

PREMIO SUSANA HUERTA DE DERECHO PENAL

La colisión de derechos en la dogmática jurídico-penal

FRANCISCO FERNÁNDEZ PERALES

Investigador predoctoral en Derecho penal.
Universitat Pompeu Fabra*

RESUMEN

Las (aparentes) colisiones de derechos que resultan relevantes para el Derecho penal se han venido resolviendo por doctrina y jurisprudencia con arreglo al método ponderativo. La ausencia de trabajos doctrinales que pongan en cuestión esta práctica, sin embargo, contrasta con la intensidad de la crítica al método ponderativo y a la teoría de los derechos que éste toma como premisa en el ámbito de la Filosofía del Derecho. En el presente trabajo se parte de la denominada teoría especificacionista de los derechos, contrapuesta a la infraccionista (a la que se encuentra unida el método ponderativo), desde la que se propone una comprensión de la justificación por el ejercicio de un derecho distinta a la mayoritaria. Asimismo, se aboga por tomar dicha teoría como punto de partida para la solución de los casos de exceso en el ejercicio de un derecho, respecto de los que se plantea la posibilidad de recuperar la categoría de la exclusión del injusto penal.

Palabras clave: Colisión de derechos, derechos fundamentales, ponderación de derechos, especificacionismo, exceso en el ejercicio de derechos fundamentales, teoría de las normas, norma de conducta, norma de sanción, derecho de manifestación, exclusión del injusto penal.

* El contenido de este trabajo coincide, en lo esencial, con el del trabajo presentado en la III edición del Premio Susana Huerta de Derecho penal organizado por la Universidad Complutense de Madrid. Tras el acto de defensa pública del trabajo, el tribunal formado por la Prof. Dra. Patricia Laurenzo Copello, el Prof. Dr. Rafael Alcácer Guirao y el Prof. Dr. Miguel Ángel Iglesias Río, que formuló consideraciones de gran importancia para la elaboración de la versión definitiva del texto, decidió, por unanimidad, declararlo ganador del Primer Premio. Agradezco especialmente a mi director de tesis, el Prof. Dr. Jesús-María Silva Sánchez, su orientación y sus invaluable comentarios y sugerencias para la elaboración del trabajo. Agradezco, también, al Prof. Dr. Ivó Coca Vila y a mi colega Matías Belmonte Parra sus notables observaciones sobre el texto, así como, en general, a todos los miembros del área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra que realizaron consideraciones sobre el texto en mi presentación de éste en el marco de nuestro seminario semanal.

ABSTRACT

The (apparent) conflicts of rights that are relevant to criminal law have been resolved by doctrine and jurisprudence according to the balancing test. The absence of doctrinal works that question this practice, however, contrasts with the intensity of the criticism of the balancing test and the theory of rights from which it is based in the field of the philosophy of law. This paper is based on the so-called specificationist theory of rights, as opposed to the infringement theory (to which the balancing test is linked), from which a different understanding of justification for the exercise of a right than the majority one is proposed. I also advocate taking this theory as a starting point for the solution of cases of excess in the exercise of a right, with respect to which I raise the possibility of recovering the category of the exclusion of criminal wrongdoing.

Keywords: *Conflict of rights, fundamental rights, balancing of rights, specificationism, excessive exercise of fundamental rights, theory of norms, conduct rule, decision rule, freedom of assembly, exclusion of criminal wrongdoing.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. El ejercicio de un derecho fundamental como causa de justificación. 1. El recurso directo a los derechos fundamentales para la justificación de una conducta típica. 2. Congruencia sistemática de la justificación de una conducta típica por el ejercicio de un derecho fundamental. 3. Problemas de la teoría conflictivista en el ámbito de la justificación penal. 3.1 Debilitamiento de los derechos. 3.2 El método ponderativo. 3.2.1 El ejemplo del caso «aturem el Parlament». 4. La especificación ante la colisión de pretensiones de ejercer un derecho.–III. Los casos jurídico-penalmente relevantes de exceso en el ejercicio de un derecho fundamental. 1. Clasificación de los supuestos relativos al ejercicio jurídico-penalmente relevante de un derecho fundamental. 1.1 El denominado «efecto desaliento». 1.2 La proximidad de la conducta al ejercicio de un derecho fundamental como causa de exclusión del injusto penal 2. La falta de capacidad de rendimiento del método ponderativo respecto de los casos de exceso en el ejercicio de un derecho fundamental.–IV. Conclusión.–V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El efecto justificante de los derechos fundamentales no se ha desarrollado suficientemente por la doctrina(1). La teoría de los derechos y

(1) Así lo refiere KÜHL, K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.^a ed., Vahlen, Múnich, 2012, p. 349: «La pregunta sobre si los derechos fundamentales pueden justificar una conducta típica se ha discutido tan poco que es difícil ofrecer todavía una respuesta». En el mismo sentido, BRAND, C./WINTER, M., «Grundrechte als strafrechtliche Recht-

la dogmática de los derechos fundamentales, que cuentan con un elevadísimo nivel de desarrollo teórico, no se han puesto debidamente en contacto con la dogmática jurídico-penal(2), por lo que todavía no está claro siquiera si resulta congruente declarar típica una conducta que entra en el ámbito de protección de un derecho fundamental (o, al menos, las razones por las que lo sería). El problema al que ha dado lugar esta ausencia de trabajo doctrinal no es, claro, relativo a los casos evidentes de ejercicio de un derecho fundamental, donde la conducta de quien pretende ejercer un derecho no es ni siquiera típica. Las dificultades aparecen en torno a los casos límite, donde una conducta claramente subsumible en un tipo penal podría, sin embargo, constituir el ejercicio de un derecho. Este aparente problema resulta ser asumible tanto por la teoría de las normas penales que equipara tipicidad y antinormatividad(3) como por la que entiende que la antinormatividad

fertigungsgründe», *JuS*, 2021, p. 113: «La doctrina trata solo muy superficialmente la cuestión sobre si los derechos fundamentales pueden servir como causas de justificación en el ámbito del Derecho penal»; SCHMIDT, H. C., «Grundrechte als selbständige Strafbefreiungsgründe», *ZStW*, (121-3), 2009, p. 646: «El Derecho penal, que pertenece al Derecho público, es el arma más afilada del Estado democrático de Derecho y se encuentra, por su propia naturaleza, bajo la influencia directa de los derechos fundamentales. En tal sentido, debe sorprender el constatar que dicha influencia en la aplicación del Derecho penal sustantivo haya recibido hasta ahora tan poca atención y esté en mayor o menor medida sin resolver»; ENGLÄNDER, A., «Vorbemerkung zu den §§ 32 ff.», en MATT, H./RENIKOWSKI, J., *StGB*, Vahlen, Múnich, 2013, p. 410, núm. 47: «En qué medida puede recurrirse directamente a los derechos fundamentales del autor como causa de justificación no se ha aclarado todavía»; ROSENAU, H., «Vor §§ 32 ff.», en SATZGER, H./SCHLUCKEBIER, W./WIDMAIER, G., *StGB Kommentar*, 2.ª ed., Heymanns, Colonia, 2009, p. 273, nm. 29: «Hasta qué punto algunos derechos fundamentales— entre otros, los previstos en los artículos 5.1 y 3, 8, así como en el artículo 9.3 de la Ley Fundamental de Bonn— pueden considerarse, directamente, como causas de justificación, es una cuestión muy controvertida». La traducción es mía.

(2) Destacando, en general, la falta de atención de los teóricos del Derecho penal respecto de la ampliamente desarrollada dogmática de los derechos fundamentales, ya LAGODNY, O., *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Mohr Siebeck, Tubinga, 1996, p. 50.

(3) Para WELZEL, «la infracción de la norma (primaria) convierte a una determinada conducta en “antinormativa”», sin que ello signifique «todavía que sea antijurídica, esto es, contraria al ordenamiento jurídico en su conjunto». Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., BdF, Buenos Aires-Montevideo, 2010, p. 526; Asimismo, ALPACA PÉREZ, A., «Consideraciones sobre normas, derechos y deberes en el injusto penal», *InDret*, (1), 2022, pp. 269-270: «Así, en el ámbito del finalismo, siguiendo (aunque de manera matizada) el planteamiento de BINDING, se consideró que la norma (el mandato o la prohibición) se encontraba en la base del tipo, por lo que no solo la tipicidad logró distinguirse tajantemente de la antijuridicidad (la tipicidad se consideró como una condición lógicamente previa a la antijuridicidad), sino también que la tipicidad equivalía conceptualmente a la antinormatividad».

solo puede predicarse de una conducta típica que no está amparada por causa de justificación alguna(4). No obstante, si asignamos efectos generales, para todo el ordenamiento jurídico, a las causas de justificación (en sentido estricto)(5), la justificación por el ejercicio de un derecho no puede prescindir de la discusión extrapenal acerca de los derechos. Siendo así, es necesario recurrir tanto a la teoría de los derechos (en el ámbito de la filosofía del Derecho) como a la doctrina constitucional para concretar el alcance de la eximente. La puesta en conexión de los referidos ámbitos teóricos, aunque muy infrecuente en la doctrina penal, ha dado lugar a la discusión sobre la correspondencia entre las concepciones de los derechos enfrentadas y las propuestas planteadas en el ámbito de la teoría de las normas. Concretamente, parecería haber relación entre la concepción de la tipicidad como antinormatividad y las teorías infraccionistas de los derechos. Por otro lado, a la concepción especificacionista de los derechos parecería corresponderle la teoría de las normas que concibe la antinormatividad como el resultado de la síntesis entre la desvaloración que implica la tipicidad y su compensación por la valoración propia de la concurrencia de una causa de justificación (y que, por ende, aboga por una sistemática bipartita en la teoría del delito). La opción por una u otra concepción de los derechos, como tratará de explicarse, no solo es decisiva para la fijación de los contornos de aquéllos cuando parecen colisionar, sino que, asimismo, es determinante en la cuestión relativa a la asignación de correlativos deberes de tolerancia en tales casos.

El presente trabajo, por tanto, se centrará, primero, en la solución planteada mayoritariamente por la doctrina a las presuntas colisiones de derechos que reúnen relevancia penal. Con ello se descubrirá que a esta solución subyace una concepción de los derechos coincidente con las tesis de la denominada teoría infraccionista. Seguidamente, se cuestionará que este punto de partida sea el único compatible con la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho prevista en el artículo 20.7 CP (así como con una comprensión de otras causas de justificación como verdaderos derechos), como ha sostenido parte de la doctrina. Tras esta primera toma de posición, se realizará una crítica al método ponderativo propio de la teoría infraccionista de los dere-

(4) Como la sostenida por SILVA SÁNCHEZ, J. M., *op. cit.*, 2010, pp. 531 ss.

(5) Como veremos (III.1), GÜNTHER propuso dividir en dos clases a las causas de justificación. Unas tendrían efectos para todo el ordenamiento jurídico (*unechte Strafunrechtsausschließungsgründe*) y otras eliminarían, únicamente, el injusto penal (*echte Strafunrechtsausschließungsgründe*). No obstante, en este trabajo va a mantenerse la denominación tradicional, designando a las últimas como *causas de exclusión del injusto penal*.

chos y se presentarán los rasgos básicos de la teoría contrapuesta, la especificacionista. Ésta encaja con la teoría de las normas que se defenderá, basada en la distinción entre norma de conducta y norma de sanción, y entiende la antinormatividad como la infracción culpable de la primera, donde la norma se constituye por la síntesis de valoraciones que surgen de la tipicidad y la justificación. Además, como tratará de mostrarse, aventaja a la teoría de la infracción al dotar de un carácter perentorio a los derechos, que asignarían, pues, posiciones jurídicas, en lugar de constituir meras premisas que sirven a un razonamiento posterior en aras de la justificación de la conducta. Esta posición, asimismo, es la única capaz de facilitar la solución de otro grupo de casos, cuya complejidad puede resultar todavía mayor, el del exceso en el ejercicio de un derecho. Se defenderá en este trabajo la capacidad de rendimiento de la teoría especificacionista en la tarea de delimitar un ámbito en el que incluir aquellas conductas que, si bien no pueden subsumirse en el ejercicio legítimo de un derecho, se encuentran tan próximas a éste que hacen posible excluir el merecimiento de pena y, por ende, hacen inaplicable la norma de sanción.

II. EL EJERCICIO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

1. El recurso directo a los derechos fundamentales para la justificación de una conducta típica

El Código Penal español establece, a través del artículo 20.7 CP, la posibilidad de justificar la conducta que, pese a subsumirse en un tipo, constituya el «ejercicio legítimo de un derecho». Ningún obstáculo parecería haber para la aplicación de dicha eximente en relación con los derechos fundamentales(6). En la discusión alemana, en cambio,

(6) Afirmando dicha posibilidad, entre otros, MARTÍN LORENZO, M., «Derechos fundamentales y sanción penal: Una cuestión del derecho sustantivo y del derecho a la legalidad penal», en PÉREZ MANZANO, M., *et al.* (coords.), *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, UCM, Madrid, 2020, pp. 124 ss.; CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), «Art. 20.7 CP», *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 218; MORALES PRATS, F., «Art. 20.7.º», en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (coords.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. I., 6.ª ed., 2011, p. 257; IGLESIAS, M. A./CARMONA, C./TOMÁS-VALIENTE, C./SÁNCHEZ, I., «Artículo 20», en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, t. I., Aranzadi, Pamplona 2015, p. 282; MESTRE DELGADO, E., *La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supra-legales de justificación penal*, Edisofer, Madrid, 2001, *passim*.

esta es una cuestión controvertida, y es que el StGB no contiene un precepto similar al 20.7 CP. Si bien parte de la doctrina ha aceptado el efecto justificante directo de los derechos fundamentales(7), a este se le han opuesto varias objeciones(8). En primer lugar, se ha alegado que el contenido de los derechos fundamentales es demasiado impreciso como para poderse aplicar directamente como causa de justificación, debiendo estarse a la interpretación que hace de estos el legislador al limitar su ejercicio(9). Por otro lado, en una línea crítica similar, se alega que el juez penal no es competente para aplicar directamente los derechos fundamentales como causas de justificación(10), objeción que en el caso español no puede plantearse, en tanto en cuanto es el propio Código Penal el que habilita al juez penal a recurrir al contenido de los derechos fundamentales para justificar una conducta típica. Por último, se ha alegado que el legislador penal ya ha tenido en cuenta la vigencia de los derechos fundamentales en la redacción de los tipos penales(11) y que, en todo caso, debe recurrirse, antes, a las causas de justificación ya previstas en el ordenamiento, que pueden interpretarse a la luz de la vigencia de los derechos fundamentales(12).

Ciertamente, algunas de las referidas objeciones no son trasladables a la discusión española, como se ha apuntado, y alguna otra puede superarse con relativa facilidad(13). Sin embargo, debe prestarse

(7) APPEL, I., *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Duncker & Humblot, Berlín, 1998, p. 163; SCHMIDT, H. C., *Grundrechte als verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe. Zu Methode und Praxis der Verfassungseinwirkung auf das materielle Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2008; EL MISMO, *op. cit.*, 2009, pp. 645-670; BRAND, C/WINTER, M., *op. cit.*, pp. 113-117; REICHERT-HAMMER, H., *Politische Fernziele und Unrecht: ein Beitrag zur Lehre von der Strafrechtswidrigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB*, Duncker & Humblot, Berlín, 1991; RÖNNAU, T., «Vorbemerkungen – Vor §§ 32 ff», *LK*, 13.^a ed., De Gruyter, Leipzig, 2019, p. 130; KÜHL, K., *op. cit.*, 2012, p. 349. En el mismo sentido, KÜHL, K., «Vor § 32», en LACKNER, K/EL MISMO, *StGB*, 29.^a ed., C. H. Beck, Múnich, 2018, núm. 28.; ROSENAU, H., *op. cit.*, p. 273, nm. 29.

(8) Con referencias a la parte de la doctrina alemana que entiende que no es posible concebir el ejercicio de derechos fundamentales como causa de justificación, BRAND, C/WINTER, M., *op. cit.*, p. 115.

(9) BÖSE, M., «Die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Rahmen der Strafgesetze (insbesondere § 34 StGB)», *ZStW*, (1), 2001, p. 42.

(10) BÖSE, M., *op. cit.*, pp. 42-43.

(11) Con referencias, BRAND, C/WINTER, M., *op. cit.*, p. 115.

(12) TIEDEMANN, K., *Verfassungsrecht und Strafrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 1990, p. 37.

(13) Respondiendo a las objeciones referidas, BRAND, C/WINTER, M., *op. cit.*, pp. 115-116.

mayor atención a la crítica relativa a la indeterminación del contenido de los derechos fundamentales y a la corrección teórica de entender típica una conducta que constituye el ejercicio de un derecho fundamental. Si bien es cierto que contamos con varias décadas de jurisprudencia constitucional al respecto(14), la discusión acerca de los límites de los derechos fundamentales y sobre el método por el que habrían de resolverse las presuntas colisiones que pueden darse entre aquéllos sigue vigente. A la actualidad de este problema teórico debe añadirse el actual desplazamiento del Derecho penal por parte del Derecho constitucional(15), que dificulta introducir consideraciones específicamente jurídico-penales en el análisis de la posible exención de pena por el ejercicio de un derecho fundamental o por la proximidad de la conducta a aquel. En fin, ante la referida situación resulta de gran importancia una aproximación a los fundamentos teóricos que subyacen al método de resolución de conflictos (aparentes o no, según el punto de vista que se adopte, como veremos) entre derechos fundamentales, a fin de enjuiciar su compatibilidad con la estructura de la teoría del delito.

