

Antijuricidad y causas de justificación*

Juan Bustos Ramírez**

RESUMEN

El derecho penal mínimo es aquel que se caracteriza por ser el último o extremo instrumento a utilizar por el estado como control social, de modo que es de carácter subsidiario y fragmentario. En la actualidad se pretende expandir el derecho penal, lo cual no va en contra del derecho penal mínimo, siempre que se respeten y se mantengan las garantías que son base del mismo. Para conservar ese derecho penal mínimo, hay que reconocer los diferentes niveles que se requieren para establecer la ilicitud penal, a saber, un bien jurídico protegido, un resultado jurídico, una relación de imputación y la ausencia de causales de justificación. Frente a ello, lo que es ilícito en el derecho penal lo será para todo el ordenamiento jurídico en virtud al principio de unidad del ordenamiento jurídico y de su carácter de ultima ratio, pero lo que es lícito para el derecho penal, no necesariamente lo es para el resto del ordenamiento jurídico. Esta última afirmación, encuentra gran soporte en la idea de que las normas permisivas tienen un contenido valorativo complejo y que junto al reconocimiento de un derecho, comprenden además el grado de merecimiento de la situación determinada en que se ejerce el derecho reconocido.

PALABRAS CLAVE

Extrema ratio – Antijuricidad - Justificación - Normas Permisivas - Principio de Unidad - Derecho Penal Mínimo.

I.- TESIS A DISCUTIR

- 1.- El Derecho Penal es *extrema ratio*.
- 2.- Lo que es antijurídico en el derecho penal lo es al mismo tiempo para todo el ámbito del Derecho.
- 3.- Lo que no es antijurídico para el derecho penal no es al mismo tiempo lícito para todo el ámbito del Derecho.
- 4.- Las llamadas “normas permisivas” son un complejo normativo, con la integración de dos momentos valorativos diferentes, uno de reconocimiento de un derecho y otro de merecimiento de una situación: El momento valorativo de reconocimiento de un derecho lo es para todo el ámbito del Derecho; el momento valorativo de merecimiento de la situación es más complejo y puede implicar desmerecimientos en otros ámbitos del Derecho.
- 5.- Las causas de justificación en cuanto concreción de las normas permisivas, si bien eliminan la antijuricidad penal, pueden dejar subsistente según el caso una ilicitud en otro ámbito del Derecho.

II.- EL DERECHO PENAL ES *EXTREMA RATIO*

Es principio básico que el derecho penal es el último o extremo instrumento a utilizar por parte del Estado, lo cual implica su carácter subsidiario y fragmentario. Esto es, ha de utilizarse siempre que no hay otro medio menos grave para los derechos de la persona y, por eso mismo siempre tendrá un carácter puntual o discontinuo. Además, por ser *extrema ratio* y por consiguiente la herramienta más grave a disposición y a utilizar por el Estado, ello exige que el ciudadano esté dotado del máximo de garantías, lo que se ha denominado Derecho Penal Mínimo.

En la actualidad, sin embargo, se pretende dar por superado el derecho penal mínimo, sobre la base de la expansión del derecho penal y en una confusión entre un derecho liberal, en el sentido de reconocimiento de la libertad del ciudadano, y un derecho neoliberal, que aspira a la reducción radical del Estado y por consiguiente del derecho penal a una mínima expresión, a su línea dura primitiva (homicidio, secuestro, robo)¹. En principio una expansión del derecho penal a nuevos bienes jurídicos

* Conferencia pronunciada en la Universidad EAFIT, en el marco de las II Jornadas de Derecho Penal. Medellín, septiembre de 2004.

** Catedrático de derecho penal de la Universidad de Chile.

¹ En tal sentido ROBERT NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, Oxford – Basil Blackwell, 1968, pp. 46, ss.

