente a situaciones excepcionales. El T.J.C.E., en consonancia con esto último, exige una amenaza inminente procedente de un peligro serio, que sea imposible de conjurar por un medio distinto al comportamiento antijurídico realizado. Además, cuando se trata de empresas, limita el estado de necesidad a los supuestos en que su propia existencia se vea amenazada⁷⁰. En el Derecho Penal económico belga se requiere igualmente una situación de peligro para la existencia de la empresa, como requisito imprescindible para justificar las agresiones sobre derechos de terceros⁷¹; si la empresa dispone de medios propios para evitar el peligro no existe deber de solidaridad alguno por parte de terceros. La jurisprudencia alemana en los casos de estado de necesidad agresivo requiere también la amenaza de peligro para la existencia de un determinado bien para justificar la lesión o la puesta en peligro de intereses de terceros⁷². Muy esclarecedora en este sentido es, por ejemplo, la decisión del OLG de Koblenz, que rechazó la aplicación del estado de necesidad en el caso de un conductor, con un volumen de alcohol en sangre superior al permitido (1,8%), que llevaba al hospital a un herido grave, pero cuya vida no se encontraba en peligro⁷³.

Una restricción ulterior del estado de necesidad puede efectuarse en los supuestos en que la persona cuyos intereses están amenazados resulte corresponsable de la creación del peligro. El T.J.C.E., en este sentido, exige para aplicar el estado de necesidad el que no exista ninguna contribución a la creación del peligro por parte de la persona cuyos intereses se pretenden salvar⁷⁴. En Francia, Italia, Holanda e Inglaterra encontramos

65. En relación a Alemania, vid. la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1975 - 4 StR 28/75 (no publicada); su texto puede encontrarse en TIEDEMANN, *Die Neuordnung des Umweltstrafrechts*, 1980, p. 58. Para Francia, vid. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, 2 Aufl. 1991, n.º 269 y ss.

66. Vid. KÜPER, *JuS* 1987, p. 86.

67. Vid. NEUMANN, en *Nomos-Kommentar zum StGB*, § 34 margs. 5 y ss.; acerca de la fundamentación del estado de necesidad en el marco de la filosofía del Derecho, vid. KÜHL, en *Festschrift für Lenckner*, pp. 144 y ss.

68. Vid., no obstante, KÜHL, en *Festschrift für Lenckner*, p. 158, quien no considera que este principio pueda fundamentarse en la Constitución y además no encuentra que exista una fundamentación suficiente del principio de solidaridad por parte de la Filosofía del Derecho.

69. Vid. KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 1997, § 8 marg. 1 y ss. con ulteriores referencias; NEUMANN, en *Nomos-Kommentar zum StGB*, § 34, marg. 9 y ss.

70. T.J.C.E., Rec. 1980. p. 907, 1.023 "Valsabbia I".

71. BOSLY/SPREUTELS, *Revue International de Droit Pénale*, 1983, pp. 131 y ss.

72. Acerca del estado de necesidad en el Derecho Penal económico, vid. PFOHL, en Müller-Gugenberger, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2 Aufl. 1992, § 44 marg. 107.

73. MDR 1972, p. 885.

74. St.J.C.E., Rec. 1980, pp. 1.035, 1.069 "Valsabbia I"; Rec. 1983, p. 1.531 "Klößener I".

una limitación similar⁷⁵. En Alemania se tiene en cuenta, en el momento de realizar la ponderación de intereses, si la persona que va a ser beneficiada por el estado de necesidad ha tenido parte de responsabilidad en la creación del peligro, de tal modo que cuando esto sucede se excluye o limita la posibilidad de apreciar la justificación. En general, la idea de responsabilidad en la creación del peligro se encuentra en todos los ordenamientos, independientemente de si, como ocurre en Alemania, existe una formulación expresa del denominado estado de necesidad defensivo.

La diferenciación entre estado de necesidad justificante y exculpante constituye, finalmente, otro de los problemas centrales. En la mayoría de los países se distingue entre ambas clases de estado de necesidad, que se plasma incluso expresamente en los Códigos Penales de Alemania y Austria. En este último país sólo se menciona además el denominado estado de necesidad exculpante⁷⁶. En Italia, país en el que se conoce sólo el estado de necesidad justificante, el Proyecto de Reforma complementa las causas de justificación con una nueva categoría independiente de eximentes de la responsabilidad penal cuyo fundamento es subjetivo, lo que posibilita la diferenciación entre antijuricidad y culpabilidad⁷⁷. En todos estos países, entre los que debe incluirse también a España, cuando los bienes en conflicto tienen igual rango sólo cabe apreciar una exclusión de la culpabilidad.

En otros estados miembros, por el contrario, se conoce únicamente un tipo de estado de necesidad. En Francia, el artículo 122.7 del Código Penal recoge el estado de necesidad como un caso de exclusión de la responsabilidad penal, cuyo presupuesto es un peligro actual o previsible que amenaza al autor, a un tercero o a una cosa. La realización de un comportamiento típico necesario para la protección de personas o cosas excluye la responsabilidad penal incluso si no existe proporcionalidad entre la gravedad del peligro y la acción realizada, lo que supone que el legislador ha rechazado expresamente la diferenciación entre ambas clases de estado de necesidad⁷⁸. En España, el Código Penal no distingue tampoco entre estado de necesidad justificante y exculpante, aunque tal distinción, como antes decíamos, se realiza por la doctrina y la jurisprudencia⁷⁹.

b) Necesidad de codificar el estado de necesidad

Al igual que sucedía con la legítima defensa, resulta conveniente incluir el estado de necesidad dentro de la futura Parte General del Derecho Penal supranacional, por ser plasmación de un principio general del Derecho, que indica que los bienes jurídicos de inferior rango pueden ser lesionados con el fin de salvaguardar un interés superior.