2. Congruencia sistemática de la justificación de una conducta típica por el ejercicio de un derecho fundamental

El principal argumento que se aduce contra el efecto justificante del ejercicio de un derecho fundamental hace referencia a la presunta contradicción que encerraría el afirmar que una conducta que se encuentra en el ámbito de protección de un derecho fundamental puede ser típica(16). Pérez del Valle expone, a este respecto, que

(14) Aduciendo la extensa jurisprudencia constitucional sobre el contenido y los límites de los derechos fundamentales contra la objeción relativa a su indeterminación, RÖNNAU, T., *op. cit.*, p. 130. En el mismo sentido, BRAND, C/WINTER, M., *op. cit.*, 2021, p. 115. Se trata, por lo demás, de un argumento perfectamente trasladable a nuestro ámbito jurídico.

(15) Sobre esta cuestión, ampliamente, ROBLES PLANAS, R., «La tiranía de la proporcionalidad», en CHINGUEL RIVERA, A/GARCÍA CAVERO, P. (coords.), *Derecho penal y persona. Libro homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, Ideas, Lima, 2019, pp. 117-134. Sobre los problemas que implica la relación entre el Derecho penal y el Derecho constitucional tanto en la tarea legislativa como en la aplicación del Derecho penal, véase SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 40-50.

(16) Sobre este punto de vista, OLMEDO CARDENETE, M. D., «Artículo 20.7», en COBO DEL ROSAL, M., (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. II., Edersa, Madrid, 1999, p. 608 ss.; Afirmando que «en ningún caso el ejercicio de un derecho constitucional puede ser "típico" en el sentido penal», QUINTERO OLIVARES, G., «Derecho de manifestación y desórdenes públicos», en GARCÍA AMADO, J. A./CUERDA ARNAU,

«quien actúa en el marco de sus derechos lo hace en ejercicio de su ámbito de libertad de conducta», así que, «[p]or lo general, quien ejerce su derecho actúa de forma atípica»(17). Pero dicha afirmación no es más que la constatación de que los casos claros de ejercicio de un derecho fundamental no suelen poder subsumirse en un tipo penal. Por ejemplo, la conducta de quien participa en una manifestación estática que ha sido comunicada a la autoridad correspondiente, que ha dispuesto medidas para permitir la normal circulación de los peatones, y que se desarrolla sin coartar la libertad de terceros no será subsumible en un tipo penal. Tampoco la conducta de quien manifiesta en un medio de comunicación que la gestión de un determinado asunto político por parte de un miembro del Gobierno ha sido nefasta puede subsumirse en el tipo de injurias. En tales casos se descarta la relevancia jurídico-penal de la conducta, directamente, en el juicio de subsunción típica. No obstante, seguidamente plantea Pérez del Valle que ciertos casos de ejercicio de un derecho pueden resultar típicos, aunque justificados o excusados(18). Uno de los supuestos a los que hace referencia es, precisamente, el del conflicto entre derechos fundamentales(19). No hace el autor, sin embargo, referencia expresa a la razón por la que entiende que en tales supuestos sí cabe hablar del ejercicio de un derecho fundamental subsumible en un tipo penal. Aun así, se desprende de su exposición que, en tales supuestos, entiende que estarían enfrentadas dos conductas que, pese a estar dentro del ámbito de protección de un derecho fundamental, lesionan otro derecho, por lo que el hecho de que uno de ellos prepondere no impide que, en todo caso, se haya lesionado un derecho y que dicha lesión resulte típica, aunque justificada (o, bajo su punto de vista, excusada). Esta idea es la que parece latir, generalmente, en el planteamiento del sector doctri-

M. L., (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 139; MESTRE DELGADO, E., *op. cit.*, 2001, pp. 147-148.

(17) PÉREZ DEL VALLE, C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 186. En el mismo sentido, UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., *La eficacia justificante de los derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 72: «El ejercicio de los derechos fundamentales será, en términos generales, penalmente atípico, es decir, irrelevante para el Derecho penal». Destacando, asimismo, la evidente inconstitucionalidad en la que incurriría un precepto penal que tipifique «las “pretensiones” que se derivan de una norma que atribuye un derecho fundamental».

(18) PÉREZ DEL VALLE, C., *op. cit.*, p. 214. También, UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., *op. cit.*, 2003, pp. 73-74.

(19) PÉREZ DEL VALLE, C., *op. cit.*, pp. 186, 213 ss.; apuntando que, por lo general, el referido conflicto es inevitable en cuanto al ejercicio de derechos fundamentales de carácter político, REICHERT-HAMMER, H., *op. cit.*, p. 278.

nal, mayoritario, que entiende posible que una conducta amparada por un derecho fundamental resulte típica, aunque justificada.

En este sentido, Kühl ha sostenido que es falaz afirmar que los preceptos penales restringen de tal modo el ámbito de protección de los derechos fundamentales que una conducta típica jamás podrá estar justificada por el ejercicio de un derecho fundamental. A su juicio, a esta afirmación puede oponerse la teoría de la interacción (*Wechselwirkungstheorie*) del BVerfG, que sostiene que los límites a los derechos fundamentales, como lo podrían ser los preceptos penales, deben ser, a su vez, restringidos a fin de tomar en consideración la preservación del valor del derecho fundamental en cuestión(20). Sería razonable para este sector, pues, entender que una conducta típica pueda estar justificada porque una ponderación de intereses muestre que el interés salvaguardado por el sujeto activo del hecho típico prepondera(21). Del mismo parecer es Rönnau, que considera que no es convincente que la subsunción en un tipo penal deba impedir su justificación por el ejercicio de un derecho, puesto que una ponderación de los valores contrapuestos puede dar lugar a la preponderancia del interés que trataba de proteger el sujeto(22). Asimismo, Schmidt defiende la justificación de la conducta típica por ejercicio de un derecho fundamental cuando la solución no puede encontrarse en una interpretación del tipo a la luz del efecto de aquel o en una interpretación conforme a la Constitución de las causas de justificación recogidas en el StGB(23). También Cuerda Arnau entiende que dicho ejercicio puede colisionar con otros derechos fundamentales, por lo que su lesión puede resultar típica, siendo «obligado articular la absolución por la vía de la exclu-

(20) KÜHL, K., *op. cit.*, 2012, p. 349. En el mismo sentido, KÜHL, K., *op. cit.*, 2018, núm. 28; Rechazando, en un sentido similar, que una conducta típica no pueda estar justificada por el efecto de un derecho fundamental, RÖNNAU, T., *op. cit.*, pp. 128-129; en contra, también, de dicha objeción, SCHMIDT, H. C., *op. cit.*, 2007, p. 101.

(21) KÜHL, K., *op. cit.*, 2012, pp. 349-350.

(22) RÖNNAU, T., *op. cit.*, pp. 128-129. Rechaza el autor la objeción planteada por quienes entienden que el contenido de los derechos fundamentales es demasiado vago como para constituir una causa de justificación directa. Le opone el autor a dicha consideración que se han aceptado otras causas de justificación supralegales y que los contornos del contenido de los derechos fundamentales han ido determinándose durante décadas.

(23) SCHMIDT, H. C., *op. cit.*, 2009, pp. 645-670, proponiendo una ponderación en la que se tomen en consideración: 1) la afectación del derecho fundamental en cuestión; 2) el merecimiento de pena de la conducta, expresión del principio constitucional de proporcionalidad; 3) el merecimiento de protección de la conducta, en tanto en cuanto no exista otra vía para el ejercicio del derecho; 4) el riesgo de criminalización de una generalidad de conductas, como podría ocurrir en el caso de la corrección de los padres a los hijos; 5) los fines del Derecho penal; 6) el principio de culpabilidad (la relación de proporción entre la gravedad del delito y la respuesta penal).

sión de la antijuridicidad»(24). Con la misma claridad se ha expresado a este respecto la jurisprudencia constitucional. El Tribunal Constitucional afirma a este respecto que «los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito». Siendo así, habría que delimitar el contenido del derecho en cuestión y concluir que, «cuando una conducta constituya, inequívocamente, un acto ajustado al ejercicio regular del derecho fundamental [...] no resultará legítima la imposición de una sanción penal, aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera conforme a su tenor literal». En definitiva, según el TC, «el amparo del derecho fundamental actuará como causa excluyente de la antijuridicidad»(25).

Puede afirmarse, pues, que hay cierto acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia sobre la coherencia sistemática de afirmar que una conducta puede ser típica y, a su vez, constituir el ejercicio legítimo de un derecho. No obstante, debe reconocerse que esta armonía tiene su base en la adhesión a una determinada teoría de los derechos. Esta, sin embargo, no suele hacerse explícita, si bien resulta evidente, sobre todo, por la elección del método ponderativo para resolver sobre la justificación de las conductas típicas que constituyen el ejercicio de un derecho. A este respecto, y ocupándose directamente de esta cuestión, Ugartemendía Eceizabarrena sostiene que solo es compatible con la exigencia de ejercicio legítimo de un derecho la que denomina «concepción amplia del contenido de los derechos»(26). Ésta, en realidad, es una de las tesis fundamentales del llamado modelo conflictivista de los derechos(27), que sostiene que las normas que reconocen derechos fundamentales son principios (mandatos de optimización, en los términos de Alexy) que pueden colisionar entre sí(28). Según esta posición, las normas referidas establecerían un extenso ámbito de protección del derecho fundamental correspondiente (tesis amplia del ámbito de protección de los derechos fundamentales), distinto a su

(24) CUERDA ARNAU, M. L., «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento», *RGDP*, (8), 2007, pp. 13-14.

(25) Por todas, la STC núm. 104/2011, de 20 de junio.

(26) UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., «La exigencia de ejercicio legítimo de un derecho (20.7 CP). Algunas consideraciones desde una perspectiva constitucional», *R. V. A. P.*, (63), 2002, p. 11; EL MISMO, *op. cit.*, 2003, pp. 181-182 (en n.243, resumiendo el punto de vista de las dos teorías enfrentadas a este respecto).

(27) CABRA APALATEGUI, J. M., «Derechos en el contexto post-positivista. Algunas paradojas de la concepción», *Diálogos jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, 2018, pp. 84 ss.

(28) ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 86 ss.

ámbito de protección definitivo(29). Para configurar este último, el primero debe limitarse con arreglo a la toma en consideración de las circunstancias concretas del caso, como la colisión con otros derechos, atendiendo al principio de proporcionalidad. Esto implica distinguir entre la delimitación conceptual de los derechos (realizada *a priori*)(30) y su limitación, que no reduce el contenido del derecho, sino que limita (externamente) sus efectos jurídicos (teoría de los límites externos)(31). Pues bien, Ugartemendía Eceizabarrena entiende que esta concepción de los derechos es compatible con la exigente del artículo 20.7 CP, por cuanto permitiría afirmar que se ha ejercido un derecho incluso cuando se ha infringido una norma que lo limita (el tipo penal)(32), sin perjuicio del ulterior análisis sobre si dicho ejercicio es o no legítimo, extremo que se determinaría, como veremos, mediante un juicio de ponderación(33).

La teoría de los derechos antagónica(34) a la hasta aquí referida es la que se ha denominado teoría especificacionista de los derechos(35). Su punto de partida se encuentra, al contrario que en el

(29) Este es el presupuesto, asimismo, de la teoría infraccionista de los derechos que, como se apuntará, guarda relación con el planteamiento de UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA. Con suma claridad, WEBBER da cuenta de este punto de vista del siguiente modo: «What is the limitation of a right? Without doubt, the received approach looks upon limitations as restrictive, even prohibitive of rights. It supposes that a right can be conceived independently of any limits, such that “there is first the right in itself, which is not limited, and secondly there is what is left over once the limit has been applied, that is, the right as limited”. Rights, on this understanding, are independent of their limitations – independent of the many “interests”, “values” and “principles” which regularly and justifiably infringe rights. Yet, despite being somehow independent of these limits, rights are nevertheless, according to the received approach, subject to such limits. Rights, it would seem, both resist their limits and cannot be wholly appreciated without them.». Cfr. WEBBER, G., *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 118.

(30) WEBBER, G., *op. cit.*, 2009, p. 120.

(31) CABRA APALATEGUI, J. M., *op. cit.*, p. 85; una definición muy clara de esta posición puede verse en WELLMAN, C. H., «On Conflicts between Rights», *Law and Philosophy*, vol. 14, (3/4), 1995, pp. 277 ss.

(32) UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., *op. cit.*, 2002, p. 12; EL MISMO, *op. cit.*, 2003, p. 160.

(33) UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., *op. cit.*, 2002, pp. 13-16.

(34) La directa contraposición entre las teorías conflictivistas y las coherentistas (o especificacionistas) se refiere sin perjuicio de las múltiples dimensiones en las que se desarrolla la discusión en torno al problema teórico de los conflictos de derechos. Sobre esta cuestión, véase MALDONADO MUÑOZ, M., «Conflictivismo y anti-conflictivismo en los derechos fundamentales», *Revista Jurídica de la universidad de Palermo*, (1), 2019, pp. 37-78.

(35) CABRA APALATEGUI, J. M., *op. cit.*, p. 88

modelo referido *supra*, en la teoría de los límites inmanentes de los derechos(36)/(37) y, por lo tanto, se les asigna desde este punto de vista un ámbito de protección limitado, pero definitivo(38), que se conforma a través de su especificación(39). Esta teoría de los dere-

(36) Sobre las diversas versiones de la teoría de los límites internos o inmanentes y su base filosófico-política, BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3.ª ed., CEPyC, 2007, pp. 448 ss.

(37) Asociando la teoría de los límites internos o inmanentes de los derechos al iusnaturalismo, MALDONADO MUÑOZ, M., *op. cit.* 2019, p. 41; EL MISMO, *Derechos y conflictos. Conflictivismo y anticonflictivismo en torno a los derechos fundamentales*, Marcial Pons, Barcelona, 2021, p. 31: «la teoría defiende justamente esto: no es que los derechos sean ilimitados, pero tampoco son *stricto sensu* limitados, en tanto corresponden a cierto ámbito ya dado, establecido por sus condiciones de justicia. Un ámbito relacionado con un modo de ser derivado del “modo de ser del ser humano”. Así expresada, esta es, obviamente, una posición iusnaturalista». No obstante, aclara el autor que, en realidad, «no es necesario que una teoría de los límites internos abrace el ideal iusnaturalista. Bastaría con abrazar, por ejemplo, un ideal garantista *à la* Ferrajoli o asumir una posición exegética del ideal constitucionalista o del ideal democrático» (p. 32).

(38) CABRA APALATEGUI, J. M., *op. cit.*, p. 88. Lo ejemplifica el autor, precisamente, con el ejemplo propuesto por DE OTTO sobre las coacciones realizadas en el transcurso de una manifestación. La sanción de dicha conducta no constituiría una limitación del derecho de reunión y manifestación, por cuanto este derecho no comprendería el derecho a ejercer coacciones sobre terceros.

(39) Un firme defensor de este tipo de especificacionismo es WEBBER, que entiende que el modelo conflictivista «divorces rights from *what is right*», por cuanto promovería una definición de los derechos que atiende, únicamente, a los intereses individuales, descuidando, por lo tanto, lo que es justo desde una perspectiva que toma en cuenta el contexto y la relación con los demás. Cfr. WEBBER, G., «On the Loss of Rights», en HUSCROFT, G., *et al.* (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 132, 143. Asimismo, resulta destacable la propuesta de AMAYA, que propone un especificacionismo de corte neoaristotélico alejado de cálculos utilitaristas. A su juicio, los derechos deben especificarse «mediante la reflexión acerca del conjunto de razones percibidas como relevantes en el caso concreto en aras de hacer de ellas un conjunto coherente con una determinada concepción del Derecho, lo que exigiría [...] la revisión de estos valores e, incluso, en los casos más extremos [...] la revisión del propio concepto de Derecho.». Cfr. AMAYA, A., «Virtudes, argumentación jurídica y ética judicial», *Diánoia*, vol. LVI, (67), pp. 135-142; otra clase de especificacionismo es la defendida, de forma muy destacable en el marco de esta discusión, por MORESO. Su propuesta consiste en un análisis de cinco fases del caso en que dos derechos parecerían colisionar. En una primera fase, se delimitaría el problema seleccionando las acciones humanas que constituyen lo que denomina *el universo del discurso*. Después, se identificarían los principios aplicables a aquel (que, en otros términos, como los que se emplearán aquí, serían las pretensiones de ejercer un derecho por las partes afectadas). En tercer lugar, se tomarían en cuenta ciertos casos paradigmáticos, reales o hipotéticos, del referido universo del discurso, que reducirían el ámbito de reconstrucciones admisibles. A continuación, se determinarían las propiedades relevantes del universo del discurso, esto es, los elementos

chos, según Ugartemendía Eceizabarrena, sería incompatible con la exigencia del artículo 20.7 CP. A su juicio, un modelo que asuma una «concepción estricta del contenido de los derechos» tiene que negar que se haya ejercido un derecho cuando la conducta en cuestión infrinja uno de sus límites. En sus propias palabras, según esta teoría de los derechos «solo existen dos posibilidades: o bien que la conducta infrinja un límite, en cuyo caso ya no cabe hablar de ejercicio de un derecho, ya que dicha conducta quedaría fuera del supuesto de hecho del derecho, o bien que la conducta sea calificable como ejercicio de un derecho, en cuyo caso no es posible concebir que entre en el supuesto de hecho de una norma que limita el ejercicio de ese derecho»(40). El problema del planteamiento de este autor es que presupone que es el tipo penal el que se constituye en norma delimitadora del contenido del derecho(41). Si se sigue una teoría de las normas como la propuesta por Silva Sánchez (que es, a mi juicio, compatible con la concepción especificacionista de los derechos), se concibe la norma de conducta como la síntesis de «la valoración de un hecho como lesivo para un bien jurídico-penal (y, por tanto, penalmente relevante) y su valoración como mal menor, medio adecuado para el logro de un fin justo». La norma de conducta, pues, no prohíbe conductas justificadas, sino que únicamente de la síntesis de las valoraciones referidas puede surgir la norma, que se convierte en «pauta

fácticos relevantes del caso. Por último, se formularían estándares de carácter universal en referencia al caso, reglas que solventarían todos los casos del universo del discurso. Cfr. MORESO, J. J., «Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism», *Ratio Juris*, vol. 25, (1), 2012, pp. 39 ss.; MORESO recurre a HARE para distinguir, respecto de su método, dos niveles. Un primer nivel intuitivo, en el que aparecerían los principios morales que entrarían en conflicto, y un segundo nivel crítico, en el que se reconstruirían esos principios «de manera que sea posible considerar las propiedades morales que tomamos en cuenta como *supervenientes*». Los principios constitucionales aparecerían en un «contexto inarticulado» en ese primer nivel. En el nivel crítico, se articularían, mediante ponderación, «en un esquema general que da una respuesta unívoca para cada caso, puesto que cada caso individual es una instancia de un caso genérico que correlaciona el caso con una solución normativa, posibilitando de esta manera la subsunción». Cfr. EL MISMO, *op. cit.*, 2009, pp. 280 ss., 303 ss., reivindicando una «vía intermedia», entre una concepción subsuntiva irrealizable y una ponderación de imposible control racional.