(medio ambiente, calidad del consumo, delitos socioeconómicos), propios de la complejidad de la sociedad moderna, no es una contradicción con el derecho penal mínimo, en la medida que se mantengan las garantías y el carácter general de *extrema ratio*. Es por eso que pretender aceptar un derecho penal de dos velocidades y aún de tres (derecho penal del enemigo)², significa simplemente no sólo desmontar las garantías, sino también abjurar del carácter de *extrema ratio* del derecho penal.

No se trata de desmontar las garantías según sea la pena aplicable (diferenciar entre penas privativas de libertad y otras –restrictivas de libertad y pecuniarias–), no es a eso que debe tender una alternativa en el sistema penal, sino que manteniéndose las garantías propias al derecho penal, el sistema pueda considerar otro tipo de soluciones al conflicto, como es la justicia reparatoria o la mediación.

Es cierto, y no se puede negar, que por diferentes razones (seguridad ciudadana, criminalidad organizada, terrorismo, narcotráfico, responsabilidad de las personas jurídicas, globalización) los Estados tienen una tendencia no sólo a aumentar los ámbitos de punibilidad, sino también a desmontar las garantías, pero esa realidad es una constante de la historia del Estado Moderno; baste recordar el positivismo naturalista o la escuela de Kiel. El Estado siempre buscará razones para aumentar su poder penal y hoy con la ayuda de los medios de comunicación de masas la tarea resulta más fácil, pues logra un apoyo social. Ceder ante ello es abandonar el camino de la profundización de la democratización del Estado, uno de cuyos aspectos fundamentales, pues toca aspectos valorativos elementales, es precisamente el sistema penal. Es por eso que un planteamiento de derecho penal mínimo no significa necesariamente una restricción a la intervención del Estado, sino a profundizar la relación entre ciudadano y Estado, y en ese sentido la máxima ampliación posible de las garantías³.

En suma, el carácter de *extrema ratio* del derecho penal y más aún del sistema penal es irrenunciable, pues si fuera *prima ratio*, ello significaría que dejaría de ser derecho, de reconocer la dignidad de la persona, su autonomía ética.

² Es el planteamiento defendido por JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión del Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 150 ss., 159 ss., 163 ss.

³ Sobre derecho penal mínimo, véase, LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e Raggione, Teoría del garantismo penale*, Editori Laterza, 1989, pp. 325 ss.

III.- LO QUE ES ANTIJURIDICO EN EL DERECHO PENAL LO ES PARA TODO EL DERECHO

El derecho penal está constituido por hechos típicos, esto es, que hechos de la vida real se pueden atribuir (a través de un proceso valorativo), a un tipo legal, es decir, a la descripción por la ley de un ámbito situacional. Este es el primer aspecto garantista sobre el cual se construye el delito. Pero con ello no basta, es necesario que ese hecho o ámbito situacional típico tenga el carácter de subsidiario, que no haya en el ámbito del derecho una reacción de menor entidad. Por eso mismo que al ser esa descripción legal el último recurso en el ámbito del derecho, necesariamente al establecerse como un ilícito penal, será un ilícito al mismo tiempo para todo el derecho. No podría ser de otra manera.

Es por eso que la ilicitud penal requiere de diferentes niveles. En primer lugar, que haya un bien jurídico protegido, esto es, una necesidad elemental para una relación social valorada jurídicamente. En segundo lugar que haya realmente una afección a ese bien jurídico protegido, es decir, un resultado jurídico, es decir, se trata de la exigencia de objetividad y no de subjetividad de la imputación, de otro modo no se estaría ante un derecho penal del hecho, sino de autor. Ello es una garantía básica del derecho en su conjunto, de la que ciertamente el derecho penal no podría prescindir, lo cual no es contradictorio con el carácter personal del injusto, en el sentido de que ciertamente el hecho típico es de personas, es su obra y, por consiguiente, ha de considerarse cómo interactúan las personas.

En tercer lugar, aparece precisamente como necesario que ese resultado jurídico se pueda imputar objetivamente al hecho típico, de ese modo se cumple plenamente el requisito de objetividad: bien jurídico, resultado jurídico, relación de imputación.