El reconocimiento del estado de necesidad justificante implica que al autor no se le exige un comportamiento conforme al Derecho y que existe la obligación de tolerar el ataque en beneficio del interés superior. En los casos de igualdad de bienes resulta de aplicación el estado de necesidad exculpante. No resulta necesario, sin embargo, plasmar expresamente la doctrina del T.J.C.E., que requiere que el beneficiado por el estado de necesidad no haya contribuido a la creación de la situación de peligro. Y ello a pesar de que en la mayoría de los ordenamientos se admite tal restricción⁸⁰. Esta circunstancia, como muestra el Derecho alemán, donde no se menciona expresamente, se puede tener presente en el momento de la ponderación de intereses, lo que proporciona una fórmula mucho más flexible que su plasmación expresa, pero con idénticos resultados prácticos, en cuanto que conduce también a la limitación o exclusión del estado de necesidad⁸¹.

En relación a esta cuestión, sí que resulta, en cambio, aconsejable regular el estado de necesidad defensivo; en este supuesto, el principio de solidaridad no suministra un fundamento suficiente para permitir una agresión, que debe buscarse en el principio de responsabilidad por el injusto. El estado de necesidad defensivo tiene como condición una situación de peligro que procede de un objeto ajeno y autoriza su lesión o destrucción para repeler el ataque, con la condición de que exista una relación de proporcionalidad entre el comportamiento defensivo y el daño que puede derivarse de la situación de peligro. En esta situación, la responsabilidad objetiva del propietario del objeto que origina el peligro autoriza a quien es puesto en peligro a lesionarlo aunque su valor sea superior, siempre que exista una relación de proporcionalidad.

75. Vid. DANNECKER, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1993, p. 239.

76. Vid. NAWAKOWSKI, en *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1984, Nachbem. zu § 3 marg. 3 y ss.

77. MILITELLO, *ZStW* 107 (1995), p. 997.

78. ZIESCHANG, *ZStW* 106 (1994), pp. 652 y ss.

79. Vid. SUÁREZ GONZÁLEZ. GA 1988, p. 114.

80. Vid. DANNECKER, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1993, p. 239.

81. Vid. al respecto SCHÖNKE/SCHRÖDER-LENCKNER, § 34 marg. 42.

c) *Propuesta de regulación*

Estado de necesidad agresivo: No actúa antijurídicamente quien realiza un hecho necesario para repeler un peligro contra la vida, la salud, la libertad u otro bien jurídico, si ponderando todas las circunstancias, el interés preservado resulta preponderante de tal modo que deba tolerarse el ataque sobre otro bien jurídico.

Estado de necesidad defensivo: No actúa antijurídicamente quien lesiona o destruye una cosa ajena con el fin de repeler un peligro para sí o un tercero procedente de la misma, si la lesión resulta necesaria para repeler el peligro y si el daño no es desproporcionado en relación al peligro.

3. CONSENTIMIENTO

a) *El consentimiento como principio general del Derecho*

El T.J.C.E. no ha tomado hasta ahora posición alguna en torno al consentimiento, debido a que los bienes jurídicos tutelados por el Derecho sancionador comunitario no resultan disponibles. Por ello nos limitaremos a exponer la situación en los países miembros de la Comunidad Europea.

En Alemania, el derecho vigente no regula ni el consentimiento, ni el consentimiento presunto. Dependiendo de la naturaleza del delito, la conformidad del afectado puede conducir a la atipicidad, lo que se conoce como acuerdo (*Einverständnis*), o bien a considerar el hecho como justificado, casos en que se habla de consentimiento (*Einwilligung*)⁸². El acuerdo como causa de atipicidad se produce en aquellos casos en que entre los elementos del tipo figura la necesidad de que el hecho se realice contra la voluntad de la persona lesionada. El consentimiento, como causa de justificación, se aprecia en relación a bienes jurídicos personales en los que está limitada la capacidad de disposición. El derecho consuetudinario y el artículo 2.1 de la Constitución constituyen las fuentes jurídicas de esta doctrina. Los casos particularmente problemáticos son los supuestos de homicidio a petición y lesiones consentidas; en estos últimos, la justificación depende de que el

“consentimiento no sea contrario a las buenas costumbres” (§ 228 del Código Penal alemán). Existen regulaciones especiales del consentimiento en relación a supuestos específicos que constituyen casos especialmente graves de ataques contra la integridad y la personalidad, como son los casos de esterilización, castración, sustracción de órganos o participación en experimentos científicos. Además se discuten otros aspectos relacionados con la libertad del consentimiento, como la capacidad de apreciación o las limitaciones del consentimiento de los representantes⁸³.

La situación que acaba de describirse coincide esencialmente con la existente en Austria e Italia, aunque en este último país el consentimiento encuentra, sin embargo, plasmación positiva. El Derecho inglés presenta también amplias similitudes con el alemán. El consentimiento no está regulado expresamente⁸⁴, si bien sí se prevé hacerlo en el marco de los proyectos de codificación, y se discute también si la falta de consentimiento es parte de la prohibición o si constituye una defensa. Igualmente, su fundamento se sitúa en la autonomía individual, valor que llevado a sus últimas consecuencias plantea la cuestión de los límites del consentimiento en relación a los bienes de carácter personal⁸⁵. La diferencia existente en Alemania entre acuerdo y consentimiento se entiende, en cambio, de otro modo en el Derecho inglés: en aquellos casos en los que la acción no causa ninguna lesión grave se considera que no existe violación de precepto jurídico si existe acuerdo del afectado⁸⁶. Como puede apreciarse, lo decisivo no es la configuración del tipo penal, sino la gravedad de la lesión al bien jurídico, de tal modo que únicamente en los casos graves, por ejemplo un ataque mediante vías de hecho, el consentimiento posee carácter justificante. Su eficacia, en este supuesto, es bastante limitada, a no ser que el autor haga valer *a good reason*. Concepto éste que es una cuestión de *public policy* y que resulta complicado determinar⁸⁷.