(40) UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., *op. cit.*, 2002, p. 12; EL MISMO, *op. cit.*, 2003, pp. 259-263, 273.

(41) En coherencia con ese planteamiento, afirma el autor que la aplicación de la exigencia del artículo 20.7 CP conlleva la «inaplicación de la norma penal secundaria». Esta conclusión da cuenta de la concepción de las normas penales del autor, que entiende la tipicidad como antinormatividad. Cfr. UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., *op. cit.*, 2003, pp. 187, 224.

de conducta general»(42). Si esto es así, la mera subsunción de la conducta en el tipo penal no implicaría la infracción de un límite interno de la norma que reconoce el derecho fundamental, por lo que se sortearía la objeción referida. La subsunción típica únicamente indicaría que no estamos frente a un caso evidente de ejercicio legítimo de un derecho, por lo que deben tomarse en cuenta las pretensiones de las partes afectadas a fin de determinar si la conducta en cuestión puede ser permitida con arreglo al contenido del derecho fundamental. Como ha apuntado Silva Sánchez, «los enunciados desvalorativos de hechos penalmente relevantes limitan a los enunciados permisivos, privándoles de efecto excluyente de la prohibición en otros casos»(43).

3. Problemas de la teoría conflictivista en el ámbito de la justificación penal

3.1 DEBILITAMIENTO DE LOS DERECHOS

La principal objeción que puede realizarse a la teoría de los derechos que entiende preferible Ugartemendía Eceizabarrena es que lleva a afirmar que se ha ejercido un derecho con anterioridad a la consideración de las circunstancias del caso. Esto implica, en determinados supuestos, afirmar que una misma conducta es constitutiva del ejercicio de un derecho y, a su vez, es típica y antijurídica, por cuanto no ha preponderado frente al derecho con el que colisionaba. Esta forma de entender los derechos los desprovee de su fuerza normativa (de asignación de posiciones jurídicas)(44). El ejercicio de un derecho, en lugar de servir de

(42) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *op. cit.*, 2010, pp. 531 ss. Solo podría hablarse de colisión de valoraciones (la desvaloración que implicaría la tipicidad de la conducta y la valoración propia de la concurrencia de una causa de justificación), pero no de colisión externa entre una norma prohibitiva y otra permisiva. Se trata de una colisión interna de valoraciones, que da lugar a la norma definitiva, que, así, constituye una directiva de conducta.

(43) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *op. cit.*, 2010, pp. 531 ss.

(44) WEBBER, G., *op. cit.*, 2009, p. 116: «The idea that rights should hold a firm place in moral-political reasoning is not new, but it has been obfuscated by the tendency within the received approach to equate rights with “interests”, “values” or “principles”. Doing so ascribes to rights a status no greater than a premise in practical reasoning». En p. 122: «the received approach fails to award to its conception of rights any strength, urgency, conclusiveness or special importance»; EL MISMO, *op. cit.*, 2014, pp. 123-154; WELLMAN, C. H., *op. cit.*, pp. 280-285; sobre el problema jurídico, en particular, de esta posición, CABRA APALATEGUI, J. M., «Sobre la estructura y los límites de los derechos sociales», *Estudios de Deusto*, (1), 2018, p. 200: «Tener un derecho, al margen de cuál pueda ser su fundamento filosófico, significa

conclusión a un razonamiento previo sobre el conflicto de pretensiones entre las partes, se convierte en una mera premisa que sirve a un ulterior proceso argumentativo sobre la justificación de la conducta(45). Siendo así, no puede anudarse efecto jurídico alguno a la constatación de estarse ejerciendo un derecho, sino que, en todo caso, dicho efecto surgirá de la declaración de que el ejercicio de ese derecho es legítimo tras el ejercicio de ponderación correspondiente. Sin embargo, difícilmente podrá entenderse que surge un deber correlativo al ejercicio legítimo de un derecho en tales casos, puesto que se afirma que la contraparte sigue manteniendo su derecho. Esta concepción de los derechos, por lo demás, promueve un uso meramente retórico de estos. Si bien parecería que tiende a ampliar su contenido (parte de un ámbito de protección *a priori* muy amplio que se restringe únicamente a través de una ponderación de derechos), lo cierto es que reduce su estatus al de meros intereses que pueden ceder a los intereses contrapuestos. Esto no solo genera expectativas poco realistas en la ciudadanía(46) (el efecto que esto pueda tener en el ámbito del error de prohibición tendría que valorarse), sino que, asimismo, reduce el valor de los derechos, puesto que todos pueden ser vencidos en la ponderación(47).

Puede verse con claridad la relación entre esta tesis de Ugartemendía Eceizabarrena y la teoría *infraccionista* de los derechos, por cuanto ésta plantea que, en caso de conflicto de derechos, puede, justificadamente, infringirse un derecho(48). Por ejemplo, en el famoso *cabin*

ocupar una posición determinada en el marco de una relación jurídica; afirmar que se tiene derecho a algo sin poder identificar quién está afectado como obligado a hacer o a abstenerse de hacer para lograr su satisfacción es una declaración política o moral; de naturaleza retórica en todo caso». En realidad, este autor sobrentiende que los derechos fundamentales (en cuanto a su estructura deóntica) son, en términos de ALEXY, *derechos a algo* como derechos a la abstención de terceros («Derechos *a acciones negativas*» o de no interferencia). En realidad, su preocupación en el trabajo referido es la de determinar si pueden entenderse, en especial los derechos denominados *sociales*, como derechos «a *acciones positivas* o derechos a prestación».

(45) WEBBER, G., *op. cit.*, 2009, pp. 116 ss.

(46) WEBBER, G., *op. cit.*, 2009, p. 123: «It is, I believe, this uncritical approach to rights that is guilty of “promot[ing] unrealistic expectations”».

(47) WEBBER, G., *op. cit.*, 2009, p. 122.

(48) Defendiendo la teoría infraccionista, THOMSON, J. J., «Some Ruminations on Rights», en PARENT, W., (ed.), *Rights, Restitution, and Risk*, Harvard University Press, Cambridge, 1986, entre otros de sus trabajos sobre esta cuestión; un resumen de los postulados de la teoría infraccionista puede verse en MALDONADO MUÑOZ, M., *op. cit.*, 2021, pp. 48-51; sobre los problemas teóricos de esta tesis, OBERDIEK, J., «Lost in Moral Space: On the Infringing/Violating Distinction and its Place in the Theory of Rights», *Law and Philosophy*, (23-4), 2004, pp. 325-346. Este autor no rechaza que el ejercicio de un derecho implique la pérdida de algo de valor en relación con el afectado, sin que tal constatación deba llevar a declarar que se ha infringido

case de Feinberg(49) el montañista infringiría el derecho del dueño de la cabaña justificadamente (en estado de necesidad agresivo, en nuestros términos). La teoría especificacionista de los derechos, en cambio, negaría que el dueño de la cabaña tuviera un derecho en ese concreto caso, sino que es el montañista el que tendría un derecho a entrar en la cabaña para no perecer(50). El derecho de propiedad y, en su caso, a la inviolabilidad del domicilio se reconfiguraría en atención a las características del caso, por cuanto el derecho de necesidad del montañista, ya especificado, se extendería hasta el acceso no consentido a la cabaña y a la causación de daños a fin de asegurar la salvaguarda de su vida. La conducta típica, pues, no constituiría la lesión justificada de un derecho, sino que únicamente el montañista tendría un verdadero derecho en tal supuesto.

3.2 EL MÉTODO PONDERATIVO

Como se ha expuesto, la teoría conflictivista de los derechos concibe las normas que reconocen derechos fundamentales como mandatos de optimización. Este punto de partida lleva a promover su realización en la mayor medida posible, pero esa tendencia hace imposible evitar la colisión entre los diversos principios derivados del texto constitucional, por lo que debe resolverse la incompatibilidad entre estas normas *prima facie* mediante la ponderación(51). Ugarte-

gido su derecho justificadamente (p. 333); EL MISMO, «What's Wrong with Infringements (insofar as infringements are not wrong): A Reply», *Law and Philosophy*, (27), 2008, pp. 293-307; SHAFER-LANDAU, R., «Specifying Absolute Rights», *Arizona Law Review*, (37), 1995, pp. 209-225;

(49) FEINBERG, J., «Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life», *Philosophy & Public Affairs*, (7-2), 1978, p. 102: «Suppose that you are on a backpacking trip in the high mountain country when an unanticipated blizzard strikes the area with such ferocity that your life is imperiled. Fortunately, you stumble onto an unoccupied cabin, locked and boarded up for the winter, clearly somebody else's private property. You smash in a window, enter, and huddle in a corner for three days until the storm abates. During this period you help yourself to your unknown benefactor's food supply and burn his wooden furniture in the fireplace to keep warm».

(50) El recurso a la teoría especificacionista en los supuestos de estado de necesidad o de legítima defensa implica, claro, asumir que dichas causas de justificación otorgan verdaderos derechos de defensa o necesidad, por lo que estaría implícito el rechazo a entenderlas como meras permisiones, entendidas como *privileges*, en términos hohfeldianos. Una introducción a la terminología empleada por HOHFELD para desentrañar los diversos significados que se atribuyen al término *derecho*, véase EDMUNDSON, W. A., *An Introduction to Rights*, 2.ªed., Cambridge University Press, Nueva York, 2012, pp. 73 ss.

(51) BERNAL PULIDO, C., «Estructura y límites de la ponderación», *Doxa*, (23), 2003, p. 226.

mendía Eceizabarrena, que afirma que la «técnica de la ponderación de intereses en conflicto» debe ser la que determine «qué interés debe prevalecer» en estos casos, entiende que, de preponderar el ejercicio del derecho alegado, la conducta constituirá un ejercicio legítimo del derecho en cuestión. Si, por el contrario, prepondera el «interés protegido por la norma penal», estaríamos frente al ejercicio de un derecho que debe considerarse «ilegítimo y por tanto antijurídico»(52), sin perjuicio de que, con arreglo al principio de proporcionalidad, pueda aplicarse la eximente incompleta del artículo 21.1 CP(53). Esta solución, como veremos, resulta inadecuada.

3.2.1 *El ejemplo del caso «Aturem el Parlament»*

Un claro ejemplo de la falta de capacidad de rendimiento del método ponderativo para resolver los casos jurídico-penalmente relevantes de ejercicio de un derecho o de ejercicio excesivo de éste es el caso «Aturem el Parlament»(54). La sección primera de la Sala de lo

(52) UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., *op. cit.*, 2002, p. 16; EL MISMO, *op. cit.*, 2003, pp. 74, 150, 170, 174.

(53) UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., *op. cit.*, 2002, p. 16.

(54) El Tribunal Constitucional desestimó, en su sentencia 133/2021, de 24 de junio, los recursos de amparo interpuestos contra la sentencia condenatoria del Tribunal Supremo 161/2015, de 17 de marzo. Ésta había casado parcialmente la sentencia de la Audiencia Nacional 31/2014, de 7 de julio que absolvió a los acusados por un delito contra las Instituciones del Estado del artículo 498 CP (condenando a uno de los acusados por una falta de daños) por la aplicación de la eximente del artículo 20.7 CP. En el caso referido, se enjuiciaba la conducta de algunos de los manifestantes que tomaron parte en la acción de protesta llevada a cabo el 15 de junio de 2011 frente al Parlamento de Cataluña, cuyo Pleno estaba convocado para, entre cosas, continuar con la tramitación del proyecto de ley de Presupuestos de la Generalitat, que preveía una reducción del gasto público. Con ocasión de la referida tramitación de los presupuestos de la Generalitat en el Parlamento, organizaciones afines al movimiento 15M como «L'Acampada de Barcelona y las asociaciones de vecinos de la ciudad» convocaron una acción de protesta que tendría lugar en fecha 14 y 15 de junio de 2011, cuyo lema era «Aturem el Parlament, no deixarem que aprovin retalladles (Paremos al/ el *Parlament*, no permitiremos que aprueben recortes)». Las referidas organizaciones informaron de la manifestación a la autoridad competente, que «no adoptó medida alguna» para regularla, y la publicitaron a través de diversos medios días antes de que tuviera lugar. Sus portavoces declararon «que no pretendían impedir el funcionamiento del *Parlament* sino detener el ataque contra los derechos sociales y los servicios públicos que significaban las medidas presupuestarias que se iban a aprobar». La acción de protesta tuvo lugar el 15 de junio antes de que se iniciara el Pleno del Parlamento, sucediéndose una serie de incidentes entre los disputados y los manifestantes, algunos de los cuales fueron tenidos por antijurídicos por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Para un comentario crítico sobre la sucesión de sentencias relativas a este caso, valorando el modo en que tratan de resolver el problema del que me ocupo en este trabajo, véase FERNÁNDEZ PERALES, F., «La relevancia jurídico-

Penal de la Audiencia Nacional, en su sentencia 31/2014, de 7 de julio, absolvió a todos los acusados de la comisión de un delito contra las Instituciones del Estado del artículo 498 CP, en concurso con un delito de atentado de los artículos 550 y 551.2 CP, condenando únicamente a uno de ellos por una falta de daños del antiguo artículo 625.1 CP. El tribunal, recordando la jurisprudencia constitucional que establece que, para delimitar el ámbito de protección de un derecho fundamental no debe recurrirse a sus límites, sino a su contenido(55), trató de definir el derecho de reunión y manifestación atendiendo, no solo a su consideración (en abstracto) como cauce del principio democrático participativo sino, también, a un contexto como el actual en el que consideró que el espacio público se encuentra controlado por los medios de comunicación que, a su vez, están «en manos privadas» o se gestionan «con criterios partidistas»(56). Los obstáculos que habría de sortear la ciudadanía para poder participar en política serían una razón de peso, a juicio del tribunal, para entender que ciertos excesos en el ejercicio del derecho de manifestación pueden incluirse en su ámbito de protección. Otros, por el contrario, si bien no se encontrarían dentro de éste, no podrían ser sancionados penalmente, por cuanto se trataría de una respuesta estatal desproporcionada que generaría un indeseable efecto desaliento(57). La Audiencia Nacional, pese a que el Tribunal Supremo, que casó la sentencia, afirma que realiza un juicio de ponderación, resuelve el caso mediante un juicio de subsunción(58), incluyendo el supuesto enjuiciado en la zona intermedia que habría entre el ejercicio legítimo del derecho y el abuso de derecho, descartando la intervención del Derecho penal con arreglo al efecto desaliento que ésta generaría, solución que ya ha sido criticada *ut supra*. En realidad, la sentencia de la Audiencia Nacional podría servir como un ejemplo de solución especificacionista al caso, sin perjuicio de que, como se comentará, lo

penal del exceso en el ejercicio de derechos fundamentales en el caso “Aturem el Parlament”. Comentario a la STC 133/2021, de 24 de junio», *InDret*, (4), 2021.

(55) SAN 31/2014, Fundamento Jurídico 2.1.

(56) SAN 31/2014, Fundamento Jurídico 2.1.

(57) SAN 31/2014, Fundamento Jurídico 2.1.2.

(58) De esta opinión, GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre ponderaciones y penas: a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal) 161/2015, en el caso del asedio al Parlamento de Cataluña», en EL MISMO/CUERDA ARNAU, M. L., (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 188. Si bien GARCÍA AMADO se ha erigido en uno de los críticos más reputados del método ponderativo (crítica que también formula en el trabajo citado), tampoco considera correcto el juicio de subsunción realizado por la Audiencia Nacional en este caso, del que dice que «no desentona del tipo de enigmáticas metafísicas que impregnan la actual jurisprudencia de tantos tribunales, incluidos los penales» (p. 194).

resuelve erróneamente entendiendo aplicable el artículo 20.7 CP por la previsión del efecto desaliento que habría generado la condena.