Pero todos estos requisitos positivos no bastan, se requiere además, con el objeto de lograr la total integración a la plenitud del derecho, que no haya causas de justificación, las cuales pueden surgir de cualquier ámbito del ordenamiento jurídico. En otras palabras, precisamente por el hecho de que el derecho penal es *extrema ratio*, para que un hecho sea sancionado con pena es necesario que no exista dentro de todo el ordenamiento jurídico ninguna norma que le reconozca a la persona su derecho a actuar de esa manera. Con lo cual entonces queda completamente asentado que el hecho típico *antijurídico* posee este carácter en todo el ámbito del derecho. En ese sentido hay unidad del ordenamiento jurídico, pues cuando se usa el recurso extremo de la pena, no podría constatarse que el hecho al cual

se aplica es conforme a derecho en otro ámbito del ordenamiento jurídico, ello implicaría una contradicción insalvable⁴.

IV. LO QUE NO ES ILÍCITO EN EL DERECHO PENAL NO NECESARIAMENTE LO ES EN TODO EL ÁMBITO DE TODO EL DERECHO

En el apartado anterior hemos señalado que el primer aspecto clave en la antijuricidad es la existencia de una objetividad que es propia a todo el derecho, es decir, que todo el derecho desvalora. Para el derecho en su conjunto es significativo que en un conflicto personas resulten muertas, sin patrimonio o que se destruya el medio ambiente en que viven, etc. Nada de ello es indiferente para el derecho. Es por eso que lo antijurídico penalmente, es también antijurídico en todo el derecho.

¿Pero qué sucede cuando un hecho típico no es antijurídico en virtud de la existencia de una causa de justificación? Significa ello que ese hecho que implicó ciertamente la presencia de un bien jurídico, su afección y, además, la constatación de la relación de imputación entre la afección y el hecho realizado, no ha de tener por principio relevancia alguna en ningún otro ámbito del ordenamiento jurídico. Es decir, es posible sostener que la unidad del ordenamiento jurídico desde la perspectiva que lo sancionado en el derecho penal, al ser *extrema ratio*, no puede ser lícito en otro ámbito del ordenamiento, también implica que lo que es lícito en el campo penal en virtud de una causa de justificación necesariamente también lo será en todo otro ámbito del ordenamiento jurídico. En tal sentido se inclina, a pesar de que advierte los problemas de ello, Sanz Morán, pero termina afirmando que aunque puedan darse algunos casos excepcionales diferentes, que en todo caso habría que discutir, ellos “en modo alguno suponen un quiebre del principio de unidad del ordenamiento jurídico”⁵.

En verdad, si se es consecuente con el principio de que el derecho penal es *extrema ratio*, la conclusión debería ser diferente, pues el legislador entonces ha de guiarse por el principio de subsidiariedad, esto es, siempre preferir una sanción que no tenga el carácter de pena. Si ello es así quiere

⁴ Véase al respecto HANS WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, 11 ed., trad. de Juan Bustos y Sergio Yáñez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 77.

⁵ ÁNGEL SANZ MORÁN, “Teoría General de la Justificación”, en *Revista Penal*, No. 5, Editorial Praxis, p. 80.

decir, que a un hecho que no es antijurídico, es decir, que no queda dentro de los ámbitos del último recurso que tiene el Estado frente a un determinado comportamiento, podría ciertamente aplicarle una sanción de otro carácter. En principio, resulta jurídicamente chocante, que a pesar de que se ha afectado una necesidad elemental para la convivencia social, sin embargo se afirme de modo absoluto que ello no puede traer sanción alguna en otro ámbito del ordenamiento jurídico y que si así sucede sólo sería algo *sui generis*, una excepción que confirmaría la regla de unidad férrea del ordenamiento jurídico.