El Derecho Penal francés sólo excepcionalmente otorga relevancia como causa de justificación al consentimiento de la víctima. El nuevo Code Pénal no regula tampoco esta materia. La norma general es que el consentimiento del lesionado no sirve para justificar el hecho⁸⁸, salvo en casos ex-

82. Vid. sólo JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, pp. 372 y ss.

83. Sobre estos aspectos, KÖHLER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, pp. 250 y ss.

84. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, pp. 318 y ss.

85. Vid. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, p. 318.

86. BLACKSTONE'S, *Criminal Practice*, B 2.7.

87. BLACKSTONE'S, *Criminal Practice*, B 2.7.

88. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, n.º 356.

cepcionales y en determinadas circunstancias. La irrelevancia del consentimiento es especialmente clara en relación a la vida, la salud, la integridad corporal o bienes jurídicos colectivos, como el consentimiento del trabajador para trabajar durante un día festivo. Incluso las intervenciones médicas solo están justificadas cuanto existe una aprobación legal. En suma, el consentimiento en Francia sólo tiene relevancia como causa de atipicidad si su ausencia constituye un *élément de l'infraction*. En los casos en que el tipo penal no requiere que se actúe en contra o sin la voluntad del afectado, sólo es posible la justificación si existe una regulación legal expresa o al menos un supuesto que pueda ser equiparado a una autorización legal. En cualquier caso, además, el autor debe actuar en conformidad con el interés público y las buenas costumbres. Este reconocimiento tan sumamente restrictivo del consentimiento en Francia, al igual que en Bélgica, patentiza el peso que tiene la concepción del carácter público del Derecho Penal.

b) Necesidad de una codificación en la Parte General

A la hora de contestar a esta pregunta debe considerarse, en primer término, que en los estados miembros el consentimiento tiene un valor muy limitado como causa de justificación, a salvo de regulaciones sectoriales específicas. Por ello, una regulación expresa sólo tendría sentido si fuera capaz de establecer con precisión los límites del consentimiento, aportando alguna mejora a la situación actual. No obstante, la experiencia muestra que este objetivo sólo puede lograrse en el marco de regulaciones sectoriales sobre trasplante de órganos, sanitarias, deportivas, etc., donde pueden tenerse en cuenta las particularidades existentes⁸⁹.

4. EJERCICIO DEL CARGO Y DE DERECHOS DE COACCIÓN

a) Consideraciones sobre el ejercicio legítimo del cargo y la actuación en cumplimiento de un deber público

Los funcionarios públicos están obligados a realizar tareas, previstas en normas jurídicas, que conllevan el empleo de medios de fuerza o coactivos y

que cumplen por ello los presupuestos típicos de figuras como las amenazas, las detenciones ilegales, lesiones o allanamiento de morada. La realización de estas actividades previstas por la ley y el ejercicio del cargo excluyen la responsabilidad penal en todos los países miembros de la Unión Europea. Esta situación se extiende a los supuestos en que la ley concede un cierto margen de discrecionalidad o a la ejecución de órdenes superiores conformes a Derecho, que obligan o autorizan a lesionar un determinado bien jurídico. De este modo, por ejemplo, en Francia, las causas de justificación denominadas *exercice d'un droit, ordre de la loi* y *commandement de l'autorité légitime* comprenden, respectivamente, los casos de utilización de un derecho y de ejecución de un mandato legal o de la autoridad competente. Lo dispuesto en la ley tiene eficacia justificante, a no ser que resulte necesario, como suele ser frecuente, una autorización particular del juez o de otra autoridad pública a partir del marco legal. De este modo, por ejemplo, la policía no puede invocar directamente la ley si no cuenta con una autorización del juez en el caso concreto. Además, tampoco sirve para justificar un comportamiento el hecho de que la administración lo tolere habitualmente o lo permita a través de una disposición carente de fundamento legal.

Al igual que ocurre en Francia, también en Alemania y Austria y en otros países, como Italia, Inglaterra y España, no hay duda alguna acerca de la existencia de una situación de justificación cuando una norma extrapenal autoriza la realización de un determinado ataque, siempre y cuando se cumplan los requisitos legales establecidos.

En algunos estados miembros se ha positivizado como causa de justificación el ejercicio del cargo y la obediencia debida, como es el caso de Italia y Francia o España, mientras que en otros como Inglaterra, Austria y Alemania, se carece de regulación. El artículo 51 del Código Penal italiano establece expresamente que no existe responsabilidad penal en los supuestos de ejercicio de un derecho, cumplimiento de una obligación legal o de una orden conforme a derecho del superior. En España, el nuevo Código Penal, en el precepto que recoge las causas eximentes de la responsabilidad, menciona también el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de una obligación (art. 20.7 del C.P.), aunque no hace referencia a la obediencia debida. Las normas que establecen derechos y

89. Si se rechaza codificar el consentimiento, lógicamente tampoco debe recogerse una regulación del consentimiento presunto, es decir, aquellos casos en los que se presume la existencia del consentimiento aunque el titular del bien no lo haya emitido a través de una decisión actual o no pueda recabarse en el momento de los hechos.

obligaciones pueden tener su origen en cualquier sector del ordenamiento jurídico, resultando indiferente, por tanto, si el rango de la norma es una ley, reglamento, tratado internacional o la costumbre.