Casando la sentencia de la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo sostuvo que debió haberse ponderado el derecho de manifestación (21 CE) y el derecho de participación política (23 CE). A su juicio, la acción de protesta habría afectado al derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de los representantes escogidos, otra dimensión del derecho de participación, junto al derecho al acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad. El ejercicio de la libertad de expresión y el derecho de reunión, expone el Tribunal Supremo, «no pueden operar como elementos neutralizantes de otros derechos y principios indispensables para la vigencia del sistema constitucional». La Audiencia Nacional habría llegado a «banalizar el significado de los principios y valores sobre los que se asienta el sistema democrático», relativizando el significado jurídico de lo ocurrido ante el Parlamento. En definitiva, considera el Tribunal Supremo que en el ejercicio de ponderación que, presuntamente, habría realizado la Audiencia Nacional habría estado ausente toda consideración a los principios de la libertad y el pluralismo político, proclamados en el artículo 1 de la Constitución, por lo que su resultado no fue correcto(59). Nada más expuso el Tribunal Supremo a fin de realizar esa presunta ponderación de derechos, y es que ni siquiera tomó en consideración el contexto sociopolítico que había propiciado la acción de protesta(60), que había llevado a la Audiencia Nacional a absolver a los acusados. Además de lo antedicho, el Tribunal Supremo mantuvo que los manifestantes habrían perseguido «atacar las raíces mismas del sistema democrático»(61), por lo que difícilmente puede entenderse que asumiera que la conducta de los acusados se encontraba dentro del ámbito de protección del derecho de manifestación, a pesar de que lo incluya en la ponderación. Ésta presupone, precisamente, que estemos ante el ejercicio de dos derechos que colisionan, por lo que, si una de las partes, en realidad, no está ejerciendo un derecho, sino alegando su ejercicio como mero pretexto, no puede realizarse ponderación alguna. Así es como entiende, en definitiva, el Tribunal Supremo la conducta de los manifestantes, como un abuso de derecho, esto es, un ejercicio aparente del derecho

(59) STS 161/2015, Fundamento Jurídico 5. C).

(60) El contexto de crisis económica y de representación política (desafección generalizada) en que se produjo la protesta, el hecho de que se protestaba contra medidas que implicaban la reducción del gasto social o que éstas no habían sido incluidas en los programas políticos que la ciudadanía había podido tener en cuenta al votar,

(61) STS 161/2015, Fundamento Jurídico 5. G).

de manifestación que, verdaderamente, es contrario a los principios que inspiran su configuración(62). En tales casos, incluso desde el punto de vista de quien sigue el modelo conflictivista, no estamos frente a un conflicto entre dos derechos, donde se produce una tensión externa entre el ámbito de protección de ambos, sino que la tensión es interna, puesto que se trata del contenido y límites del derecho(63). Por último, el Tribunal Constitucional confirmó el criterio del Tribunal Supremo. En primer lugar, hizo explícito que la conducta enjuiciada no se encontraba «dentro del ámbito objetivo de protección» del derecho de manifestación(64). Pese a esta última consideración, mantuvo que la Audiencia Nacional debió haber confrontado los derechos de reunión y de participación política en un juicio de ponderación, por lo que incurre en la misma incongruencia que el Tribunal Supremo.

Los pronunciamientos referidos de Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional muestran, con claridad, que el método de la ponderación, en el marco de un caso con relevancia jurídico-penal, no resulta adecuado(65). A tenor de lo expuesto, parece favorecer el dictado de sentencias que, en lugar de seguir un método que pretende ofrecer seguridad jurídica con su alto grado de formalidad, recurren a la metáfora del peso para acabar realizando una jerarquización en abstracto de los derechos sin tomar en consideración las circunstancias concretas del caso (en el caso comentado, claramente, su contexto sociopolítico) y sin explicitar los principios últimos a los que recurren en su argumentación. Dicho lo anterior, ciertamente no puede realizarse una crítica al método de la ponderación solamente por su incorrecta aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales (sin perjuicio de que este uso sea, precisamente, un indicador de su falta de capacidad de rendimiento, como parece ocurrir en este caso). Sin embargo, tampoco un uso riguroso del método ponderativo llevaría a mejores resultados. Alexy, el mayor exponente del método ponderativo, propuso solventar la ponderación de principios que colisionan con arreglo a tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las car-

(62) Sobre la aplicación del concepto de abuso de derecho al ámbito de los derechos fundamentales, véase MUÑOZ ARANGUREN, A., *op. cit.*, pp. 35-48.

(63) MUÑOZ ARANGUREN, A., *op. cit.*, pp. 40-41. A su juicio, «en la ponderación nos encontramos ante un escenario que se asemeja al de los círculos secantes, mientras que en el abuso al de los concéntricos».

(64) STC 133/2021, Fundamento Jurídico 5. D).

(65) Para una crítica a la falta de rigor con la que, a su juicio, ha utilizado el método ponderativo el Tribunal Constitucional, véase PRESNO LINERA, M. A., «Una crítica al uso de la teoría de la ponderación en los conflictos (aparentes) entre derechos fundamentales», en *Liber amicorum. Homenaje al profesor Luis Martínez Roldán*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2016, pp. 575-587.

gas de argumentación(66). La ley de la ponderación consiste en asumir que cuanto mayor sea el grado de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser el grado de satisfacción del otro. A fin de aplicarla, pues, deben definirse sus elementos (grado de afectación de un principio e importancia de la satisfacción del otro) y concluir si la importancia de la satisfacción de uno de ellos justifica la afectación del otro. El grado de afectación de los principios debe determinarse según una escala de tres niveles. Así, aquél puede ser leve, medio o intenso. La determinación de éste deberá corregirse conforme al grado de certeza empírica de la afectación del derecho. Por ejemplo, en el caso que ha servido de ejemplo, podría considerarse intensa la afectación del derecho a manifestarse si existe certeza de que el malestar por los recortes sociales no se habría tenido en cuenta en la votación de los presupuestos de no haberse realizado la acción de protesta(67). Tras este paso, debe tomarse en consideración el «peso abstracto» de los principios relevantes con arreglo a su valoración social(68). Tras la determinación de los anteriores elementos, debe aplicarse, a juicio de Alexy, la fórmula del peso, que consiste en asignar un valor numérico a cada una de las tres variables y extraer el cociente resultante de la relación entre la afectación de uno de los principios y la satisfacción del otro(69).

Este método, como puede observarse atendiendo a su estructura, establece relaciones de precedencia condicionada entre los principios en colisión atendiendo a la existencia de una determinada relación de proporcionalidad entre la afectación de un principio y la satisfacción

(66) ALEXY, R., *op. cit.*, pp. 87 ss. Un resumen del modelo ponderativo de ALEXY puede verse, entre otros, en BERNAL PULIDO, C., *op. cit.*, 2003, pp. 225-238; También, en FERNÁNDEZ NÚÑEZ, M., «La ponderación: análisis de la situación del debate en España», *Doxa*, (40), 2017, pp. 364 ss.; con mayor amplitud, sobre el método ponderativo y, también, en particular sobre la tesis de ALEXY, véase MORESO, J. J., *op. cit.*, 2009, pp. 267-280, 309-319.

(67) BERNAL PULIDO, haciendo referencia al caso de los padres que, por motivos religiosos, no llevan a su hijo al hospital para que reciba un tratamiento proscrito según sus creencias, afirma, a fin de ejemplificar esta variable, que el grado de afectación del derecho a la vida del menor sería intenso si existe certeza de que perderá la vida si no se le ingresa en el hospital. Cfr. BERNAL PULIDO, C., *op. cit.*, 2003, p. 229.

(68) Como apunta BERNAL PULIDO, en este paso podría, por ejemplo, afirmarse que la protección de la vida tiene un mayor peso que la protección de la libertad, por cuanto la primera es presupuesto de la segunda. Cfr. BERNAL PULIDO, C., *op. cit.*, 2003, p. 228.

(69) Por último, de darse un empate entre los valores resultantes de la aplicación de la fórmula del peso, se desempataría mediante la consideración de las «cargas de argumentación», que en *Teoría de los derechos fundamentales* habría consistido en atender al principio *in dubio pro libertate*. Cfr. FERNÁNDEZ NÚÑEZ, *op. cit.*, 2017, p. 365.

del principio con el que colisiona(70). El principal problema de este planteamiento, como ya se ha expuesto, es que toma como punto de partida la existencia del ejercicio de un derecho como paso previo a declarar su (i)legitimidad. Esto implica despojar al ejercicio de un derecho de la afirmación de una posición jurídica efectiva. Que un sujeto ejerza un derecho, pues, no implica deber alguno para terceros, y es que, desde este punto de vista, el ejercicio de ese derecho puede ser antijurídico si no prevalece en la ponderación. Esto no constituye un problema únicamente por la confusión que puede generar (que desatiende la necesidad de formular normas de conducta inequívocas), sino porque reduce los derechos a meros intereses a maximizar. Asimismo, puede objetarse a esta posición el que no se comprometa con la explicitación de las razones o principios de los que se parte para siquiera iniciar la discusión sobre la existencia de un derecho que merece protección por parte del ordenamiento jurídico, con lo que se torna difícil un control racional de la atribución de derechos.

4. La especificación ante la colisión de pretensiones de ejercer un derecho

La concepción de los derechos antagónica a la que sostiene el método ponderativo ofrece una mejor solución a los casos de los que se ocupa este trabajo. El especificacionismo, como se ha apuntado ya, niega que pueda hablarse de derechos que no otorgan una posición normativa (como los derechos *prima facie*). Un derecho solo puede ser absoluto (que no ilimitado)(71), por cuanto únicamente éste puede oponerse a terceros. No obstante, el carácter absoluto se lo otorga el haber deliberado, antes, sobre quién puede ejercer el derecho en cues-

(70) Destacando que el método ponderativo defendido por ALEXY daría lugar a un último momento subsuntivo, pese a acabar concluyendo que dicho método no puede escapar del particularismo, MORESO, J. J., *op. cit.*, 2009, p. 279: «las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente. Esto es lo que ALEXY llama un tipo de normas de derecho fundamental *adscriptas* [...] en las cuales “puede ser *subsumido* el caso”». Por otro lado, destacando que a la ponderación entre principios en conflicto le precede «una (doble) subsunción previa, pues sólo así puede determinarse que ambos principios resultan relevantes en el caso a decidir», MARTÍNEZ ZORRILLA, D., «Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (86), 2009, p. 122. Esto implica, necesariamente, que desde el punto de vista ponderativista, los derechos sean independientes, al menos *prima facie*, del contexto (cfr. WEBBER, G., *op. cit.*, 2009, p. 120).

(71) WEBBER, G., *op. cit.*, 2009, pp. 125, 142.

tión en el caso concreto(72). No podría hablarse, pues, de colisiones de derechos, sino de colisiones de pretensiones de ejercer un derecho(73). Los derechos, pues, tendrían un ámbito de protección que solo se concretaría con arreglo a las circunstancias del caso concreto, atendiendo, asimismo, a parámetros valorativos, que, además, permitirán un control racional de la solución del caso(74). A ese respecto

(72) Sobre el proceso de especificación de los derechos, sobre la base de las tesis de FINNIS a este respecto, véase WEBBER, G., *op. cit.*, 2009, pp. 135 ss.

(73) Utilizando esta denominación VELASCO, M., «Conflictos entre derechos y ponderación. Por qué los jueces no deberían abandonar la perspectiva deontológica», *Doxa*, (39), 2016, p. 315. No debe confundirse la terminología escogida con la pretensión (*claim*) que emplea HOHFELD como una de las categorías de derechos subjetivos, que refiere la «capacidad o habilitación normativa para exigir [...] que algo se nos haga o no se nos haga». Cfr., sobre la definición de esta clase de derecho hohfeldiano, GARCÍA AMADO, J. A., *op. cit.*, 2021, p. 18.

(74) En realidad, la idea de la especificación de los derechos puede remontarse al concepto tomista de la *determinatio* (cfr. STO. TOMÁS DE AQUINO, Suma Teológica, Parte I-II, Cuestión 95, Artículo 2). Agradezco la referencia a dicha vinculación al Prof. Silva Sánchez. Definida por FINNIS con referencias a la Suma Teológica, consistiría en especificar el contenido de las normas atendiendo a su conexión con principios permanentes relativos a la cuestión concreta de que se trate y a los sujetos afectados. Cfr. FINNIS, J., *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 266 ss. Similar, en FINNIS, J., *Natural Law & Natural Rights*, 2.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 284 ss. Una revisión del concepto de *determinatio*, en CONTRERAS AGUIRRE, S. A., «Ley natural, *determinatio* y derecho positivo. Lo indiferente y las determinaciones del legislador», *Veritas*, (25), 2011, pp. 39-54; EL MISMO, «Sobre la doctrina tomista de la “*determinatio*” y su recepción por la escolástica española», *Temas medievales*, (19), 2011, pp. 49-78. Según refiere este autor, en la doctrina tomista encontraríamos, en un primer nivel, «las normas que se derivan de los principios comunes de la ley natural por vía de *conclusión*». En un segundo nivel, en cambio, estarían las normas «que se derivan por vía de *determinación*» (p. 51). Estas últimas no se deducirían de «lo justo natural» (p. 52), sino que cabría optar por diversas formas de determinar el contenido de la norma, de acuerdo con «la mutabilidad de la naturaleza humana» y con «las diversas condiciones de los hombres y de las cosas, según la diversidad de lugares y tiempos», siempre que se opere «dentro de los márgenes de la razonabilidad práctica y sin que ello contravenga lo dispuesto por la justicia natural» (p. 56). Estas normas, pues, no derivan *necesariamente* de un precepto natural, por cuanto no se trataría, en tal caso, de la ley positiva, sino de la ley natural, y estaría su origen en la propia naturaleza humana y no en la voluntad del hombre (p. 59). No obstante, y en este punto el autor se apoya en FINNIS, la *determinatio* no puede ser producto de la mera arbitrariedad, sino que debe ser guiada por «reglas y principios morales», que no serían otros que «los principios y reglas de la justicia natural» (p. 60). Lo antedicho daría cuenta de que un derecho como el de manifestación puede ser regulado de muy diversos modos, atendiendo a las circunstancias concretas de cada Estado. No obstante, tendría que recurrirse a consideraciones sobre la naturaleza humana (como, entre otras, la relativa al carácter dependiente [social] del ser humano) que sirvieran de premisa para la construcción de una teoría del Estado coherente con aquella (por ejemplo, una que previera como sus funciones esenciales, el proveer de paz y seguridad frente a los conflictos y la promoción

resulta muy esclarecedora la opinión de Finnis, en referencia a los derechos humanos. A su juicio, el proceso de especificación de los derechos debe partir de la asunción de algún metacriterio (entre los que menciona la concepción del bien o de la vida comunitaria). Atendiendo a éste, debe especificarse el contenido de los derechos con arreglo a su carácter relacional (entiende que no es posible haciendo abstracción de la interacción entre individuos) y considerando los casos paradigmáticos que arrojan claridad sobre su contenido esencial(75), sin ánimo de que las conclusiones que se extraigan resulten infalibles e impidan su reconsideración mediante el recurso a parámetros de racionalidad(76).

Ciertamente, lo antedicho no es únicamente relevante para el ámbito jurídico del Derecho penal, por cuanto se trata de consideraciones de filosofía jurídica que tendrán, en primer lugar, repercusión en el ámbito del Derecho constitucional. La especificación del derecho ejercido ofrecerá, con detalle, cuál es el ámbito de protección definitivo de éste en el caso concreto (y con arreglo a qué principios se ha configurado), que, además, permitirá determinar qué conductas constituyen un exceso y en qué medida. Esto último, a su vez, hará posible, una vez declarada la infracción de la norma de conducta (por no tratarse del ejercicio legítimo de un derecho)(77), analizar el caso

del desarrollo de las relaciones y las capacidades humanas). A su vez, ésta serviría de base para determinar en qué medida es necesario que todo ser humano pueda participar del gobierno común y de qué forma debe poder participarse.

(75) En este punto resulta patente la utilidad de la variante de especificacionismo que defiende MORESO (véase, al respecto, la núm. 39).

(76) FINNIS, J., *op. cit.*, 1998, pp. 266 ss. Similar, en FINNIS, J., *op. cit.*, 2011, p. 219.

(77) En el marco de la norma de conducta, también se ha propuesto que las acciones de protesta relativas a ciertas cuestiones de interés general que presentan una particular urgencia puedan justificarse por estado de necesidad. Cfr. BÖNTE, M., «Ziviler Ungehorsam im Klimanotstand», *HRRS*, (4), 2021. Se manifiesta el autor a favor de la justificación, dando cuenta de que la acción de desobediencia civil no vulnera el principio de la mayoría, puesto que su objetivo es atraer la atención a un problema de interés general. Asimismo, se reclama que en el juicio de ponderación se tenga en cuenta que la posibilidad de que los intereses de los que toman parte en la acción de desobediencia obtengan protección jurídica en muchos casos es remota o, al menos, se dilata en exceso temporalmente. El estado de necesidad en relación con estos supuestos podría tratar de configurarse como un estado de necesidad agresivo basado en la solidaridad intersubjetiva. En el ámbito de las acciones de protesta, el principio de solidaridad puede conectarse con la idea de igualdad política en el sentido en que la ha caracterizado la tradición del republicanismo. Para ésta, la libertad no es concebida en exclusiva atención al individuo, como una libertad negativa basada en la exclusión de la interferencia de terceros. La libertad, desde el punto de vista de dicha tradición, tiene como base el aseguramiento de las precondiciones institucionales que permiten la independencia (o la no-dominación, en términos de PETTIT) del individuo,

con arreglo a criterios específicamente jurídico-penales. El merecimiento y la necesidad de pena serán empleados como criterios determinantes de la aplicación o no de la norma de sanción, partiendo de la previa especificación del ámbito definitivo de protección del derecho fundamental en el caso concreto. Por el contrario, el modelo conflictivista de los derechos no ofrece una solución adecuada a los casos de exceso en el ejercicio de un derecho fundamental, que han tenido gran repercusión últimamente en nuestro país, como se verá.