Luego, sin perjuicio de que más adelante profundizaremos el tema, estimo que podemos afirmar que la unidad del ordenamiento jurídico surge desde la existencia de un hecho típico antijurídico, precisamente por el carácter de *extrema ratio* del derecho penal; pero por el contrario tal unidad en modo alguno se puede predicar cuando el hecho típico no es antijurídico, pues entonces sería desconocer el carácter subsidiario del derecho penal y que en todo el ordenamiento jurídico existen diversas y múltiples sanciones (civiles, administrativas, policiales, etc.) que precisamente se aplican de forma general y ordinaria, cuyos presupuestos son totalmente diferentes a los de la sanción penal, pues respecto de ellos no se exigen las garantías que son indispensables en el campo del derecho penal, como por ejemplo, el principio de legalidad de los delitos y las penas, precisamente porque en este ámbito está en cuestión la base de un sistema democrático, esto es, la relación entre ciudadano y Estado. De modo entonces que lo que es lícito para el derecho penal no necesariamente lo será en todo el ordenamiento jurídico. Por lo demás ello es lo que sucede de modo general en el ordenamiento jurídico, pues un hecho puede ser lícito en el ámbito civil y ser sancionado en lo administrativo. Es una falacia la unidad del ordenamiento jurídico desde la perspectiva de la licitud y menos aún hacia todo el ordenamiento jurídico, lo único verdadero es que lo que es ilícito en derecho penal, lo será para todo el ordenamiento jurídico y ello no es tanto por el principio de unidad, sino por la circunstancia de que el derecho penal es *extrema ratio*, el último recurso del Estado.

V.- LAS LLAMADAS “NORMAS PERMISIVAS” SON UN COMPLEJO NORMATIVO

Para quienes sostienen una antijuricidad puramente formal, esto es, como ausencia de causas de justificación, ciertamente resulta difícil

concebir que subsista un ilícito en otro ámbito del derecho, pues no hay la posibilidad de otra valoración⁶. Esto es, la norma permisiva tiene un contenido simple, que prescinde de la integridad de la situación a que está referida. Con mayor razón todavía para la teoría de los elementos negativos del tipo legal, pues las causas de justificación no representan normas, sino simples reglas de delimitación del tipo legal, que por ello tienen el carácter de elementos negativos del tipo legal, y por consiguiente ni siquiera quedaría en pie la valoración típica.

Pero las normas permisivas están referidas al comportamiento de una persona en una situación determinada, de modo entonces que tampoco pueden prescindir de esa situación y tienen que entrar por consiguiente a valorar los diferentes aspectos de esa situación. Luego, no tienen un contenido simple como las normas de prohibición ("se prohíbe matar", "el que mate..."), aunque ya las normas de mandato, a diferencia de estas últimas, requieren realizar una valoración más compleja, ya que por referirse a una no-acción, tienen necesariamente que valorar una situación determinada, pues de otra manera no sería posible valorar la acción que ha de realizarse respecto de ella.

La antijuricidad tiene un carácter material y formal y por consiguiente la afección a un bien jurídico y su imputación objetiva al hecho típico, resultan aspectos fundamentales y anteriores a resolver si existen o no causas de justificación. La antijuricidad es más que una valoración puramente negativa, esto es, la no presencia de causas de justificación, luego necesariamente hay que partir considerando que hay una situación valorativa que es trascendente para el conjunto del ordenamiento jurídico, como es la afección a un bien jurídico. Es por eso que las llamadas normas permisivas implican un proceso normativo complejo, pues tienen

⁶ Es ese sentido formal de la antijuricidad el que está detrás de los planteamientos de SANZ MORÁN, "Teoría general de la justificación", cit., pp. 74, ss., que por lo demás ha sido la posición de la dogmática tradicional, es decir, en la línea de Binding y no de von Liszt. Así, por ejemplo, HANS WELZEL, DERECHO PENAL ALEMÁN, citado, pp. 77, ss. Ya ALEXANDER GRAF ZU DOHNA, en su importante obra *La illicitud*, trad. de Faustino Ballvé, Editorial Jurídica Mexicana, 1959, hizo hincapié en la discusión de la antijuricidad formal y material, buscando una forma intermedia: "Llegamos a esta conclusión: Una conducta ilícita en el sentido de nuestra legislación, es ante todo una conducta torcida, o sea que no puede ser reconocida como el medio idóneo para el fin justo. La segunda condición de la illicitud es la correspondiente declaración del derecho positivo" p. 54. Pero en definitiva Graf zu Dohna reconoce la complejidad normativa de la antijuricidad y por consiguiente de las normas permisivas.

