

JUSTIFICACIÓN Y EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD A LA LUZ DEL
DERECHO COMPARADO (CON ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL DERECHO
PENAL ESPAÑOL)

Walter Perron

ADPCP, Tomo XLI, Fascículo I, 1998, pp. 137 - 156

<http://www.cienciaspenales.net>

Justificación y exclusión de la culpabilidad a la luz del Derecho comparado

(Con especial consideración del Derecho penal español) (*)

Dr. WALTER PERRON

Colaborador científico del Instituto Max Plank de Derecho penal extranjero e internacional en Freiburg i. Br. República Federal de Alemania

I. INTRODUCCION Y METODO

El tema de «La justificación y la exclusión de la culpabilidad» constituye, desde hace ya algunos años, un punto central de la investigación del Instituto Max Plank de Derecho penal en Freiburg. Hasta ahora se ha intentado una aproximación iuscomparatista a estos dos elementos centrales del sistema material del Derecho penal por diversas vías; en especial por la asignación de trabajos particulares, por un lado, y la organización de congresos internacionales, por el otro (1). Mi exposición abarca ambos aspectos: Da cuenta, en primer lugar, de una investigación particular sobre la justificación y la exclu-

(*) Versión ampliada con notas de la conferencia pronunciada por el autor el 13 de febrero de 1987, con ocasión de la sesión del Consejo de Dirección del Instituto Max Planck de Derecho penal extranjero e internacional en Friburgo. Título original: *Rechtfertigung und Entschuldigung in Rechtsvergleichender Sicht —unter besonderer Berücksichtigung des spanischen Strafrechts*. Publicada también en la ZStW, 1987, pp. 902 y ss.

Traducción de Jesús M.ª Silva Sánchez. Profesor titular de Derecho penal. Universidad de Barcelona.

(1) Se han concluido hasta ahora, como *obras individuales*, las siguientes: CHOI: *Notwehr und «Gesellschaftliche Sitten» -ein deutsch-koreanischer Vergleich zu sozialethischen Implikationen von Rechtfertigungsgründen* (en prensa). PERRON: *Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht -ein Strukturvergleich strafrechtlicher Zurechnungssysteme* (en prensa). Se han realizado los siguientes congresos: Segundo coloquio germano-polaco sobre Derecho penal y Criminología del 5 al 9 de abril de 1984 en Friburgo (las ponencias están publicadas en un tomo con el mismo título, editado por Eser-Kaiser-E. Weigend, aparecido en 1986 en «Baden-Baden»); coloquio germano-angloamericano del 1 al 21 de julio de 1984 en Friburgo; coloquio penal germano-escandinavo del 22 al 31 de mayo de 1985 en Friburgo (las ponencias están publicadas en Eser-Cornils (ed.), *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik: Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtskolloquium*, Freiburg 1987; tercer coloquio germano-soviético sobre Derecho penal y Criminología del 23 al 27 de septiembre de 1985 en el palacio Ringberg-Tegernsee (las ponencias están publicadas en un tomo

sión de la culpabilidad en Derecho español (2) y, al final, trata de mostrar las perspectivas de una ulterior actividad investigadora en este terreno, tomando en consideración las conclusiones de las demás reuniones habidas al respecto.

El estudio de las causas de justificación y exclusión de la culpabilidad en Derecho español tenía por objeto penetrar, por medio de un análisis estructural de estas eximentes, lo más profundamente posible en el sistema del Derecho penal español, con el fin de obtener así un conocimiento exacto de su estructura global. La cuestión no era, pues, comparar las soluciones del Derecho español y del alemán en relación con aspectos particulares, como el enjuiciamiento de las acciones de salvación en situaciones individuales de necesidad. En el centro de nuestro interés se hallaba, más bien, la determinación de la posición específica de las causas de justificación y exclusión de la culpabilidad en el seno del sistema global de los presupuestos materiales de la punibilidad, o —conforme a una terminología de nuevo en auge— en el seno de la *imputación jurídico-penal* (3).