III. LOS CASOS JURÍDICO-PENALMENTE RELEVANTES DE EXCESO EN EL EJERCICIO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL

Lo expuesto hasta aquí muestra que es posible entender justificada una conducta típica por el ejercicio de un derecho fundamental y que esto es sistemáticamente coherente con independencia de la teoría de los derechos por la que se opte. Sin embargo, se ha tratado de mostrar que esta elección es decisiva para la determinación definitiva del contorno de los derechos y los deberes correlativos. Seguidamente, se expondrá cómo la teoría de los derechos de la que se parta repercute, asimismo, en la solución de los casos en que el sujeto incurre en un exceso en el ejercicio de un derecho fundamental. Siendo así, debe aclararse, en primer lugar, a qué supuestos se está haciendo referencia y por qué la solución planteada para los casos de ejercicio de un derecho puede ser útil, también, en el ámbito de los casos donde se produce un exceso que excluye la justificación.

1. Clasificación de los supuestos relativos al ejercicio jurídico-penalmente relevante de un derecho fundamental

El Código Penal español, a través de la previsión de los artículos 20.7 y 21.1 CP, da cuenta de la existencia de, al menos, tres grupos de casos (de conductas jurídico-penalmente relevantes) en relación con el ejercicio de un derecho, a saber: 1) casos en los que la conducta

esto es, una tarea necesariamente colectiva y que se fundamenta en un entendimiento de la solidaridad como reconocimiento del otro como igual. Sobre el concepto de libertad en el republicanismo moderno, cfr. MÜNKLER, H./STRASSENBERGER, G., *Politische Theorie und Ideengeschichte. Eine Einführung*, 2.^a ed., C. H. Beck, Múnich, 2020, p. 239; LLANQUE, M., «Republikanismus», en FUCHS, D/ROLLER, E. (eds.), *Lexikon Politik. Hundert Grundbegriffe*, Reclam, Leipzig, 2009, pp. 260-263; COHEN, E. F./GOSH, C., *Citizenship*, Polity Press, Cambridge, 2019, p. 81.

constituye el ejercicio legítimo de un derecho (aplicación del artículo 20.7 CP); 2) casos en los que la conducta incurre en un exceso en el ejercicio de un derecho, estando ausente un elemento *no esencial* de la eximente (aplicación del artículo 21.1 CP en relación con el artículo 20.7 CP); 3) casos en los que la conducta no constituye el ejercicio de un derecho, por lo que el 20.7 CP no puede aplicarse, ni siquiera como eximente incompleta (ausencia de un elemento *esencial* de la eximente). Las disposiciones del Código Penal trazan, pues, una línea que, en el caso del ejercicio de derechos fundamentales como eximente, iría desde la conducta excluida de su ámbito de protección hasta la conducta constitutiva de un ejercicio legítimo, pasando por una zona intermedia donde se encontrarían los casos de exceso en el ejercicio de un derecho. Esta clasificación, deducida de nuestro catálogo de eximentes y atenuantes, es similar a la que ha referido nuestra jurisprudencia constitucional en diversas ocasiones. Cumple destacar, de entre sus pronunciamientos, el relativo al caso «Aturem el Parlament», presentado *ut supra*(78). El Tribunal Constitucional afirma en su sentencia 133/2021 que, en relación con el ejercicio de derechos fundamentales, la conducta típica puede constituir «un ejercicio regular del derecho fundamental», con lo que no resultaría «constitucionalmente legítima la imposición de una sanción penal, aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera conforme a su tenor literal»(79). Por otro lado, la conducta puede incurrir en un exceso «en el ejercicio de un derecho fundamental», sin que aquél alcance a «desnaturalizarlo o desfigurarlo». En estos supuestos considera el tribunal que, de apreciarse «inequívocamente que el acto se encuadra en su contenido y finalidad y, por tanto, en la razón de ser de su consagración constitucional [...], la sanción penal supondría una vulneración del derecho, al implicar un sacrificio desproporcionado e innecesario de los derechos fundamentales en juego que podría tener un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio»(80). Es importante destacar, respecto de este segundo grupo, que el Tribunal Constitucional advierte de que la exención de pena (a cuya naturaleza se hará referencia después) no implica que el exceso no pueda comportar «otras consecuencias», en evidente referencia al resto de ámbitos jurídicos en el marco de los que podría imponerse algún tipo de sanción al sujeto activo. Por último, la conducta podría constituir «un aparente ejercicio de un derecho fundamental», en tanto en cuanto «desnaturaliza el ejercicio del derecho y se sitúa objetivamente, al margen del

(78) Un resumen de los antecedentes en núm. 54.

(79) STC 133/2021, Fundamentos Jurídicos, 7.2.1.b).1. (iii).

(80) STC 133/2021, Fundamentos Jurídicos, 7.2.1.b).2. (i).

contenido propio del mismo y, por ello, en su caso, en el ámbito de lo potencialmente punible»(81). En otras palabras, se trataría de un abuso de derecho(82).

1.1 EL DENOMINADO «EFECTO DESALIENTO»

Ciertamente, el Tribunal Constitucional no hace explícita referencia a la posibilidad de atenuar la pena por una disminución del injusto en el caso de incurrirse en un exceso en el ejercicio de un derecho fundamental. Sin embargo, quienes se han ocupado de la capacidad de rendimiento de la doctrina del efecto desaliento en estos supuestos no han tenido problema alguno en entender que una forma de tenerla en cuenta puede ser la aplicación de la eximente incompleta de ejercicio legítimo de un derecho (21.1 CP en relación con el 20.7 CP)(83). No puede, pues, descartarse que el Tribunal Constitucional aceptara dicha solución. No obstante, esta solución debe tomarse con reservas(84). La doctrina del efecto desaliento (*chilling effect*), como recuerda Cuerda Arnau, tiene su origen en la jurisprudencia constitucional americana, que se sirvió de ella para enjuiciar la constitucionalidad de normas que preveían sanciones que podían desalentar el ejercicio de derechos fundamentales, por cuanto su alcance resultaba impreciso, «por su excesiva amplitud (*overbreadth*) o por la vaguedad (*vagueness*) con que aparece definido»(85). Atendiendo a su origen, pareciera que la opinión de quienes, como Huerta Tocildo, circunscriben su consideración al ámbito del principio de legalidad (respecto de la suficiente determinación de los tipos penales)(86) sería más correcta. Sin embargo, la razón de ser, en origen, de la referida doctrina no

(81) STC 133/2021, Fundamentos Jurídicos, 7.2.1.b).3.

(82) Sobre la aplicación del concepto de abuso de derecho al ámbito de los derechos fundamentales, véase MUÑOZ ARANGUREN, A., «Abuso del derecho y ponderación de derechos», *Doxa*, (41), 2018, pp. 35-48. Desde un punto de vista especificacionista no cabría, sin embargo, hablar de un *abuso de derecho*, por cuanto en dicha expresión está implícita la posibilidad de ejercer un derecho de forma ilegítima, posibilidad que el especificacionismo niega.

(83) COLOMER BEA, D., «La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», *CEFD*, (41), 2019, p. 105; GONZÁLEZ COLLANTES, T., «El poder punitivo ante el ejercicio, los excesos y la desnaturalización del derecho de reunión y manifestación (a propósito de las acciones de Tsunami Democràtic)», *Revista General de Derecho penal*, (33), 2020, p. 12.

(84) En el sentido de lo que aquí se expone, FERNÁNDEZ PERALES, F., *op. cit.*

(85) CUERDA ARNAU, M. L., *op. cit.*, pp. 13-14.

(86) CUERDA ARNAU, M. L., *op. cit.*, p. 25, en referencia a HUERTA TOCILDO, S., «Principio de legalidad y normas sancionadoras», *El principio de legalidad: actas de las V Jornadas de la Asociación Letrados del Tribunal Constitucional*, 2000, p. 69.

obsta para que se tome en consideración que la imposición de penas desproporcionadas también puede generar un efecto desaliento(87). No resulta irrazonable que, ante la imprevisible severidad de las penas impuestas en el caso de conductas próximas al ejercicio de derechos fundamentales, se experimente una disminución en su ejercicio. El problema, en realidad, no está en la verosimilitud de los perjuicios que refieren los defensores de esta doctrina, ni en la posibilidad de que su toma en consideración pueda llevar a una atenuación de la pena o, incluso, a su exclusión, sino en su configuración dogmática. De lo aducido por sus defensores se desprende que no sería el efecto desaliento *per se* el que fundamentaría la exclusión o reducción de la intensidad de la intervención penal. Ciertamente, dicho efecto podría esperarse, también, de la sanción penal de conductas que, verdaderamente, no están tan próximas al ejercicio legítimo del derecho fundamental, sino que son un mero ejercicio aparente de éste (aunque en menor medida, cabría señalar)(88). Si fuera, pues, meramente la posibilidad del efecto desaliento lo que fundamenta la exclusión de la intervención penal, que la conducta en cuestión fuera claramente merecedora de pena no sería decisivo si todavía pudiera esperarse que la sanción penal producirá dicho efecto. Es, en realidad, la proximidad de la conducta al ejercicio legítimo de un derecho fundamental lo que reducirá, en todo caso, el merecimiento de pena. Expresión de lo antedicho es, en realidad, la posibilidad de aplicar la eximente incompleta del artículo 21.1 CP en relación con el artículo 20.7 CP en los supuestos de exceso en el ejercicio del derecho fundamental. Ciertamente, si el efecto desaliento solo fuera esperable de la sanción penal de conductas próximas al ejercicio legítimo de un derecho, correspondería aplicar, primero, la reducción de pena prevista para la eximente incompleta (art. 68 CP) y, después, la reducción de pena que correspondiera para evitar dicho efecto, pero esto último requiere que se aclare su naturaleza y se concrete por qué razón su concurrencia debería reducir la pena a imponer (y cuál es su base legal).

(87) Así lo viene entendiendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Con referencias a su jurisprudencia al respecto, COLOMER BEA, D., *op. cit.*, pp. 98-116.

(88) Que la sanción penal produzca dicho efecto depende, en gran medida, del modo en que traten la información relativa a aquella los medios de comunicación y de la relación de los potenciales manifestantes con las instituciones (sobre todo, de la opinión que estas les merezcan). La dificultad para establecer el contenido y los límites de un derecho fundamental como el de reunión y manifestación, cuyo ejercicio suele implicar la manifestación de opiniones de carácter político, hace menos verosímil todavía una relación proporcional entre el merecimiento de pena y el efecto desaliento que puede generar la sanción penal.

Las dificultades aparecen, pues, al darle un encaje dogmático riguroso a dicha doctrina, por cuanto el posible efecto desalentador del ejercicio de un derecho fundamental que puede generar la condena de hechos próximos a su ámbito de protección no disminuye, en ningún caso, el merecimiento de pena. El efecto desaliento sí podría llevar, en cambio, a la inaplicación de la norma de sanción por razones de mera utilidad. Ciertamente, si el merecimiento de pena disminuye en tanto en cuanto la conducta se encuentra próxima al ámbito de protección de un derecho fundamental, podría sostenerse una solución excluyente de la punibilidad en el marco de la norma sanción, pero habría que encontrar un asidero legal para dicha solución. Si se propusiera, en cambio, la justificación de la conducta (vía art. 20.7 CP) atendiendo al referido efecto desaliento de la sanción penal, como hizo la Audiencia Nacional en el caso «Aturem el Parlament» comentado antes, se estaría imponiendo a la víctima un deber de tolerancia⁽⁸⁹⁾. Esto

(89) Sobre los deberes de tolerancia que surgen de la concurrencia de algunas causas de justificación, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», *Discusiones*, (7), 2007, pp. 25-29; ROBLES PLANAS, R., *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, BdF, Buenos Aires, 2014, pp. 190 ss.; en general, sobre los deberes de tolerancia correlativos a los derechos de defensa y de necesidad, KÜHL, K., *op. cit.*, 2012, pp. 130, 153; negando que las normas permisivas sirvan de fundamento de derechos de intervención y sus correlativos deberes de tolerancia, MAÑALICH, J. P., «Normas permisivas y deberes de tolerancia», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, (2), 2014, pp. 473-522. Este autor, siguiendo la tesis de VON WRIGHT en *Norm and Action* (1963), entiende que las normas permisivas únicamente dan lugar a derechos a ejecutar la acción permitida si dicha norma «es combinada con a lo menos una norma prohibitiva, a saber: una norma que prohíba a terceros el impedimento de la ejecución de la acción permitida» (p. 496). En términos hohfeldianos, el sujeto activo tendría únicamente un *privilegio* (que EDMUNDSON denomina, ciertamente, *permission*). Cfr. EDMUNDSON, W. A., *op. cit.*, 2012, p. 73), esto es, no tendría un deber de omitir su conducta, pero tampoco un derecho a llevarla a cabo, con el correlativo deber de tolerancia de terceros (p. 497). Ciertamente, que algunas causas de justificación entendidas como normas permisivas fundamenten auténticos derechos con un correlativo deber de tolerancia podría discutirse, aunque aquí se defiende esta posición. Sin embargo, en el caso de la eximente del artículo 20.7 CP el escenario es muy distinto. En este caso se trata de la justificación de la conducta, precisamente, por ejercer un derecho. No resultaría coherente entender que dicha causa de justificación se contiene en una norma permisiva de la que no deriva un auténtico derecho. Siendo así, al ejercicio de un derecho que justifica una conducta típica debe corresponderle un correlativo deber de tolerancia de terceros, que no pueden impedir, legítimamente, el ejercicio del referido derecho. Sobre la configuración de los derechos fundamentales atendiendo a la clasificación de HOHFELD, cfr. CABRA APALATEGUI, J. M., «Sobre la estructura y los límites de los derechos sociales», *Estudios de Deusto*, (1), 2018, pp. 207 ss. Este autor hace referencia al punto de vista de BÖCKENFÖRDE, que entendería que «la identificación del contenido de los derechos fundamentales, esto es, el conjunto de posiciones jurídicas constitucionalmente protegidas» sería dependiente de la teoría de los derechos fundamentales de la

implicaría que, por ejemplo, en el referido caso los diputados que estaban siendo increpados por los manifestantes no podían defenderse oponiendo a estos una actuación en legítima defensa o en estado de necesidad. Asimismo, la detención de algunos de los manifestantes podría haber sido ilícita(90). A este problema se refiere Roxin en relación con las acciones de protesta consistentes en cortes de carretera (*Sitzblockaden*). A su parecer, además de que la justificación de tales conductas constituiría una contradicción en sí misma por parte del Estado(91), en tanto en cuanto declarararía lícito que las decisiones

que partamos (p. 12); muy claro al respecto, definiendo el derecho de reunión y manifestación, entre otros, como un *derecho-libertad*, en los términos de HOHFELD (a este respecto, cfr. HOHFELD, W. N., *Fundamental Legal Conceptions. As Applied in Judicial Reasoning. And Other Legal Essays*, Yale University Press, 1919), y matizando que aquél implica no solo un *no derecho* correlativo sino, también, un *deber de abstención* frente al titular del *derecho-libertad*, GARCÍA AMADO, J. A., «Los derechos: sus clases y relaciones», en EL MISMO/SENDÍN MATEOS (dirs.), *Argumentación jurídica y conflictos de derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 22 ss. En cualquier caso, si pretendiera entenderse el 20.7 CP, por la afectación relevante de un bien jurídico-penal protegido, como una mera norma permisiva que no comporta un deber correlativo de tolerancia, debe destacarse que, al menos en el ámbito de las acciones de protesta que pudieran quedar amparadas por el derecho de reunión y manifestación del artículo 21 CE, el artículo 514.4 CP constituye una norma prohibitiva que impondría a terceros el deber de omitir cualquier conducta que impida el ejercicio del derecho. Por último, podría mantenerse que el deber de omitir el impedimento del ejercicio de un derecho deriva de la norma prohibitiva de las coacciones no justificadas.

(90) *A contrario sensu*, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Protesta», *InDret*, (3), 2019, p. 3; refiriendo la existencia de un deber de tolerancia del Estado respecto de las conductas no prohibidas por razón de la concurrencia de una causa de justificación, EL MISMO, «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», *Discusiones*, (7), 2007, p. 28. Podría no ser ilícita, en cambio, la mera disolución de la manifestación, por cuanto la LO 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, dispone, en su artículo 5, que se «procederá a disolver las reuniones y manifestaciones [...] [c]uando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes».

(91) Esta objeción podría entenderse, a mi parecer, como propia de una perspectiva puramente liberal, que entiende el disenso extrainstitucional como ilegítimo por norma. Algunas variantes modernas del republicanismo, sin embargo, parecerían ofrecer vías de legitimación (en el marco de la teoría política, por lo que habría de fundamentarse ulteriormente con arreglo a criterios jurídicos) de ese tipo de participación política, aun cuando se circunscriben a un ámbito reducido de supuestos que, por lo demás, debe explorarse todavía. Sobre esta posibilidad, VOLK propone lo que denomina «republicanismo del disenso» (*Republikanismus des Dissens*), basado en las tesis de autores como SKINNER o PETTIT, que admitiría el carácter agonal de la política. Este no serviría a la radicalización de los antagonismos, sino al esclarecimiento de las posiciones enfrentadas a fin de alcanzar un estadio de comprensión recíproca. Este proceso deberían asumirlo, a su juicio, las instituciones del Estado, que tendrían que habilitar nuevos canales institucionales para la expresión del disenso. Cfr. VOLK, C., «Zwischen Entpolitisierung und Radikalisierung-Zur Theorie von Demokratie und Politik in Zeiten des Widerstands», *Politische Vierteljahresschrift*, vol. 54, (1), 2013, *passim*.

alcanzadas por la mayoría parlamentaria sean combatidas por minorías que actúan fuera del ámbito del ejercicio de derechos fundamentales, considera que sería inadmisibles que los cuerpos policiales detuvieran a los manifestantes, por cuanto incluso una presunta infracción administrativa de desobediencia estaría justificada(92).