Mientras que existe amplio acuerdo en que los ataques conforme a derecho están justificados o bien, con carácter más general, excluyen la responsabilidad penal, resultan discutibles los casos en los que el comportamiento del funcionario no está cubierto por precepto legal alguno y el ataque resulta contrario al Derecho administrativo o a cualquier otra rama del ordenamiento jurídico, distinta del Derecho Penal. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia alemana han acuñado en estos últimos casos un concepto penal autónomo de conformidad con el ordenamiento jurídico⁹⁰, a tenor del cual lo decisivo no es tanto la corrección material, sino la conformidad con el ordenamiento desde un punto de vista formal⁹¹. Esta doctrina constituye un punto intermedio en relación a las posiciones extremas que requieren una conformidad material y formal absoluta o se conforman con un cierto efecto vinculante⁹². Entre estos dos extremos, el concepto penal de conformidad con el derecho requiere que el autor sea competente tanto material como territorialmente y que haya examinado conforme al deber objetivo de cuidado la existencia de las condiciones necesarias para que el ataque resulte lícito⁹³ o, en aquellos casos en los que existe un margen de discrecionalidad, haya utilizado conforme al deber su margen de maniobra⁹⁴. La existencia de un comportamiento antijurídico sólo se aprecia, por tanto, cuando la ponderación de intereses no se ha realizado conforme al deber de cuidado exigido o el comportamiento del funcionario puede tacharse de arbitrario o ha abusado de su oficio. En los casos en que el funcionario actúa cumpliendo una orden, la acción de servicio resulta conforme a derecho si la orden ha sido emitida de un modo formalmente válido por un tribunal o autoridad (sentencia,

auto, decreto, acto administrativo) o proviene de un superior y cumple con las condiciones del concepto de antijuricidad penal al que antes hacíamos referencia⁹⁵.

Un sector doctrinal mantiene una opinión más radical señalando que sólo los actos administrativos nulos, es decir, aquellos que tienen una grave y visible carencia, no pueden tener efectos justificantes⁹⁶. De tal modo que basta con que el acto pueda ser ejecutado para mantener su valor como causa de justificación. La posición contraria cuestiona, en cambio, la corrección del concepto penal de conformidad y propugna que el ataque no puede justificarse si no existen todos los requisitos señalados por la ley⁹⁷, lo que impide la justificación incluso en el caso de actos administrativos anulables. Según esta doctrina, si la ejecución de estos actos infringe un precepto penal, la justificación sólo sería posible de existir una causa de justificación que contemplase estos presupuestos⁹⁸. Esta opinión coincide con la doctrina mayoritaria en Austria, donde también se mantiene que la falta de alguno de los requisitos legales que permiten realizar una agresión impide justificar el comportamiento. Sin embargo, en Austria, al igual que en Alemania, el ciudadano afectado por un comportamiento antijurídico procedente de la autoridad sólo tiene derecho a resistirse en los casos de "antijuricidad cualificada", es decir, si la autoridad o el funcionario carecían de competencia para la realización del acto o si su comportamiento es constitutivo de delitos como tortura o abuso de funciones. En la mayoría de los casos, por tanto, el ciudadano está obligado a tolerar comportamientos antijurídicos⁹⁹.

Limitaciones similares, en orden a establecer la conformidad a derecho del ataque, se establecen para los casos de cumplimiento de órdenes antijurídicas vinculantes. En el Derecho francés se prevé en este punto que el mandato sólo resulta obligatorio cuando no es manifiestamente antijurídico (art. 122.4.2 del C.P.)¹⁰⁰. En Dinamarca, Italia o

90. Ampliamente LENZ, Die Diensthandlung und ihre Rechtmäßigkeit in § 113 StGB, 1987, pp. 20 y ss.

91. BGHSt 4, 164, 21, 363.

92. Para más detalles, VIT, ZStW 106 (1994), p. 581 con ulteriores referencias.

93. SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER, § 113, marg. 27; SCHÖNKE/SCHRÖDER-LENCKNER, marg. 86 vor §§ 32 y ss.

94. Vid. sólo LACKNER/KÜHL, StGB, § 113 marg. 8 y ss.; ROXIN, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. 1, 3. Aufl. 1998, § 17 marg. 2 y ss., ambos con ulteriores referencias.

95. Para mayores detalles, ROXIN, Strafrecht, A.T. § 17 marg. 4 y ss.

96. BENDER, Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung i.S.d. § 113 StGB, 1953; WAGNER, JuS 1975, p. 224.

97. AMELUNG, JuS 1986, pp. 335 y s.; BACKES/RANSIEK, JuS 1989, pp. 626 y ss.; ROXIN, Strafrecht, A.T., § 17 marg. 9 y s.; SCHÜNEMANN, JA 1972, pp. 707 y ss.

98. THIELE, JA 1975, pp. 373 y ss.

99. FUCHS, Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil. 3. Aufl. 1998, p. 174.

100. Vid. sobre ello MILITELLO, en Eser/Huber/Cornils (Hrsg.), Einzelverantwortung im Strafrecht, p. 254 y s., con ulteriores referencias.