inevitablemente que considerar además del reconocimiento del derecho a actuar en una determinada situación, el grado de merecimiento que surge de esa situación en que se ha afectado un bien jurídico y por consiguiente que puede haber aspectos de dicha situación que requieren una consideración desde otros ámbitos del derecho.

Desde esta perspectiva habría en principio que conceder que respecto de cualquier causa de justificación se puede plantear que queda subsistente, por lo menos, un ilícito de carácter civil⁷, si bien la doctrina predominante se inclina por la posición contraria, esto es, que la presencia de una causa de justificación excluye cualquier consecuencia de carácter jurídico, detrás de lo cual está el planteamiento de la unidad del ordenamiento jurídico ya criticado en la perspectiva unilateral o absoluta.

Sin embargo, por otra parte todos los autores reconocen que en el estado de necesidad surge una consecuencia de carácter civil. Así, en el caso que Pedro para salvar su vida en grave peligro en virtud de una inundación desvía las aguas que al desviarse sobre un predio vecino, producen la muerte de un rebaño de ovejas, si bien se reconoce valorativamente el derecho a actuar en esa situación, a salvar la vida como interés preponderante frente a la propiedad de las ovejas, al mismo tiempo surge una valoración de merecimiento respecto de la situación en que se ha afectado un bien jurídico ajeno. Es decir, el reconocimiento del derecho a actuar, por valoración del interés preponderante, no es suficiente al mismo tiempo para excluir una valoración de merecimiento respecto al aprovechamiento en esa situación de un bien ajeno, lo que posibilita que en el ámbito del derecho civil se constante un ilícito y se establezca como sanción una indemnización de perjuicios. En otras palabras no es que no haya estado de necesidad. Esto es, a pesar de que su comportamiento constituye un hecho típico de daños y que considerado el nivel de la antijuricidad hay un afección al bien jurídico (en el caso propiedad), imputable objetivamente, sin embargo no constituye un ilícito penal, no es antijurídico, por la existencia de un estado de necesidad (conforme la teoría del interés preponderante). Otra cosa es que ese hecho, con las características descritas, puede dar lugar en otro ámbito del derecho, a un ilícito (en el presente caso un ilícito civil).

En suma, en el contenido de la llamada norma permisiva en realidad hay dos normas, una de reconocimiento de un derecho⁸ y como tal,

⁷ Diferente ENRIQUE BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal. El hecho punible*, Akal, 1985, p. 68, para quien la presencia de una causa de justificación excluye toda consecuencia jurídica.

entonces, no podría ser desconocida en otro ámbito del ordenamiento jurídico, en ese sentido sí que efectivamente hay unidad del ordenamiento jurídico. Sería totalmente contradictorio o absurdo que se reconociera un derecho y por otra parte se negara ese derecho. Pero junto a la norma de reconocimiento de un derecho, hay una norma de merecimiento y en este caso sí que la situación es diferente, pues se trata de valorar una situación y por consiguiente se trata de una valoración compleja que permite que todo el ordenamiento sea considerado y que resulte entonces que desde un determinado ámbito del derecho surja una responsabilidad determinada (civil, administrativa, tributaria, etc.).

VI.- LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN CUANTO CONCRECIÓN DE LAS NORMAS PERMISIVAS PUEDEN DEJAR SUBSISTENTE UN ILÍCITO EN OTRO ÁMBITO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Hemos señalado que las normas permisivas tienen un contenido valorativo complejo y que junto al reconocimiento de un derecho, comprenden además el grado de merecimiento de la situación determinada en que se ejerce el derecho reconocido. Luego, entonces, en una causa de justificación al considerarse la perspectiva del merecimiento, puede suceder que quede subsistente un ilícito en otro ámbito del ordenamiento jurídico.