1.2 LA PROXIMIDAD DE LA CONDUCTA AL EJERCICIO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL INJUSTO PENAL

Mayor capacidad de rendimiento, en contraposición con la vía de exención de pena que refiere la jurisprudencia, parecería tener una solución en clave de exclusión del injusto penal. Como se ha referido antes, la configuración legislativa de la eximente del 20.7 CP, incluyendo la eximente incompleta relativa a aquélla, da cuenta de la posibilidad de concluir que una conducta cercana al ejercicio legítimo de un derecho presente una *antijuridicidad penal* atenuada. Esta posibilidad invita a concebir a ésta como un concepto gradual(93). Éste, lejos de negar la unidad del ordenamiento jurídico, asume dicha unidad reconociendo, no obstante, que cada uno de sus ámbitos se orienta a la consecución de sus propios fines, y es que el Derecho penal no sirve a la distinción entre lo prohibido y lo que es conforme a Derecho, sino a la distinción entre la conducta que constituye un injusto merecedor de pena y el resto de formas de conducta antijurídica(94). A este res-

(92) ROXIN, C., «Strafrechtliche Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam», en Albrecht, P. A., (ed.), *Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag*, Heymanns, Colonia, 1993, p. 448: «En caso contrario, no estaría permitido el traslado de los manifestantes, sino que constituiría un ataque ilegítimo que justificaría la legítima defensa».

(93) KERN, E., «Grade der Rechtswidrigkeit», *ZStW*, 1952, pp. 255-291. Tomándolo como referencia a este respecto, GÜNTHER, H. L., «La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal», en Mir Puig, S./Luzón Peña, D. M., (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 58.

(94) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *op. cit.*, 2010, p. 630. Asumiendo la distinción entre antijuridicidad y antijuridicidad penal, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10.^a ed., Reppertor, Barcelona, 2016, p. 149, nm. 9; SCHLEHOFER, «Vorbermerkung zu § 32», *MK-StGB*, 4.^a ed., C. H. Beck, Múnich, 2020, núm. 3; PAEFFGEN, H./ZABEL, B., «Vorbermerkungen zu §§ 32 ff», en KINDHÄUSER, U./NEUMANN, U./PAEFFGEN, H., *Strafgesetzbuch*, 5.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2017, nm. 41; afirmando, con referencias, que es indiscutido hoy en la doctrina que no todo lo que está prohibido constituye un injusto merecedor de pena, RÖNNAU, T., *op. cit.*, nm. 21. Asimismo, con amplias referencias a la parte de la doctrina que rechaza la distinción entre antijuridicidad y antijuridicidad penal, aduciendo que rompe con la unidad del ordenamiento jurídico, véase nm. 23. Con referencias a los partidarios de dicha distinción, véase nm. 24; Asumiendo, también, la referida distinción, aludiendo al caso de

pecto, debe destacarse la tesis de Günther, quien parte de que la unidad del ordenamiento jurídico no impide considerar razones específicas de exclusión del injusto en relación con un ámbito jurídico como el penal(95). Así como el Derecho penal cuenta con una fundamentación del injusto específica de su ámbito, lo mismo tendría que ocurrir con la fundamentación de la exclusión de aquél(96). Deberían contemplarse, pues, a su parecer, causas de exclusión del injusto penal, que llevan a renunciar a la desaprobación penal de la conducta (el merecimiento de pena)(97) sin declarar su licitud general. Esto significa que la conducta todavía puede ser considerada ilícita en el ámbito de otros sectores del ordenamiento, como el administrativo sancionador(98). Con tales premisas, Günther plantea la distinción entre las causas de justificación generales o no genuinas (*unechte Strafunrechtsausschließungsgründe*), que excluyen la antijuridicidad general de la conducta, y las causas de exclusión de injusto penal o causas de justificación genuinas (*echte Strafunrechtsausschließungsgründe*)(99). Entre estas últimas incluye, precisamente, la conducta

la comisión de un ilícito disciplinario por un funcionario público, JAKOBS, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, De Gruyter, Berlín, 1991, p. 352, nm. 5-6.

(95) GÜNTHER, H. L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Heymanns, Colonia, 1983, p. 253. Señala el autor que incluso los fundadores de la doctrina del concepto unitario de antijuridicidad, FISCHER y ZITELMANN, consideraban admisibles las causas de exclusión de la ilicitud específicas de un ámbito jurídico; En este sentido se pronuncia, también, LARRAURI PIJOAN, E., *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*, 1997, pp. 69-70; En contra de la propuesta de GÜNTHER, por considerar que los supuestos a los que se refiere podrían solucionarse «perfectamente a través de una interpretación teleológica restrictiva de los elementos de la justificación, del mismo modo que ya sucede en los tipos penales». DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal», en MIR PUIG, S./LUZÓN PEÑA, D. M., (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 124.

(96) GÜNTHER, H. L., *op. cit.*, 1983, p. 254; de acuerdo, PERRON, «Principios estructurales de la justificación en los Derechos penales español y alemán», en MIR PUIG, S./LUZÓN PEÑA, D. M., (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, 1995, p. 77.

(97) Entendiendo el merecimiento de pena como la forma jurídico-penal del principio constitucional de proporcionalidad, GÜNTHER, H. L., *op. cit.*, 1983, pp. 235 ss.; sobre esta cuestión, véase LAGODNY, O., *op. cit.*, pp. 43 ss.

(98) GÜNTHER, H. L., *op. cit.*, 1983, p. 256.

(99) GÜNTHER, H. L., *op. cit.*, 1983, pp. 257-260. Las primeras se basarían en razones justificantes metajurídicas y, al declarar lícita para todos los ámbitos jurídicos la conducta, contarían con requisitos demasiado estrictos, por lo que podrían sancionarse penalmente conductas ilícitas que, no obstante, no son merecedoras de pena. Las segundas, que serían necesarias por razón de lo antedicho, se orientarían al cumplimiento de los fines del Derecho penal. En el mismo sentido, GÜNTHER, H. L.,

próxima al ejercicio de un derecho fundamental. A su juicio, cuando el sujeto sobrepasa los límites de una autorización con rango constitucional o ejerce con demasiada intensidad un derecho de intervención, si bien se mantiene la antijuridicidad general de la conducta, puede descartarse su desaprobación penal(100). Habría, pues, como apuntó Reichert-Hammer, una zona intermedia entre el ejercicio del derecho de intervención más intenso que prevé el ordenamiento (refiriéndose a los derechos fundamentales) y la realización de la conducta que debe ser desaprobada por el Derecho penal, donde tendría su lugar la causa de exclusión del injusto penal de la conducta próxima a un derecho fundamental (*Strafverwehrensgrund des grundrechtsnahen Verhaltens*)(101).

Desde esta perspectiva, resultaría razonable plantear, como ha hecho Silva Sánchez, que la concurrencia parcial de una causa de justificación, al disminuir significativamente el injusto, puede hacerlo insignificante para el Derecho penal(102), esto es, no merecedor de pena. A propósito de la sanción penal, en Alemania, de las conductas de *Containern*(103), Silva Sánchez propone acudir a la «infraestudiada categoría de las causas de exclusión del injusto penal –o del injusto punible–», que pueden descartar la intervención del Derecho

«Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», en SEEBODE, M. (ed.), *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, De Gruyter, Berlín, 1992, pp. 189-201. También, REICHERT-HAMMER, H., *op. cit.*, pp. 276 ss.; criticando esta denominación ideada por GÜNTHER y proponiendo, como más apropiada, la de «Strafwürdigkeitsausschlußgrund» (causa de exclusión del merecimiento de pena), LAGODNY, O., *op. cit.*, 1996, p. 46.

(100) GÜNTHER, H. L., *op. cit.*, pp. 199-201. En concreto, sobre la aplicación del § 240.2 StGB, que tipifica las coacciones cuando el uso de la fuerza o la amenaza de un mal para conseguir el fin perseguido resulte reprochable, GÜNTHER, H. L., «Verwerflichkeit von Nötigungen trotz Rechtfertigungsnähe? Zugleich ein Beitrag zur Sitzblockadeproblematik», en ARZT et al. (eds.), *Festschrift für Jürgen Baumann*, Giesekeing, Bielefeld, 1992, pp. 213-226.

(101) REICHERT-HAMMER, H., *op. cit.*, p. 279, poniendo como ejemplo, en núm. 78, la manifestación que provoca una obstrucción que se dilata en el tiempo de forma excesiva.

(102) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *op. cit.*, 2010, p. 655, valorando positivamente la tesis de GÜNTHER sobre la exclusión del injusto penal en el sentido apuntado.

(103) Estas consisten en el apoderamiento de productos alimenticios desechados por los supermercados por superar la fecha de caducidad o encontrarse deteriorados. El Juzgado penal de Fürstfeldbruck, en sentencia de 30 de enero de 2019, condenó por un delito de hurto a dos activistas que se apoderaron de productos caducados, desestimando el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria el Tribunal Superior de Baviera en sentencia posteriormente confirmada por el Tribunal Constitucional alemán. Sobre este proceso penal y sobre la problemática jurídico-penal del fenómeno del *containern*, véase SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El hurto de alimentos caducados ante el Bundestag», *InDret*, (2), 2021.

penal en caso de conductas que, si bien son típicas y antijurídicas, «carecen de merecimiento (conmutativo) y de necesidad abstracta de pena». Como el propio autor apuntaba, estas conductas han sido llevadas a cabo, en ocasiones, por «activistas contra el desperdicio de alimentos», por lo que, a su juicio, podría pensarse en el ejercicio de «alguna forma de derecho de protesta»(104). En la línea de lo referido, pues, no cuesta imaginar que en tales casos resulta razonable la exclusión del injusto penal por la proximidad de la conducta al ejercicio de un derecho fundamental, que en este caso podría ser el derecho de manifestación en forma de acto simbólico que comunica, por un lado, el rechazo de la criminalización de las conductas de *Containern* (comunicación vertical, dirigida al Estado) y, por el otro, el rechazo hacia la habitual práctica de desperdicio de alimentos (comunicación horizontal, dirigida a los conciudadanos)(105). También Robles Planas ha planteado la necesidad de reconocer la posibilidad de una exclusión del injusto penal que se diferencie de la justificación general de la conducta. Así, entiende que, en la línea de quienes han «manifestado la necesidad de filtrar del concepto de injusto penal ciertos supuestos en los que no podría afirmarse que la conducta fuera conforme a Derecho», quedaría «un espacio para la no prohibición penal que no tendría que ver con la idea de exculpación y sí con la ausencia de desvalor específico requerido para todo injusto penal»(106).

(104) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *op. cit.*, 2021, p. 8.

(105) Sobre el carácter esencialmente comunicativo de las acciones de protesta y sus características se pronuncia, ampliamente, PROSS. Tres serían sus características nucleares: 1) Es una respuesta en contradicción con una comunicación anterior que se dirige al autor de esta última y a un público como tercera instancia, al que pretende unir a su oposición; 2) El tema de la protesta une a los tres sujetos referidos, puesto que les concierne a todos; 3) La acción de protesta reconoce, aunque indirectamente, las posiciones a las que se opone o a las instituciones a las que dirige su comunicación de oposición. Cfr. VIRGL, C., *Protest in der Weltgesellschaft*, Springer, Wiesbaden, 2011, pp. 26-29, que, de acuerdo con PROSS, define la acción de protesta como la acción que describe «dass man gegen eine abzusehende Entscheidung, Handlungskonsequenz oder dergleichen eingestellt ist und dies auch in irgendeiner Form kommuniziert». Entendiendo la protesta, cuando ocurre en público, como un proceso de «triangular communication», RUCHT, D., «The Spread of Protest Politics», en Dalton, R/Klingemann, H. D., (eds.), *The Oxford Handbook of Political Behavior*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 709. Asimismo, exponiendo que los ciudadanos que protestan pretenden «realizar un acto comunicativo», al hilo de las reflexiones de HABERMAS sobre la desobediencia civil, véase GARCÍA RUIZ, A., «Protesta democrática», *Eunomía*, (15), 2018, p. 216.

(106) ROBLES PLANAS, R., *op. cit.*, 2014, pp. 194-195. A su juicio, esta opción resultaría forzosa para quienes conciben el injusto «de manera “ideal”, esto es, como lesión del Derecho en cuanto Derecho, como injusto cualificado por la negación del Derecho», en tanto en cuanto la conducta del ciudadano no se manifiesta como una deslealtad al Derecho. Expresando, de todos modos, sus dudas sobre el fundamento

Sin embargo, resulta de suma importancia la repercusión que puede tener la apreciación de causas de exclusión del injusto para los afectados por la conducta. En la propuesta de Günther, la víctima no tiene un deber de tolerancia, sino que puede ejercer incluso la legítima defensa(107). Ciertamente, asignar un deber de tolerancia a los afectados no atendería a la efectiva perturbación de sus derechos que implica el haber traspasado los límites del derecho fundamental en cuestión, haciendo de una conducta antijurídica una conducta permitida(108). Sin embargo, cabe cuestionarse si no es posible una solución distinta, en la que no se permita a los afectados ejercer la legítima defensa. A este respecto podría resultar de interés recuperar la tesis de Sternberg-Lieben que, siguiendo a Lenckner, propone distinguir entre dos clases de causas de justificación. Por un lado, las que dan lugar a un derecho de intervención (*Eingriffsrecht*) y a su correlativo deber de tolerancia del afectado, y, por el otro, las que solamente otorgan una facultad de actuación (*Handlungsbefugnis*), que permite al afectado actuar en estado de necesidad(109). El mismo efecto otorga Luzón Peña a la concurrencia de causas de exclusión de la tipicidad penal y de causas de justificación de la acción. Por un lado, no sería posible responder en legítima defensa, pero sí en estado de necesidad defensivo cuando

de esta exclusión del injusto penal, y planteando su relación con la idea de la inexigibilidad, pp. 195 ss.; reiterando que puede excluirse el injusto penal en el ámbito de la punibilidad respecto de conductas ya declaradas antinormativas, EL MISMO, *Teoría de las normas y sistema del delito*, Atelier, Barcelona, 2021, p. 120.

(107) GÜNTHER, H. L., *op. cit.*, 1983, p. 383. También ROBLES PLANAS entiende que estas causas de exclusión del injusto penal no generarían deberes de tolerancia. Cfr. ROBLES PLANAS, R., *op. cit.*, 2014, pp. 190,195.

(108) Sobre este problema y los intentos doctrinales por construir un nivel sistemático entre la antijuridicidad y la culpabilidad (de «justificación débil», en los términos del autor) que posibilite resolver ciertos casos próximos a la justificación sin, por un lado, desatender valorativamente (llevando la solución a la culpabilidad) la disminución del injusto y, por el otro, asignar deberes de tolerancia a los afectados, ampliamente (y en términos generales, pese a constituir el centro de atención la colisión de deberes), COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 112-128.

(109) Cfr. STERNBERG-LIEBEN, D., «Vorbermerkungen zu den §§ 32 ff.», en SCHÖNKE, A/SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30.^a ed., C. H. Beck, Múnich, 2019, núm. 10; una descripción de esta distinción entre derechos de intervención y meras facultades de actuación o autorizaciones para actuar, en referencia expresa a la tesis de LENCKNER, en RENZIKOWSKI, J., *Notstand und Notwehr*, Duncker & Humblot, Berlín, 1994, pp. 176-177. Este autor se muestra contrario, sin embargo, a la solución de LENCKNER consistente en otorgar la posibilidad de actuar en estado de necesidad a los afectados por la conducta a la que se anuda la facultad de actuación. A su juicio, tanto la facultad de actuación como el permiso o derecho de intervención generan un correlativo deber de tolerancia. Siendo así, considera más acertada una solución como la de la exclusión del injusto de GÜNTHER, que hace posible la legítima defensa al afectado, al no declararse la conformidad a Derecho del hecho.

concurrer lo que denomina causas de exclusión de la tipicidad penal, que contrapone, desde una concepción del tipo como tipo total de injusto, a las causas de justificación genuinas o causas de exclusión del injusto penal de Günther (aun reconociendo las similitudes entre ambos planteamientos)(110). Puesto que, a su juicio, solamente las agresiones penalmente típicas constituyen una agresión ilegítima(111), si concurre una de las causas de exclusión de la tipicidad penal, la legítima defensa está descartada (como ocurre ante las conductas justificadas), con lo que cabe únicamente actuar en estado de necesidad contra la fuente de peligro, en tanto en cuanto la conducta sigue siendo anti-jurídica para el resto del ordenamiento jurídico(112). Por otro lado, también descartaría la legítima defensa, permitiendo recurrir al estado de necesidad defensivo, en caso de concurrir una causa de justificación de la acción, subsistiendo el desvalor del resultado(113). En tales casos, no podría hablarse de agresión *ilegítima*, pero sí de la producción de un *mal* contra el que puede defenderse el afectado. Podría afirmarse únicamente, pues, la existencia de una «autorización o permisión de la acción», esto es, «un simple derecho a actuar, pero no a causar el resultado desvalorado»(114). También Gimbernat plantea una distin-

(110) LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3.^a ed., 2016, nm. 13/59, 20/1-39. LUZÓN PEÑA, partidario de una noción de tipo como tipo total de injusto, distingue entre una primera clase de causas de atipicidad, que se basan en la inexistencia siquiera de un indicio de antijuridicidad, incluso extrapenal, y una segunda clase, que dan cuenta de la falta de gravedad de la conducta como para considerarla jurídico-penalmente relevante, pese a que «formalmente encaja en la descripción legal y materialmente sí que afecta de un modo jurídicamente no irrelevante a bienes jurídicos, por lo que en principio parece que concurre el tipo estricto, indiciario de la antijuridicidad». Aquí se prefiere una denominación como la empleada por GÜNTHER (causa de exclusión del injusto penal), aunque se rechaza que pueda hablarse de causas de justificación genuinas o no genuinas (el término *justificación* no puede designar la mera exclusión de la antijuridicidad penal, siendo que la conducta será, en la mayoría de los casos, antijurídica para otro sector del ordenamiento), o la que LAGODNY (véase núm. 56) utiliza en referencia a la propuesta de GÜNTHER (causa de exclusión del merecimiento de pena). Dicha preferencia se sostiene en tanto en cuanto se estaría aquí en un nivel valorativo muy distinto al de la tipicidad. Se trata, en este punto, de encontrar razones en torno a la causa de justificación de ejercicio de un derecho que permitan entender que el indicio de antijuridicidad penal puede compensarse, sin perjuicio de que la conducta siga siendo antijurídica para otro sector del ordenamiento.