Portugal se añade un elemento subjetivo, que exige además para la exclusión de la responsabilidad que el autor no conociera el contenido delictivo de la orden y que la antijuricidad no resultara manifiesta. El Código Penal italiano señala que el subordinado no es responsable por la ejecución de una orden antijurídica si no conocía su antijuricidad o su cumplimiento resultaba obligatorio (art. 51.3 y 4). Existe obligatoriedad en los casos en los que la ley rechaza cualquier posibilidad de control en relación a la orden y deja de existir cuando la antijuricidad es manifiesta, es decir, si su contenido es claramente delictivo o los requisitos formales esenciales —como la competencia para emitir tales órdenes o el respeto de las formas obligatorias— no se cumplen. Estos límites son incluso aplicables en caso de estructuras altamente jerarquizadas, como el ejército o la policía¹⁰¹. En Alemania, igualmente, el cumplimiento de órdenes antijurídicas tiene efectos justificantes, salvo en los casos en que la orden sea manifiestamente antijurídica¹⁰². En España el artículo 410 del C.P. establece que no incurre en delito de desobediencia el funcionario que no da cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de una ley o de cualquier otra disposición general. Lo que a *sensu contrario* puede interpretarse en el sentido de que la conducta del funcionario resulta justificada cuando cumple una orden antijurídica de la autoridad superior que no resulte manifiestamente antijurídica.

b) Necesidad de codificación en la Parte general

La disparidad de regulaciones en relación a este punto en los países miembros hace necesario establecer una regulación supranacional que las elimine y logre una armonización en el ámbito de la Comunidad. Igualmente el legislador debería aclarar si constituye una causa de justificación o exculpación, lo que suministraría un punto de referencia más claro para la aplicación del Derecho. Por lo que se refiere a su contenido, debe aclararse en primer lugar la posición del funcionario, cuestión de perfiles borrosos en todos los ordenamientos. En efecto, el funcionario, de un lado, se encuentra obligado a ejecutar las órdenes de la autoridad superior, pero, de otro, está también muy limitado para comprobar su adecuación a derecho a través de un examen cuidadoso, pues carece a menudo de la información, legitimación y conoci-

mientos técnicos necesarios para ello. Además, en otras ocasiones está obligado a ejecutar con rapidez el mandato, como suele acaecer en los casos de empleo de la fuerza y órdenes de la autoridad. Esta situación de conflicto, en la que puede exigirse tanto la negativa a realizar un comportamiento como su realización, debe ser resuelta expresamente por el legislador, que debe señalar con carácter general cuál es la obligación prevalente. El conflicto al que hacemos referencia se produce además no sólo en casos en los que el funcionario realiza lo dispuesto en un acto de la administración que procede de otra instancia, sino que también está presente en los supuestos en que el funcionario actúa directamente dando cumplimiento a lo dispuesto en la ley, como ocurre especialmente con la policía o los funcionarios encargados de la persecución penal cuando tienen que aplicar medidas coactivas en situaciones que no admiten demora.

Tal como se ha mostrado, la opinión prevalente en los Estados miembros otorga efectos exonerantes de la responsabilidad al ejercicio del cargo si se ejecuta una orden superior, independientemente de si ésta es conforme con el ordenamiento jurídico. Esta causa de exclusión de la responsabilidad penal encuentra sus límites cuando el autor conoce la antijuricidad del comportamiento o ésta resulta manifiesta, ya se trate de casos de ejecución de órdenes o de actuación en cumplimiento de la ley. Mediante esta limitación se evitan situaciones de abuso de derecho y, sobre todo, se impide algo consustancial al Estado de Derecho, el que pueda existir algún tipo de interés legítimo en la ejecución de órdenes y mandatos manifiestamente antijurídicos procedentes de una autoridad superior. Por lo que se refiere al concepto de antijuricidad manifiesta, pueden traerse a colación los criterios que se emplean en Alemania e Italia, y concretarse en supuestos en que la orden es manifiestamente delictiva o no existe ni una apariencia formal de legalidad como consecuencia de que no se han cumplido los requisitos formales esenciales, exista una total falta de competencia o arbitrariedad, en los supuestos de competencias discrecionales.

Además de contener los requisitos básicos, conviene que la futura regulación establezca expresamente el carácter justificante o exculpante de este supuesto de exoneración, con el fin de incrementar la seguridad jurídica. En torno a esta cuestión,

101. Vid. las referencias en MILITELLO, en Eser/Huber/Cornils (Hrsg.), *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, pp. 260 y ss.

102. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, pp. 394 y s.; LENCKNER, en *Festschrift für Stree und Wessels*, 1993, pp. 235 y s.; Roxin, *Strafrecht*, A.T. § 17 marg. 18 y s., con ulteriores referencias.

Militello mantiene su carácter de causa de exculpación, argumentando que la situación de conflicto es de carácter subjetivo, al referirse a la concreta decisión de actuar del afectado, por lo que no se trataría de valorar en abstracto una situación de colisión entre bienes jurídicos distintos. Lo relevante es que el funcionario se encuentra en una situación en la que corre el peligro de ser castigado tanto si decide negarse a cumplir una orden, que tras un examen posterior resulta conforme a derecho y vinculante, como si decide ejecutarla inmediatamente sin considerar el conocimiento o la cognoscibilidad de su contenido delictivo. La importancia que tiene la decisión subjetiva del afectado demuestra, según este autor, que la realización de mandatos antijurídicos debe ser encuadrada dentro de las causas de exculpación¹⁰³.