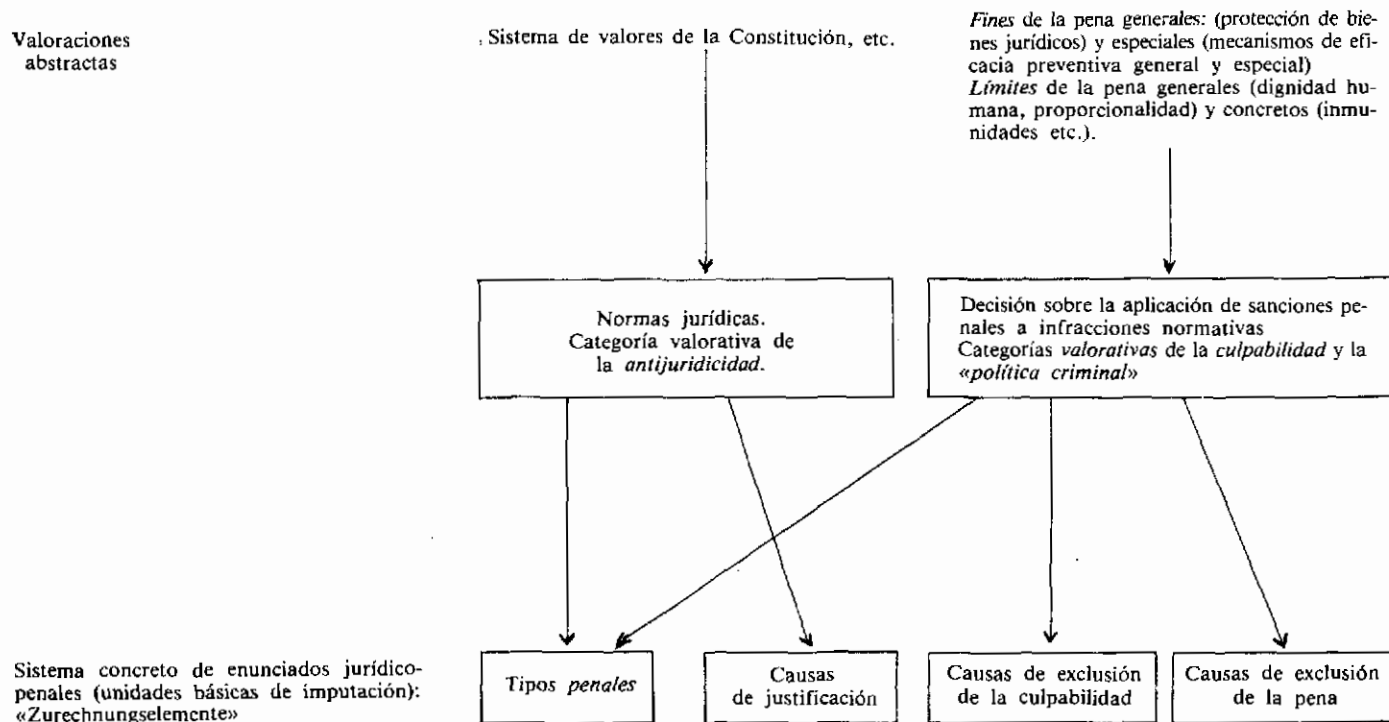
Los conceptos «justificación» y «exclusión de la culpabilidad» remiten de modo inmediato a las categorías valorativas de la antijuricidad y la culpabilidad y, con ello, a la disposición del delito sobre la base de tres grados: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, propia de la dogmática penal alemana. Sin embargo, esta configuración del delito, dado que representa una característica estructural esencial del Derecho penal alemán y, por ello, es precisamente objeto de la comparación, no puede servir de baremo para el enjuiciamiento de ordenamientos jurídicos extranjeros. Por este motivo, el comienzo de aquel estudio vino constituido por una serie de consideraciones acerca de cómo reducir la compleja sistemática alemana del delito a estructuras básicas más generales y elementales. Así surgió un cuadro de principios fundamentales de la imputación jurídico-penal, que también deberían poder hallarse en otros Ordenamientos. Estos principios se exponen brevemente en el esquema que sigue.

con el mismo título, editado por Eser y Kaiser y aparecido en «Baden-Baden» en 1987). Todas las ponencias de estas reuniones relativas al tema de la «justificación y exclusión de la culpabilidad» se recogen en: Eser-Fletcher (ed.), *Rechtfertigung und Entschuldigung -Rechtsvergleichende Perspektiven, Justification and Excuse, Comparative Perspectives*, 2 tomos (en prensa) en la colección «Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg»).