En general la doctrina, como hemos señalado, reconoce esta segunda valoración en el caso del estado de necesidad, pero de un modo excepcional y de características *sui generis*, en virtud de la existencia de un "bien inocente". El tema a debatir reside entonces en si este planteamiento se puede generalizar a todas las causas de justificación.

En primer lugar habría que señalar que es falso que el bien sea siempre "inocente". Por ejemplo, Pedro por error inevitable se introduce en una propiedad ajena, dado que los deslindes no están claros, y es atacado por un perro guardián sumamente agresivo de gran tamaño del dueño del predio, al que mata para evitar una lesión grave. En este caso el bien afectado no es "inocente", sin embargo, también habría que llegar a la

⁸ Un problema que en esta ocasión no tocamos es el referente a si es posible distinguir normas permisivas que reconocen un derecho y otras que serían simplemente de autorización u otorgamiento de una facultad, lo que por consiguiente implicaría diferenciar entre las causas de justificación, cfr. ELENA LARRAURI, "Causas de justificación: criterios de identificación", en HASSEMER, WINFRIED/LARRAURI, ELENA, en *Justificación material y justificación procedimental en el Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 95, ss.

conclusión de que tendría lugar la indemnización civil al dueño del predio por la afección su propiedad: el perro, a pesar de que es evidente que hubo estado de necesidad y que por consiguiente su hecho típico no es antijurídico.

Ahora bien, para no analizar cada causa de justificación en particular, estimo que es más adecuado hacerlo respecto de la causa de justificación que por excelencia se estima fuerte y que por consiguiente según la doctrina tradicional no podría dar lugar a un ilícito en otro ámbito del ordenamiento jurídico, esto es, la legítima defensa.

De partida, sin embargo, habría que señalar que también la legítima defensa puede recaer en o implicar un "bien inocente". En efecto Pedro ante el ataque de José se esconde detrás de un jarrón chino ajeno sumamente valioso que queda destruido por el golpe de un bate de béisbol, o bien, Pedro al defenderse de José rompe un cuadro de pintura ajeno de gran valor que estaba al lado de éste. En ambos casos no hay duda de que Pedro actuó en legítima defensa. Sin embargo, muchos autores con el objeto de fundamentar la posibilidad de una acción indemnizatoria y por consiguiente la existencia de un ilícito diferente al penal, sostienen que por una parte habría una legítima defensa y, por otra, un estado de necesidad⁹, lo cual ciertamente no se corresponde con lo realmente sucedido, pues no hay duda de que Pedro actuó en defensa propia. Otra cosa diferente es que desde el punto de vista de la valoración de la situación, sea necesario llegar a la conclusión que desde una perspectiva de merecimiento, queda subsistente un determinado ilícito de carácter civil al aprovechar en su defensa una cosa de otro.

Pero podría pensarse que en el caso de la legítima defensa, lo que sería la diferencia con el estado de necesidad, solo correspondería considerar un ilícito cuando se trata de "bienes inocentes". Sin embargo, ello tampoco es así. En efecto, si Pedro en un error inevitable entra en un predio ajeno, por el hecho de no estar completamente demarcados los límites y entra en discusión con el dueño, que para terminar el diálogo le azuza un gran danés en su contra y Pedro para evitar graves lesiones lo mata, ciertamente ha actuado en legítima defensa, pero desde un punto de vista valorativo de merecimiento de la situación, aparece que subsiste un ilícito civil que da lugar a una acción indemnizatoria. Más aún, entre los requisitos que generalmente se contemplan para la legítima defensa está

⁹ Véase al respecto por todos, GÜNTHER STRATENWERTH, *Strafrecht. A.T.*, Colonia, Carl Heymann, 1981, p. 426 y en Latinoamérica ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *Legítima defensa*, Bogotá, Temis, 1991, pp. 226 y ss.

la falta de provocación suficiente. Ahora bien, en un caso determinado puede no constatarse la suficiencia, pero establecerse que hubo alguna provocación. En tal caso también pareciera que subsiste desde un punto de vista valorativo un ilícito de carácter civil, que daría lugar a una determinada acción indemnizatoria.