(111) LUZÓN PEÑA D. M., *op. cit.*, 2016, nm. 23/28 ss.

(112) LUZÓN PEÑA, D. M., *op. cit.*, 2016, nm. 20/38-39.

(113) LUZÓN PEÑA, D. M., *op. cit.*, 2016, nm. 21/18 ss.

(114) LUZÓN PEÑA, D. M., *op. cit.*, 2016, nm. 21/21. Como ejemplo, refiere el autor el caso fortuito (además de otras circunstancias, como la de «error objetivamente invencible»), respecto del que no puede afirmarse que quien ocasiona el mal tenga un derecho a lesionar con el correlativo deber de tolerancia (que él denomina «deber de abstención») del afectado, pese a que no hay desvalor de acción.

ción similar (condicionada por su defensa de la tesis unitaria del estado de necesidad). A su juicio, ante las conductas amparadas por causas de justificación que conllevan una valoración positiva (entre las que incluye la legítima defensa) no cabe legítima defensa ni estado de necesidad. En cambio, si la causa de justificación cuyo supuesto de hecho concurre no trae causa de dicha valoración positiva (como ocurriría, a su parecer, en el caso del estado de necesidad por conflicto entre bienes equivalentes), cabe estado de necesidad(115).

Sin embargo, si recurriendo a la categoría de la exclusión del injusto penal de Günther se niega que la conducta sea penalmente antijurídica pese a que continúa siendo antijurídica para otro sector del ordenamiento difícilmente podrá, entonces, asignarse a quien la lleve a cabo una facultad de actuar. En realidad, ni siquiera se está afirmando un deber del Estado de tolerar la conducta, sino que solamente se niega la relevancia jurídico-penal de ésta(116). Tampoco encaja la exclusión del injusto penal en estos casos en la estructura de la causa de justificación solo de la acción ni en ninguno de los ejemplos que refiere Luzón Peña al respecto. Por último, no puede verse un claro paralelismo con el caso que plantea Gimbernat, en tanto en cuanto el ejercicio excesivo de un derecho fundamental está excluido, por completo (pese a su evidente proximidad), del supuesto que refiere el artículo 20.7 CP. La única vía posible entre las mencionadas sería la interpretación restrictiva del elemento de ilegitimidad del requisito de la legítima defensa de que concurra agresión ilegítima. Sin embargo, Luzón Peña parte de que lo que aquí se denomina causa de exclusión del injusto es, en realidad, una clase de causa de atipicidad (desde su concepción del tipo como tipo total de injusto), por lo que tampoco resultaría viable esta solución. Tampoco es viable esta opción atendiendo al planteamiento de Baldó Lavilla, que defendía una interpretación restrictiva del referido elemento que le llevaba a sostener que «la facultad de defensa presupone una agresión penalmente antijurídica». No obstante, matizaba que «[d]eberá entenderse por agresión, aquélla que, no estando amparada por una causa de justificación del catálogo del Código Penal o de otro de cualquier sector del Ordena-

(115) GIMBERNAT ORDEIG, E., «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad», en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1981, p. 169.

(116) La subsunción de unos hechos en la causa de exclusión del injusto que constituiría el ejercicio excesivo del derecho de reunión y manifestación implicaría, en la mayoría de los casos, que tales hechos se subsumieran, asimismo, en el tipo de alguna de las infracciones administrativas que prevé la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, para los excesos en el transcurso de manifestación públicas (incluida la ocupación de inmuebles como forma de acción de protesta, prevista en el artículo 37.7).

miento Jurídico, ponga en un peligro típico un bien jurídico-penal de forma objetiva y subjetivamente imputable a su autor»(117). En resumen, si la tipicidad resulta suficiente para constituir una agresión ilegítima, la concurrencia de una causa de exclusión del injusto penal no obstaría a que el afectado pudiera actuar en legítima defensa. Podría recurrirse, finalmente, a la doctrina de las restricciones ético-sociales de la legítima defensa(118), que podrían fundamentarse con arreglo al principio de solidaridad, pero que, en todo caso, solo pueden aceptarse si se emplean argumentos de carácter jurídico a tal fin(119). Esta opción, *a priori*, resulta preferible, por cuanto, como acertadamente apunta Rönnau, permitir la legítima defensa en tales casos puede llevar a una escalada de violencia que comporte «graves alteraciones de la paz jurídica»(120).

Frente a las soluciones referidas, resulta de especial interés la propuesta de Roxin, consistente en excluir la responsabilidad penal (*strafrechtlicher Verantwortlichkeit*) por falta de necesidad de pena. Refiriéndose, concretamente, a los supuestos de desobediencia civil(121), considera que puede excluirse la responsabilidad penal en

(117) BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, J. M. Bosch, Barcelona, 1994, pp. 278-279.

(118) Un resumen de los antecedentes históricos y del desarrollo doctrinal de las denominadas restricciones ético-sociales de la legítima defensa puede verse en RÖNNAU, T., «Grundwissen-Strafrecht: “Sozialethische” Einschränkungen der Notwehr», *JuS*, 2012, pp. 404-407; Crítico con el modo en que se ha articulado por parte de la doctrina la introducción de las denominadas restricciones ético-sociales de la legítima defensa, aunque admitiéndolas a través del recurso a la interpretación restrictiva del elemento de ilegitimidad de la agresión y del elemento de la necesidad racional del medio empleado, LUZÓN PEÑA, D. M., *op. cit.*, 2016, nm. 23/76 ss.

(119) Admitiendo tales restricciones, aunque destacando su necesario carácter excepcional, KÜHL, K., *op. cit.*, 2012, p. 194; también, BALDÓ LAVILLA, F., *op. cit.*, 1994, pp. 66, 77, 323; JAKOBS, G., *op. cit.*, 2.ª ed., 1991, p. 401; PALERMO, O., *La legítima defensa: una revisión normativista*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 341 ss.; al respecto, ampliamente, IGLESIAS RÍO, M. A., *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*, Comares, Granada, 1999, *passim*. Esta cuestión, sin embargo, debe quedar al margen por el momento, puesto que no es posible un mayor desarrollo en el marco de este trabajo.

(120) RÖNNAU, T., *op. cit.*, p. 24, nm. 26.

(121) Hace referencia ROXIN, en realidad, a los casos de desobediencia civil indirecta, esto es, a las acciones que no infringen la norma contra la que se protesta. Sobre esta, véase COHEN, C., «Civil Disobedience in a Constitutional Democracy», *The Massachusetts Review*, vol. 10, 1969, pp. 224-226: «It will be worth commenting, briefly and in conclusion, on what Gandhi called “offensive”, and others have called “indirect”, disobedience. For in this type of disobedience the dissenter violates laws (usually traffic laws or the laws of trespass) that he finds unobjectionable in themselves in order to protest still other laws, policies or orders that he thinks immoral and even wicked».

virtud del artículo 8 de la Ley Fundamental de Bonn, siempre que la acción de protesta cumpliera con ciertos requisitos. A su juicio, la culpabilidad de quien toma parte en la acción de protesta que sobrepasa los límites del artículo 8 GG se ve reducida doblemente. En primer lugar, el injusto se encuentra en el límite inferior de lo penalmente relevante por la insignificancia de la conducta y por la cercanía de esta a un derecho fundamental, por lo que lo mismo puede decirse de la culpabilidad que le corresponde. Y, en segundo lugar, la reprochabilidad de la conducta es mínima, por cuanto el autor la dirige al objetivo de contribuir al bien común. Esta doble disminución de la culpabilidad, aduce Roxin, debe llevar a la exclusión de la responsabilidad penal cuando no se opongan a ello razones preventivas, siempre que concurren una serie de circunstancias que denoten el carácter pacífico y acorde con la democracia constitucional de la acción de protesta: 1) Que la protesta se refiera a cuestiones existenciales que afecten a la generalidad de la población; 2) que el autor actúe por interés en el bien común; 3) que la norma infringida guarde relación con el destinatario de la acción de protesta; 4) que los manifestantes estén comprometidos con la democracia parlamentaria; 5) que se evite toda forma de violencia y resistencia a los agentes de policía; 6) que la afectación de los derechos de terceros sea mínima⁽¹²²⁾. Ciertamente, si se atiende a que la solución de Günther mantiene la posibilidad de que los afectados por la conducta ejerzan la legítima defensa, podría objetársele a su tesis que la propuesta de Roxin soluciona, asimismo, el problema, sin necesidad de introducir la nueva categoría de la exclusión del injusto penal. Sin embargo, si la inaplicación de la norma de sanción, en términos de teoría de las normas, se debe a la ausencia de merecimiento de pena en este caso concreto, la solución que plantea Roxin, de carácter preventivo y centrada, pues, en la ausencia de necesidad de pena, no resulta adecuada. No se trata aquí de que, al tratarse de una protesta que no comunica contrariedad a la democracia parlamentaria deba negarse la necesidad de pena, sino de que la conducta de los manifestantes, en primer lugar, no merece pena. Las conductas que constituyen el ejercicio del derecho de manifestación (debidamente especificado) no es solo que no merezcan pena, sino

Acogiendo la terminología de COHEN, ARENDT, H., «Civil Disobedience», en LA MISMA, *Crises of the Republic*, Harcourt Brace Jovanovich, Nueva York, 1972, p. 56. Tomando, como puede leerse en núm. 19 y 20, la definición que hace ARENDT de la desobediencia civil y la glosa de COHEN, de quien toma el concepto de desobediencia civil indirecta, RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, 2.ª ed., FCEE, México, 2014, p. 332: «no se requiere que el acto civilmente desobediente viole la misma ley contra la que está protestando».

(122) ROXIN, C/GRECO, L., *AT*, 5.ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2020, p. 1141.

que no son contrarias a Derecho en modo alguno. En cambio, las conductas próximas al ejercicio del derecho de manifestación son contrarias a Derecho, pero este extremo no prejuzga que merezcan pena. Para dilucidar esta cuestión, a mi juicio, deben construirse grupos de casos que permitan identificar los elementos cuya concurrencia da lugar a la exclusión del injusto penal. No basta con señalar la proximidad de la conducta al ejercicio de un derecho o la insignificancia del exceso, sino que debe identificarse el elemento cuya ausencia impide hablar del ejercicio de un derecho y, a su vez, identificar qué otros elementos concurrentes permiten entender compensado el merecimiento de pena residual (que proviene de la afectación del bien jurídico protegido que implica la tipicidad de la conducta). En el caso del derecho de protesta (ya sea por la vía del 20.7 CP o por la del 20.5 CP si puede afirmarse una verdadera situación de necesidad), tendría que valorarse, por ejemplo, qué bienes jurídicos han sido afectados y con qué intensidad, el papel que cumplen a este respecto los fines de la protesta o si la acción de protesta trae causa del incumplimiento de un deber por parte del Estado(123).

2. La falta de capacidad de rendimiento del método ponderativo respecto de los casos de exceso en el ejercicio de un derecho fundamental

Con arreglo a lo expuesto, puede partirse de que resulta razonable excluir el merecimiento de pena de las conductas que se encuentran

(123) A este respecto puede ser de gran utilidad el desarrollo teórico de la justificación (moral) de la desobediencia civil. Exigiendo que la acción de protesta, para poder ser justificada, tenga como premisa el respeto de la autonomía, la igualdad y la dignidad, FRANKENBERG, G., «Ziviler Ungehorsam und Rechtsstaatliche Demokratie», *JuristenZeitung*, (6), 1984, pp. 266-275; señalando como requisito imprescindible para la justificación de la desobediencia civil que no se instrumentalice a terceros, HEFENDEHL, R./HOHMANN, O., «STGB § 240 Nötigung», en Joecks, W/Miebach, K. (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. IV, C. H. Beck, Múnich, 2017, Rn. 139-147; Excluyendo la justificación de la desobediencia civil que no se dirige a la consecución del bien común, véase ARENDT, H., *op. cit.*, 1972, p. 76, que argumentaba que una de las diferencias entre el desobediente civil y el criminal está en que el primero actúa en nombre y beneficio del colectivo, no de su propio interés; similar, HABERMAS, J., «Ziviler Ungehorsam-Testfall für den demokratischen Rechtsstaat. Wider den autoritären Legalismus in der Bundesrepublik», en GLOTZ (ed.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1983, p. 35; Negando la justificación de la desobediencia civil que, pese a proclamarse pacífica o no violenta, lo que hace es «enmascarar la amenaza, la presión o la coacción que excluye y niega al “otro”», GARCÍA INDA, A., «Las raíces de la protesta. Algunas lecciones de Catonsville, 50 años después», *Revista de Fomento Social*, 73/3-4, 2018, p. 515.

tan próximas al ámbito de protección de un derecho fundamental que la mera atenuación de la pena no bastaría. Como se ha expuesto, la teoría conflictivista de los derechos concibe las normas que reconocen derechos fundamentales como mandatos de optimización. Este punto de partida lleva a promover su realización en la mayor medida posible, pero esa tendencia hace imposible evitar la colisión entre los diversos principios derivados del texto constitucional, por lo que debe resolverse la incompatibilidad entre estas normas *prima facie* mediante la ponderación(124). Ugartemendía Eceizabarrena, que afirma que la «técnica de la ponderación de intereses en conflicto» debe ser la que determine «qué interés debe prevalecer» en estos casos, entiende que, de preponderar el ejercicio del derecho alegado, la conducta constituirá un ejercicio legítimo del derecho en cuestión. Si, por el contrario, prepondera el «interés protegido por la norma penal», estaríamos frente al ejercicio de un derecho que debe considerarse «ilegítimo y por tanto antijurídico»(125), sin perjuicio de que, con arreglo al principio de proporcionalidad, pueda aplicarse la eximente incompleta del artículo 21.1 CP(126). El principal problema que plantea la ponderación de derechos fundamentales en el ámbito del Derecho penal es que la conducta de quien ejerce un derecho que no prepondera sobre otro, con el que presuntamente colisiona, no equivale, necesariamente, a una conducta merecedora de pena. A esto le sigue, además, que la ponderación tampoco ayuda a conocer si el ejercicio de un derecho que no prepondera merece la atenuación prevista para la eximente incompleta. Siendo así, puede concluirse que el juicio de ponderación no ofrece criterio alguno para saber si la referida conducta es merecedora de la pena que el juez penal determine correcta dentro del marco penal abstracto, si procede rebajar ésta en uno o dos grados por aplicación de la eximente incompleta o si, de aceptarse la exclusión del injusto penal, es antijurídica, aunque no merecedora de pena. Es por esta razón por la que Ugartemendía Eceizabarrena recurre al principio de proporcionalidad para aclarar que, de no preponderar el ejercicio del derecho por parte del sujeto activo, podría aplicarse la eximente incompleta. Sin embargo, el principio de proporcionalidad, sin ulteriores matices, no aporta nada. Que deba buscarse cierta proporción entre el ataque al bien jurídico protegido y la magnitud de la sanción no nos dice qué elementos son relevantes a fin de realizar el juicio de

(124) BERNAL PULIDO, C., «Estructura y límites de la ponderación», *Doxa*, (23), 2003, p. 226.

(125) UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., *op. cit.*, 2002, p. 16; EL MISMO, *op. cit.*, 2003, pp. 74, 150, 170, 174.

(126) UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., *op. cit.*, 2002, p. 16.

proporcionalidad ni qué valoración merece cada uno de ellos. En realidad, puede aquí reproducirse la crítica realizada por parte de la doctrina a la fundamentación de la teoría de la justificación basada en la ponderación de intereses en conflicto como principio rector(127), y es que, como expuso Baldó Lavilla, que consideraba acertada la objeción de formalismo realizada al principio de ponderación de intereses, este principio constituye únicamente un «instrumento “analítico” o “metodológico” –o, si se quiere, “matemático”», que «[r]esponde a la cuestión de cuándo una lesión o puesta en peligro de un interés jurídico-penalmente protegido debe considerarse justificada por la existencia de intereses preponderantes», pero que nada dice sobre «por qué debe prevalecer uno u otro», pregunta que requiere de «verdaderos principios “axiológicos”»(128).