A favor de su enmarcación dentro de las causas de justificación puede alegarse, sin embargo, que se trata de un supuesto de colisión de deberes, en el que debe considerarse en principio preponderante el deber de obediencia de funcionarios y soldados, como condición necesaria para la efectividad y el correcto funcionamiento de la administración, frente al deber de evitar la realización del tipo penal; valor que sin embargo obtiene la primacía en los supuestos más graves. El que el ejercicio del cargo y profesión y la obediencia debida constituyan una causa de justificación tiene además la ventaja de no permitir que el ciudadano afectado pueda utilizar la legítima defensa contra el funcionario, lo cual resulta necesario, ya que si se obliga a un funcionario a cumplir una orden, no puede considerarse al mismo tiempo que actúa antijurídicamente y permitir contra él el ejercicio de la legítima defensa. Esta consecuencia concuerda además con las disposiciones de la Parte Especial, existentes en Alemania y Austria, relativas a la oposición contra la fuerza pública¹⁰⁴.

c) Propuesta de regulación

Ejercicio del cargo y actuación en cumplimiento de una obligación legal:

- No actúa antijurídicamente quien en el ejercicio de sus funciones, cumple una decisión judicial, un acto de la autoridad superior o de una orden.
- El comportamiento es antijurídico cuando manifiestamente no existe una cobertura legal para la

realización de esa función, la orden es manifiestamente antijurídica o el autor es consciente de la antijuricidad de su comportamiento.

5. SOBRE LA NECESIDAD DE CONTEMPLAR UNA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN GENÉRICA (EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO)

Finalmente resta por analizar cómo puede asegurarse en la Parte General del Derecho Penal supranacional el reconocimiento de las causas de justificación de naturaleza no penal, como las autorizaciones –por ejemplo, las que concede la Comisión Europea según el artículo 85.3 del T.C.E.–. En los Estados miembros no se ha considerado necesario realizar una codificación completa de todas las causas de justificación, reconociéndose simplemente que las causas de justificación no penales despliegan también su eficacia en el Derecho Penal, aunque no exista una regulación expresa¹⁰⁵. Por otro lado, en aquellos casos en que la causa de justificación hace referencia exclusiva a un determinado tipo de la Parte Especial, la solución más correcta es mencionarlo al lado de la correspondiente figura delictiva.

V. Causas de exculpación y de exclusión de la culpabilidad

Sumariamente abordaremos para concluir si es necesario recoger expresamente el principio de culpabilidad y las causas de exclusión de la culpabilidad que complementan el estado de necesidad justificante y la legítima defensa.

1. RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD MEDIANTE LA POSITIVIZACIÓN DE LAS CAUSAS DE EXCULPACIÓN

La positivización de las causas de exculpación tiene como requisito previo reconocer que la imposición de la pena exige la realización de un comportamiento culpable. Este principio, reconocido en todos los países miembros, en relación, al menos, a las infracciones penales más graves y por el derecho sancionador de la competencia comunitario¹⁰⁶, se cimenta en distintas normas de la Parte General, concretamente aquellas que reco-

103. MILITELLO, en Eser/Huber/Cornils (Hrsg.), *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, p. 255.

104. Para más detalles MILITELLO, en Eser/Huber/Cornils (Hrsg.), *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, pp. 260 y ss.

105. Más detenidamente DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, 1992, p. 278 con ulteriores referencias.

106. DANNECKER, en Schünemann/Suárez González (Hrsg.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrecht*, pp. 341 y ss.

gen la imputabilidad, señalando las anomalías que impiden que el autor pueda comprender el injusto o actuar conforme a dicha comprensión, la minoría de edad penal y el error de prohibición¹⁰⁷.

Como anteriormente se apuntó, la culpabilidad penal no requiere únicamente de culpabilidad sino de un determinado *quantum* de culpabilidad, razón por la que corresponde al legislador delimitar el nivel de culpabilidad a partir del que considera ilegítima la imposición de un castigo. Esta tarea la puede realizar a través de la previsión de causas de disculpa (*entschuldigungsgründen*) de comportamientos dolosos, lo que las diferencia de las causas de exclusión de la culpabilidad¹⁰⁸.

2. EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA

a) El exceso defensivo y su codificación

Si se considera que la proporcionalidad del ataque es un límite de la legítima defensa, resulta aconsejable completar su regulación, tal como se realiza en el § 33 del Código Penal alemán o en el § 3.2 del austríaco, en relación a aquellos supuestos en los que existe una desproporción en la defensa (exceso extensivo) con consecuencia de una situación de desconcierto, miedo o terror. En España, por el contrario, cuando se producen los elementos esenciales de esta causa de justificación, pero existe desproporción, lo que constituye un requisito no necesario, se prevé una atenuación obligatoria de la pena¹⁰⁹.

A la vista de las distintas tradiciones jurídicas existentes resulta necesaria su regulación legal expresa que excluya la responsabilidad penal, en atención al menor contenido de injusto y la situación especial en que se encuentra el autor, cuando se exceden los límites de la legítima defensa por desconcierto, miedo o terror.

b) Propuesta de regulación

Exceso en la legítima defensa: El hecho resulta impune si el autor excede los límites de la legítima defensa por desconcierto, miedo o terror.

3. ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE

a) Consideraciones sobre el estado de necesidad exculpante

El Derecho italiano sólo conoce el estado de necesidad justificante, situación que se repite en el Proyecto de 1992. En Inglaterra, la Cámara de los Lores (asunto *R. v. Howe*, 1987)¹¹⁰ tampoco admitió ninguna causa de justificación o exculpación en relación a un homicidio realizado en una situación de necesidad, si bien en este país, en los últimos tiempos han aparecido nuevas causas de exclusión de la reponsabilidad, como la ya mencionada *duress of circumstances*¹¹¹.