En otras palabras respecto de ninguna causa de justificación, aún la propia legítima defensa, se puede afirmar en forma absoluta que la exclusión de ilicitud penal no implica necesariamente la falta de ilicitud en todo el ámbito del derecho. Muy por el contrario, siempre puede subsistir, según el caso concreto, una ilicitud de otro orden, civil, administrativo, etc.¹⁰

De esta manera queda demostrado que el predicar un hecho como antijurídico en el ámbito penal, por ser el derecho penal *extrema ratio* y porque abarca tanto aspectos formales como materiales, ello implica al mismo tiempo que ese hecho es ilícito en todo el ámbito del derecho. Lo cual a su vez se puede plantear también como consecuencia de la unidad del ordenamiento jurídico. Pero precisamente por ser el derecho penal *extrema ratio*, la circunstancia de que un hecho no sea antijurídico por la existencia de una causa de justificación, esto es, que no sea un ilícito penal, no significa necesariamente que no pueda constituir un ilícito en otro ámbito del derecho. Ello se debe a que determinar la no antijuricidad penal no sólo implica establecer el reconocimiento de un derecho y por tanto de una norma de reconocimiento, sino que además la complejidad de valoraciones que surgen en relación a la situación en que transcurre la causa de justificación y que abarca la norma permisiva a través de valoraciones de merecimiento (normas de merecimiento) en relación al comportamiento llevado a cabo. De esta manera entonces se reafirma también en segundo término, la unidad del ordenamiento jurídico, pues la no ilicitud en un ámbito del derecho y con mayor razón en el ámbito penal, por ser el último recurso del Estado, no puede excluir la posibilidad de ilicitud en otro ámbito del derecho.

En suma, la circunstancia de que un ilícito penal lo sea al mismo tiempo para todo el ordenamiento jurídico y que lo que no es un ilícito penal no excluya la posibilidad de un ilícito en otro ámbito del derecho, es antes que nada una consecuencia del carácter de *extrema ratio* del Derecho Penal y sólo en segundo término lo es en razón de la unidad del ordenamiento jurídico.

¹⁰ En el mismo sentido ELENA LARRAURI, "Causas de justificación: criterios de identificación", cit, p. 117.

Artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos, Common Law y los disparos del muro*

Dr. Kai Ambos**

RESUMEN

*La europeización del Derecho (penal) da lugar a la hasta ahora muy poco discutida pregunta respecto de los estándares relevantes en materia de DDHH y de ese modo respecto de las fronteras del proceso de armonización jurídica a nivel europeo. Al principio de legalidad (nullum crimen, nulla poena sine lege) le corresponde en tal sentido una significación preponderante, ya que, al menos según su concepción teórica, debiera actuar como límite estatal y especialmente jurídico-penal. Su conceptualización jurídica a nivel europeo mediante el Art. 7 CEDDHH*** descansa, sin embargo, en una conceptualización acorde al Common law (I., II.) y no alcanza el desarrollo del Art. 103 II GG. La confirmación por el TEDDHH de la jurisprudencia alemana respecto de los disparos del muro era, por ende, esperable, pero no convence en su fundamentación (III.).*

* Traducción por Rodrigo Aldoney Ramírez, Becario de Investigación Instituto de Criminología y Derecho Penal Económico, Universidad de Friburgo de Brisgovia, Alemania Federal. El autor agradece a la Prof. Lorena Bachmaier (Universidad Complutense de Madrid) la revisión del texto.

** Catedrático de Derecho penal, Universidad de Göttingen, Alemania.

*** N. del T.: En lo sucesivo se abreviará la Convención Europea de Derechos Humanos con la sigla CEDDHH, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con la sigla TEDDHH y la Carta Fundamental de Alemania Federal con la sigla alemana GG.