La teoría especificacionista, por el contrario, obliga a dar cuenta de las razones de las que se infiere la existencia de un derecho(129). El proceso de especificación de los derechos permite identificar todos los elementos relevantes a efectos de subsumir una conducta en el ámbito del derecho que corresponda. Este proceso, por lo tanto, resulta de gran utilidad para resolver los casos de exceso en el ejercicio de un derecho, por cuanto a partir de la concurrencia parcial de los referidos elementos podemos subsumir la conducta bien en el ámbito de lo insignificante para el Derecho penal (cuando el desvalor de la tipicidad se vea compensado en gran medida), bien en el ámbito de la eximente incompleta o, incluso, ya en el espacio de las conductas típicas y plenamente antijurídicas (aquí se incluirían los casos que los partidarios de la teoría infraccionista denominarían de *abuso de derecho*).

(127) Sobre dicho principio como principio rector de la justificación penal, entre otros, LUZÓN PEÑA, D. M., *op. cit.* 2016, nm. 21/3; afirmando que la eximente de ejercicio de un derecho también se fundamenta en una ponderación de intereses, EL MISMO, «Ejercicio legítimo de derecho. Cuestiones generales», en NIETO MARTÍN et al. (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un derecho penal humanista*, vol. I, BOE, Madrid, pp. 364-365.

(128) BALDÓ LAVILLA, F., *op. cit.*, 1994, pp. 40 ss.

(129) WEBBER, G., *op. cit.*, 2009. Muy claro al respecto, siguiendo a FINNIS, en p. 135: «It would seem, following Finnis, that the only way to specify the meaning of “right” in some claim of right ... will be to appeal to some principles which are pertinent in moral discourse but which are not expressed in terms of “rights”. These “principles” must be more basic than rights given that rights will be the conclusions to practical reasoning about how to specify the claim that “P has a right to ϕ ”. Those underlying reasons (or principles) will serve as the justifications for rights. Rights will enter the stage only following, perhaps only as, “the final interaction of relevant practical reasons”».

IV. CONCLUSIÓN

El presente trabajo ha dado cuenta de lo inadecuado que resulta el modelo conflictivista de los derechos para la configuración del ejercicio de derechos fundamentales como causas de justificación y como causa de exclusión del injusto penal. Si bien puede salvarse la congruencia sistemática de justificar una conducta típica por el ejercicio de un derecho fundamental recurriendo a cualquiera de los dos modelos contrapuestos, esta elección lleva a resultados muy distintos al resolver tales supuestos. La adhesión al modelo conflictivista lleva a despojar a la afirmación del ejercicio de un derecho de la asignación de una posición jurídica efectiva (el ejercicio de un derecho no comporta un deber correlativo, pudiendo resultar antijurídico e, incluso, merecedor de pena), con lo que la reduce a la afirmación de un interés que debe ser ponderado con otro interés contrapuesto. Esta forma de resolver el caso desatiende las razones que otorgan fuerza normativa a un derecho e imposibilita establecer un punto de referencia respecto del que analizar si la conducta que no constituye el ejercicio legítimo de un derecho merece y necesita pena (esto es, hace imposible que la decisión sobre la (in)aplicación de la norma de sanción tenga como referencia el ámbito de protección definitivo del derecho correspondiente). La complejidad de su estructura tampoco favorece su correcta utilización por parte de la jurisprudencia, que acaba recurriendo a la metáfora del peso para resolver el caso sin explicitar su razonamiento.

Por el contrario, el modelo especificacionista de los derechos resulta coherente con una teoría de las normas que asigna deberes de tolerancia correlativos al ejercicio de derechos (colisionan, pues, únicamente las pretensiones de ejercer un derecho). Además, hace explícito su razonamiento, por lo que las razones que, junto con la consideración del contexto en que se producen los hechos, llevan a una determinada solución pueden ser controladas con arreglo a parámetros de racionalidad. El referido modelo hace posible contar con un marco de referencia (un ámbito de protección del derecho en cuestión) a partir del que concluir si se ha infringido o no la norma de conducta y si, infringida ésta, puede afirmarse el merecimiento y la necesidad de pena. En definitiva, en la teoría coherentista o especificacionista de los derechos puede encontrarse una vía adecuada para articular un tratamiento dogmático riguroso de los casos en que la pretensión de ejercer un derecho fundamental puede tener relevancia jurídico-penal.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ALPACA PÉREZ, A., «Consideraciones sobre normas, derechos y deberes en el injusto penal», *InDret*, (1), 2022, pp. 265-306.
- AMAYA, A., «Virtudes, argumentación jurídica y ética judicial», *Diánoia*, vol. LVI, (67), 2011, pp. 135-142.
- APPEL, I., *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Duncker & Humblot, Berlín, 1998.
- ARENDT, H., «Civil Disobedience», en ídem, *Crises of the Republic*, Harcourt Brace Jovanovich, Nueva York, 1972.
- STO. TOMÁS DE AQUINO, Suma Teológica, Parte I-II, Cuestión 95, Artículo 2.
- BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, J. M. Bosch, Barcelona, 1994.
- BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3.^a ed., CÉPyC, Madrid, 2007.
- «Estructura y límites de la ponderación», *Doxa*, (23), 2003, p. 226.
- BRAND, C./WINTER, M., «Grundrechte als strafrechtliche Rechtfertigungsgründe», *JuS*, (2), 2021, pp. 113-117.
- BÖNTE, M., «Ziviler Ungehorsam im Klimanotstand», *HRRS*, (4), 2021, pp. 164-172.
- BÖSE, M., «Die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Rahmen der Strafgesetze (insbesondere § 34 StGB)», *ZStW*, (1), 2001, p. 42.
- CABRA APALATEGUI, J. M., «Derechos en el contexto post-positivista. Algunas paradojas de la concepción», *Diálogos jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, (3), 2018.
- «Sobre la estructura y los límites de los derechos sociales», *Estudios de Deusto*, (1), 2018,
- COCA VILA, I., *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Atelier, Barcelona, 2016.
- COHEN, C., «Civil Disobedience in a Constitutional Democracy», *The Massachusetts Review*, vol. 10, 1969, pp. 224-226.
- COHEN, E. F./GOSH, C., *Citizenship*, Polity Press, Cambridge, 2019.
- COLOMER BEA, D., «La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», *CEFD*, (41), 2019, p. 105.
- CONTRERAS AGUIRRE, S. A., «Ley natural, *determinatio* y derecho positivo. Lo indiferente y las determinaciones del legislador», *Veritas*, (25), 2011, pp. 39-54.
- CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), «Art. 20.7 CP», *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, Barcelona, 2011.
- CUERDA ARNAU, M. L., «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento», *RGDP*, (8), 2007.

- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La categoría de la antijuricidad en Derecho penal», en Mir Puig, S./Luzón Peña, D. M., (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- EDMUNDSON, W. A., *An Introduction to Rights*, 2.^aed., Cambridge University Press, Nueva York, 2012
- ENGLÄNDER, A., «Vorbemerkung zu den §§ 32 ff.», en MATT, H./RENNIKOWSKI, J., *StGB*, Franz Vahlen, Múnich, 2013.
- FERNÁNDEZ NÚÑEZ, M., «La ponderación: análisis de la situación del debate en España», *Doxa*, (40), 2017, pp. 355-384.
- FERNÁNDEZ PERALES, F., «La relevancia jurídico-penal del exceso en el ejercicio de derechos fundamentales en el caso “Aturem el Parlament”. Comentario a la STC 133/2021, de 24 de junio», *InDret*, (4), 2021.
- FINNIS, J., *Natural Law & Natural Rights*, 2.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2011.
- *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1998.
- FRANKENBERG, G., «Ziviler Ungehorsam und Rechtsstaatliche Demokratie», *JuristenZeitung*, (6), 1984, pp. 266-275.
- GARCÍA AMADO, J. A., «Los derechos: sus clases y relaciones», en EL MISMO/SENDÍN MATEOS (dirs.), *Argumentación jurídica y conflictos de derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- «Sobre ponderaciones y penas: a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal) 161/2015, en el caso del asedio al Parlamento de Cataluña», en el mismo/Cuerda Arnau (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- GARCÍA INDA, A., «Las raíces de la protesta. Algunas lecciones de Catonsville, 50 años después», *Revista de Fomento Social*, 73/3-4, 2018.
- GARCÍA RUIZ, A., «Protesta democrática», *Eunomía*, (15), 2018, pp. 209-219.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «El estado de necesidad: un problema de antijuricidad», en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 1981.
- GONZÁLEZ COLLANTES, T., «El poder punitivo ante el ejercicio, los excesos y la desnaturalización del derecho de reunión y manifestación (a propósito de las acciones de Tsunami Democràtic)», *Revista General de Derecho penal*, (33), 2020.
- GÜNTHER, H. L., «La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal», en Mir Puig, S./Luzón Peña, D. M., (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 45-65.
- «Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», en SEEBODE (ed.), *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, De Gruyter, Berlín, 1992, pp. 189-202.
- «Verwerflichkeit von Nötigungen trotz Rechtfertigungsnähe? Zugleich ein Beitrag zur Sitzblockadeproblematik», en Arzt et al. (eds.), *Festschrift für Jürgen Baumann*, Gieseking, Bielefeld, 1992, pp. 213-226.

- *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Heymanns, Colonia, 1983.
- HABERMAS, J., «Ziviler Ungehorsam-Testfall für den demokratischen Rechtsstaat. Wider den autoritären Legalismus in der Bundesrepublik», en GLOTZ, P., (ed.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1983.
- HEFENDEHL, R./HOHMANN, O., «StGB § 240 Nötigung», en JOECKS, W./MIEBACH, K. (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. IV, C. H. Beck, Múnich, 2017, Rn. 139-147
- HOHFELD, W. N., *Fundamental Legal Conceptions. As Applied in Judicial Reasoning. And Other Legal Essays*, Yale University Press, 1919.
- IGLESIAS/CARMONA/TOMÁS-VALIENTE/SÁNCHEZ, «Artículo 20», en Gómez Tomillo, M. (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, t. I., Aranzadi, Pamplona, 2015.
- IGLESIAS RÍO, M. A., *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*, Comares, Granada, 1999.
- JAKOBS, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, De Gruyter, Berlín, 1991.
- KERN, E., «Grade der Rechtswidrigkeit», *ZStW*, 1952, pp. 255-291.
- KÜHL, K., «Vor § 32», en Lackner, K./Kühl, K., *StGB*, 29.^a ed., C. H. Beck, Múnich, 2018, núm. 28.
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.^a ed., Vahlen, Múnich, 2012.
- LAGODNY, O., *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Mohr Siebeck, Tubinga, 1996.
- LLANQUE, M., «Republikanismus», en Fuchs, D/Roller, E. (eds.), *Lexikon Politik. Hundert Grundbegriffe*, Reclam, Leipzig, 2009.
- LUZÓN PEÑA, D. M., «Ejercicio legítimo de derecho. Cuestiones generales», en Nieto Martín *et al.* (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un derecho penal humanista*, vol. I, BOE, Madrid, pp. 355-372.
- *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MALDONADO MUÑOZ, M., *Derechos y conflictos. Conflictivismo y anticonflictivismo en torno a los derechos fundamentales*, Marcial Pons, Barcelona, 2021.
- «Conflictivismo y anti-conflictivismo en los derechos fundamentales», *Revista Jurídica de la universidad de Palermo*, (1), 2019, pp. 37-78.
- MARTÍN LORENZO, M., «Derechos fundamentales y sanción penal: Una cuestión del derecho sustantivo y del derecho a la legalidad penal», en Pérez Manzano *et al.* (coords.), *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, UCM, Madrid, 2020.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, D., «Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (86), 2009.
- MESTRE DELGADO, E., *La exigente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supraleales de justificación penal*, Edisofer, Madrid, 2001.

- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10.^a ed., Reppertor, Barcelona, 2016.
- MORALES PRATS, F., «Art. 20.7.^o», en QUINTERO OLIVARES, G./EL MISMO (coords.), *Comentarios al Código Penal Español*, Aranzadi, Cizur Menor, t. I., 6.^a ed., 2011.
- MORESO, J. J., «Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionality and Specificationism», *Ratio Juris*, vol. 25, (1), 2012.
- *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Barcelona, 2009.
- MÜNKLER, H./STRASSENBERGER, G., *Politische Theorie und Ideengeschichte. Eine Einführung*, 2.^a ed., C. H. Beck, Múnich, 2020.
- MUÑOZ ARANGUREN, A., «Abuso del derecho y ponderación de derechos», *Doxa*, (41), 2018, pp. 35-48.
- OBERDIEK, J., «What's Wrong with Infringements (insofar as infringements are not wrong): A Reply», *Law and Philosophy*, (27), 2008, pp. 293-307.
- «Lost in Moral Space: On the Infringing/Violating Distinction and its Place in the Theory of Rights», *Law and Philosophy*, vol. 23, (4), 2004, pp. 325-346.
- OLMEDO CARDENETE, M. D., «Artículo 20.7», en COBO DEL ROSAL, M., (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. II., Edersa, Madrid, 1999.
- PALERMO, O., *La legítima defensa: una revisión normativista*, Atelier, Barcelona, 2006.
- PAEFFGEN, H./ZABEL, B., «Vorbemerkungen zu §§ 32 ff», en Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), *Strafgesetzbuch*, Nomos, Baden-Baden, 5.^a ed., 2017.
- PÉREZ DEL VALLE, C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Dykinson, Madrid, 2019.
- PERRON, W., «Principios estructurales de la justificación en los Derechos penales español y alemán», en Mir Puig/Luzón Peña, (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- PRESNO LINERA, M. A., «Una crítica al uso de la teoría de la ponderación en los conflictos (aparentes) entre derechos fundamentales», en *Liber amicorum. Homenaje al profesor Luis Martínez Roldán*, Ediciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2016, pp. 575-587.
- RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, 2.^a ed., FCEE, México, 2014.
- REICHERT-HAMMER, H., *Politische Fernziele und Unrecht: ein Beitrag zur Lehre von der Strafrechtswidrigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB*, Duncker & Humblot, Berlín, 1991.
- RENIKOWSKI, J., *Notstand und Notwehr*, Duncker & Humblot, Berlín, 1994.
- ROBLES PLANAS, R., *Teoría de las normas y sistema del delito*, Atelier, Barcelona, 2021.
- «La tiranía de la proporcionalidad», en Chinguel Rivera, I/García Cavero, P. (coords.), *Derecho penal y persona. Libro homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, Ideas, Lima, 2019, pp. 117-134.

- *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, BdF, Buenos Aires, 2014.
- RÖNNAU, T., «Vorbemerkungen – Vor §§ 32 ff.», *LK*, 13.^a ed., De Gruyter, Leipzig, 2019.
- «Grundwissen-Strafrecht: “Sozialethische” Einschränkungen der Notwehr», *JuS*, 2012, pp. 404-407.
- ROSENAU, H., «Vor §§ 32 ff.», en SATZGER, H/SCHLUCKEBIER, W/WIDMAIER, G., *StGB Kommentar*, 2.^a ed., Heymanns, Colonia, 2009.
- ROXIN, C., «Strafrechtliche Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam», en ALBRECHT, P. A., (ed.), *Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag*, Heymanns, Colonia, 1993.
- ROXIN, C./GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, t. 1, 5.^a ed., C. H. Beck, Múnich, 2020.
- RUCHT, D., «The Spread of Protest Politics», en DALTON, R/KLINGEMANN, H. D., (eds.), *The Oxford Handbook of Political Behavior*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- SCHMIDT, H. C., «Grundrechte als selbständige Strafbefreiungsgründe», *ZStW*, vol. 121, (3), 2009, pp. 645-670.
- *Grundrechte als verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe. Zu Methode und Praxis der Verfassungseinwirkung auf das materielle Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2008.
- SCHLEHOFER, H., «Vorbemerkung zu § 32», *MK-StGB*, 4.^a ed., C. H. Beck, Múnich, 2020.
- SHAFFER-LANDAU, R., «Specifying Absolute Rights», *Arizona Law Review*, (37), 1995, pp. 209-225.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El hurto de alimentos caducados ante el Bundes-tag», *InDret*, (2), 2021.
- «Protesta», *InDret*, (3), 2019, p. 3
- *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018.
- *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.^a ed., BdF, Buenos Aires-Montevideo, 2010.
- «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», *Discusiones*, (7), 2007, pp. 25-56.
- STERNBERG-LIEBEN, D., «Vorbermerkungen zu den §§ 32 ff.», en SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30.^a ed., C. H. Beck, Múnich, 2019.
- TIEDEMANN, K., *Verfassungsrecht und Strafrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 1990.
- THOMSON, J. J., «Some Ruminations on Rights», en PARENT (ed.), *Rights, Restitution, and Risk. Essays in Moral Theory*, Harvard University Press, Cambridge, 1986
- UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., *La eficacia justificante de los derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

- «La exigente de ejercicio legítimo de un derecho (20.7 CP). Algunas consideraciones desde una perspectiva constitucional», *R. V. A. P.*, (63), 2002.
- VELASCO, M., «Conflictos entre derechos y ponderación. Por qué los jueces no deberían abandonar la perspectiva deontológica», *Doxa*, (39), 2016.
- VIRGL, C., *Protest in der Weltgesellschaft*, Springer, Wiesbaden, 2011.
- VOLK, C., «Zwischen Entpolitisierung und Radikalisierung-Zur Theorie von Demokratie und Politik in Zeiten des Widerstands», *Politische Vierteljahresschrift*, vol. 54, (1), 2013, pp. 75-110.
- WEBBER, G., «On the Loss of Rights», en HUSCROFT, G., et al. (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- WELLMAN, C. H., «On Conflicts between Rights», *Law and Philosophy*, vol. 14, (3/4), 1995, pp. 271-295.