A diferencia de lo que ocurre en Italia e Inglaterra, en Alemania, Austria y España la doctrina mayoritaria admite el estado de necesidad disculpante que se aplica a las situaciones de conflicto entre bienes de igual valor. El fundamento de la exculpación reside en el principio de inexigibilidad de un comportamiento conforme al Derecho, que se deriva de la alteración producida sobre la capacidad de motivación del autor como consecuencia de la especial situación de necesidad en que se encuentra.

El estado de necesidad exculpante tiene por tanto como límite aquellos supuestos en que el bien lesionado tiene un valor superior a aquel que se intenta salvar. Además se entiende que incluso en los casos de igualdad únicamente en situaciones excepcionales puede establecerse la inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho. Situaciones extremas que sólo se producen cuando existe un peligro para la vida, la salud o la libertad del autor o una persona allegada y el autor actúa en propio interés o con el fin de ayudar a la persona allegada.

b) Necesidad de codificación en la Parte General

Una vez analizada la situación en el ámbito del Derecho comparado, examinaremos los argumentos, contrarios y favorables, en relación a la positivización expresa del estado de necesidad exculpante. En contra de su codificación podría mantenerse que los jueces pueden tener presentes estas especiales circunstancias en el momen-

107. Vid. JEANDIER, *Droit pénal général*, n.º 340 y ss. y STEFANI/LAVASEUR/BOULOC, *Droit pénal général*, n.º 362 y ss., para la situación en Francia; ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, p. 201 y ss. y VOGEL GA 1998, pp. 134 y 143, para Inglaterra; finalmente, y por lo que se refiere a España, BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal. Parte General*. 4.ª Aufl. 1997, pp. 324 y ss.

108. Vid. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, p. 201.

109. TIEDEMANN, ZStW 110 (1998), p. 507.

110. (1998) 88 Cr. App. R. 343.

111. Para más detalles, ASHWORTH, ZStW 110 (1998), p. 466.

to de evaluar la responsabilidad del autor, lo que haría innecesario su positivización. Este argumento es utilizado por un sector de la doctrina italiana tradicionalmente reacio a introducir causas específicas de exclusión de la culpabilidad y que ha criticado por este motivo el Proyecto de C.P. de 1992¹¹². Para estos autores resulta preferible incluir causas de exculpación en relación a determinadas figuras de la Parte Especial, como la omisión de denunciar, falso testimonio, encubrimiento etc. El Proyecto mencionado, por el contrario, prevé una regulación general de causas de exclusión de la culpabilidad, con las limitaciones anteriormente señaladas: que el autor haya actuado bajo una situación de necesidad con el fin de evitar un perjuicio grave e inminente para su libertad u honor o el de una persona allegada.

A favor de una codificación del estado de necesidad exculpante en la Parte General pueden aducirse las siguientes consideraciones. En primer lugar, que si se cree conveniente la inclusión del estado de necesidad justificante, también debe ser codificado el exculpante, al tratarse de un principio general del Derecho y al resultar necesario delimitar los límites y condiciones de ambos; regulación que contribuirá además a lograr una mayor uniformidad en el momento de la aplicación del Derecho. En segundo lugar, que corresponde al legislador adoptar, como consecuencia de su carácter altamente valorativo, la decisión principal en esta materia: fijar el *quantum de quantum* de culpabilidad a partir del que considera legítima la imposición de la pena. Finalmente, y en tercer lugar, constituye otro argumento a favor de la positivización del estado de necesidad exculpante la necesidad de establecer criterios claros de determinación de la sanción en el derecho sancionador de la competencia comunitario, con el fin de lograr mayores cotas de transparencia y de uniformidad en su aplicación¹¹³. Si, obviamente, se considera conveniente establecer estos criterios, debe primeramente señalarse de modo expreso el grado de culpabilidad necesario para la imposición de la sanción.

c) Propuesta de regulación

Estado de necesidad exculpante:

- No actúa culpablemente quien realiza un hecho antijurídico con el fin de evitar un peligro actual, que no puede evitarse de otro modo, sobre su vida, salud o libertad o sobre la de una persona allegada, siempre que el daño originado por su comportamiento no sea desproporcionado en atención al que se quería evitar y al autor no puede exigírsele un comportamiento conforme a derecho.
- Existe culpabilidad si el autor ha creado conscientemente el peligro sin estar autorizado u obligado por el ordenamiento jurídico.

4. FUERZA MAYOR

En muchas decisiones, el T.J.C.E. ha tomado posición en relación a la fuerza mayor al pronunciarse sobre la imposición de las cauciones previstas en los reglamentos agrícolas comunitarios, cuya imposición no dependen de la existencia de culpabilidad. Existe fuerza mayor cuando sobreviene un suceso dañoso y el autor se ha comportado de modo previsor y cuidadoso, realizando todo lo posible para evitarlo¹¹⁴.

El T.J.C.E. se orienta a la hora de configurar los requisitos de la fuerza mayor por la doctrina de la *force majeure* del derecho administrativo y sancionador administrativo francés¹¹⁵, la cual se corresponde con situaciones de fuerza irresistible (*contrainte*)¹¹⁶ que, a su vez, según la opinión mayoritaria, constituyen o bien casos de ausencia de acción o bien de estado de necesidad justificante¹¹⁷. Esta figura jurídica carece, por tanto, de contenido propio en el marco de un sistema sancionador basado en el principio de culpabilidad, en cuanto que las situaciones de *force majeure* pueden ser resueltas fuera del ámbito de la culpabilidad, a través del concepto de acción, y fuera de estos casos no conforman una causa de justificación más amplia que el estado de necesidad. Por todo ello, y en conclusión, no resulta preciso regular expresamente la fuerza mayor.

112. Para más detalles, MILTELLO, ZStW 107 (1995), p. 978, con referencias.

113. Indicaciones acerca de la determinación de las sanciones pecuniarias del art. 15.2 del Reglamento n.º 17 de la Comunidad Europea y del art. 5 del TCECA, DOCE C n.º 9 del 14-I-1998, pp. 3 y ss.

114. Vid. DANNECKER/FISCHER-FRITSCH, EG-Kartellrecht, pp. 308 y ss.; TIEDEMANN, NJW 1993, p. 30, con ulteriores referencias.

115. DE LAUBADÈRE, *Traité administratif*, vol I, 9 Aufl, n.º 863; STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal général*, 1994, n.º 374 y ss.

116. Al respecto PRADEL, *Droit pénal général*, 1994, p. 528.

117. Vid. DANNECKER/FISCHER-FRITSCH, EG-Kartellrecht, p. 309; MILTELLO, en Eser/Huber/Cornils (Hrsg.), *Einzelverantwortung im Strafrecht*, pp. 265 y ss., con ulteriores referencias.

5. LA OBEDIENCIA DEBIDA EN EL ÁMBITO DE LOS PARTICULARES

En el marco de las relaciones privadas pueden producirse situaciones de conflicto similares a la obediencia debida de los funcionarios públicos en aquellos casos en que el particular actúa cumpliendo una orden vinculante procedente de un superior, este es el caso, por ejemplo, del trabajador que cumple una orden procedente del empresario. Salvo un sector de la doctrina italiana, y limitándose a las infracciones imprudentes, que mantiene que el cumplimiento de órdenes en la esfera privada puede tener efectos exoneradores de la responsabilidad, en la mayoría de los Estados miembros se niega la eficacia disculpante de este supuesto con el argumento de que ello debilitaría el carácter imperativo de las normas penales y limitaría la protección de bienes jurídicos¹¹⁸. Por todo ello debe rechazarse su codificación.

VI. Consideraciones finales

Pese a que no existen dudas acerca de la competencia de la Comunidad Europea para establecer una Parte General de sus propias sanciones administrativas, la mayoría de la doctrina considera que en el ámbito del Derecho Penal carece absolutamente de competencias, con la excepción en este punto del artículo 280.4 del T.C.E. En esta situación la Comunidad puede únicamente realizar recomendaciones a los Estados miembros acerca de cuestiones de la Parte General que éstos pueden tener en cuenta en el marco de determinados preceptos de la Parte Especial.

En Alemania no sólo existe escepticismo acerca de si es viable a corto plazo un Derecho Penal común¹¹⁹, sino que incluso no se considera deseable este objetivo¹²⁰. En este sentido se subraya, de un lado, que el principio de subsidiariedad limita las competencias de la Comunidad¹²¹ y que, de otro, la unificación del Derecho Penal puede traer consigo la pérdida de valores y particularidades culturales nacionales¹²². Estas razones justifican cierta

reserva en torno a la idea de una codificación de todo el Derecho Penal en el ámbito de la Comunidad Europea, que se extiende también a la Parte General, pese a que la misma puede considerarse políticamente más neutral que la Parte especial y, por ello, más susceptible de unificación¹²³.

Pese a esta situación, estimo, sin embargo, que resulta necesario apostar por la introducción de una Parte General común ante el desarrollo de la armonización tanto del Derecho Penal como del Derecho sancionador administrativo en el marco de la Comunidad Europea. En efecto, lentamente puede observarse como se va alcanzando la unificación en relación a determinados sectores de la Parte Especial e, igualmente, también estamos asistiendo a la unificación jurídica en el ámbito del Derecho sancionador administrativo de la Comunidad debido a la promulgación de normas comunitarias sobre esta materia. Pues bien, en esta situación no puede negarse relevancia a las cuestiones de la Parte General, ya sean abordadas por la jurisprudencia o por el legislador.

La necesidad de crear una auténtica Parte General común, donde el legislador no se contente con enunciar principios generales sino que los concrete¹²⁴, resulta necesaria para conseguir una práctica sancionadora homogénea de los tribunales de justicia y de las autoridades administrativas encargadas de imponer las sanciones de la comunidad; y es que si se repara tanto en las recomendaciones comunitarias en materia penal, como en los reglamentos del Derecho sancionador administrativo, puede observarse cómo en todos ellos se contienen aspectos singulares de la Parte General. Ciertamente, su ámbito de aplicación sería hoy aún muy limitado, pero su importancia aumentará a medida que se incrementen los preceptos sancionadores de origen comunitario. En esta situación, la ciencia del Derecho Penal, si no quiere ver limitada su influencia al ámbito exclusivamente nacional, debe esforzarse por superar las peculiaridades que existen en cada país y acometer la tarea de reflexionar sobre la construcción de una Parte General del Derecho Penal europeo. ●

118. Vid. más extensamente MILITELLO, en Eser/Huber/Cornils (Hrsg.), *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, pp. 262 y ss.

119. TIEDEMANN, en Kreuzer/Scheuing/Sieber, *Europäisierung*, p. 136.

120. WEIGEND, *ZStW* 195 (1993), p. 793.

121. KÜHL, *ZStW* 109 (1997), p. 779.

122. JESCHECK, *ZStW* 103 (1991), p. 992.

123. Esta última afirmación sirve a VOGEL, *JZ* 1995, p. 334, para proponer que los esfuerzos de armonización se dirijan sobre todo a la Parte General.

124. Acerca de la necesidad de que el legislador determine, concretamente, las situaciones de conflicto derivadas del estado de necesidad, vid. TIEDEMANN, *ZStW* (1998), p. 514.