(2) La conferencia se basa en la Tesis del autor sobre la justificación y la exclusión de la culpabilidad en Derecho penal español, mencionada en nota 1.

(3) Sobre el concepto, propio del Derecho común, de la *imputación*, cfr. SCHMIDT.: *Einführung in die Geschichte der Strafrechtspflege*, 3.ª ed., Göttingen, 1965, pp. 165 y ss. La moderna teoría del delito, en un primer momento, desplazó este concepto de su posición central en la sistemática de la infracción penal (cfr. WELZEL, «JuS», 1966, p. 422), pero vuelve a aplicarse de modo creciente en la actualidad (así, por ejemplo, en los títulos de las obras de JAKOBS: *Strafrecht, AT, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch*, Berlin-New York, 1983. WOLTER: *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin, 1981).

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA IMPUTACION JURIDICO-PENAL



El punto de partida viene dado aquí por una constatación propia de la teoría general del Derecho. Según ella, el Derecho penal alemán consta —como el español— de un sistema de enunciados jurídicos concretos, plasmados en leyes o en decisiones judiciales, a los que subyacen —respectivamente— valoraciones de signo determinado (4). Por tanto, es preciso diferenciar en primer lugar entre la *estructura valorativa* material de un sistema jurídico-penal, por un lado, y su transformación en enunciados jurídicos, por el otro. Las valoraciones materiales apuntan en dos direcciones diversas: ante todo, la pena es siempre una reacción a un hecho prohibido, es decir, caracterizado por una norma jurídica como indebido; pero además debe adoptarse adicionalmente una decisión acerca de si determinada infracción normativa ha de ser gravada precisamente con la sanción de la pena (5). Mientras que el primer nivel valorativo viene dado por el complejo de mandatos y prohibiciones del Ordenamiento jurídico en su totalidad (6), el segundo depende de los concretos fines atribuidos a la pena, así como de sus límites, constitucionales o de otra naturaleza. Según esto, la categoría alemana de la antijuricidad debe situarse en el primer nivel axiológico, siempre que no se le añadan también valoraciones relativas de modo específico a la función y límite de la pena, en la línea del Escrito de Habilitación de *Günther*, «Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss» (7). En cambio, la categoría de la culpabilidad pertenece al segundo nivel valorativo, existiendo discrepancias en cuanto a su concreta configuración: Según antiguas concepciones, viene determinada por la función retributiva de la pena (8); según los recientes trabajos de *Roxin* y *Jakobs*, por las funciones preventivo-general y preventivo-especial (9); y, por contra, a juicio de la doctrina más extendida, por los principios constitucionales —limitadores de la pena— de la dignidad humana y la proporcionalidad (10). Con todo, de esta perspectiva resulta, a la vez, que la anti-

(4) Cfr. COING: *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 4.ª ed., Berlín-New York, 1985, p. 280.

(5) La distinción entre normas de comportamiento (*primarias*) dirigidas directamente a los ciudadanos, por un lado, y normas *secundarias*, que deciden sobre la consecuencia jurídica aplicable a las infracciones de normas primarias, por el otro, se estimó fundamental ya en el siglo pasado (cfr. THON: *Rechtsnorm und subjectives Urteil*, Weimar, 1878, pp. 1 y ss.; 5, 59 y 104. MERKEL: *Juristische Encyclopädie*, 1.ª ed., Berlín-Leipzig, 1885, pp. 34 y ss.). Recientemente ha acogido de nuevo esta idea en especial RÖDIG: *Festschrift für Richard Lange*, 1976, pp. 56 y ss.

(6) Cfr., por ejemplo, LENCKNER, en *Schönke-Schröder*, núm. 50, antes del § 13, y nota 27, antes del § 32.

(7) Cfr. GÜNTHER: *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, Köln, etc., 1983, p. 247.

(8) Cfr., por ejemplo, MAURACH: *Deutsches Strafrecht*, AT, 4.ª ed., Karlsruhe, 1971, pp. 56 y ss., y 76.

(9) Cfr. ROXIN: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.ª ed., Berlín-New York, 1972, pp. 33 y ss. JAKOBS (nota 3), pp. 394 y ss.

(10) Cfr. BVerfGE 50, 125, 133. JESCHECK: *Lehrbuch des Strafrechts*, «AT», 3.ª ed., Berlín, 1978, p. 17. LENCKNER: *Schönke-Schröder*, núm. 103, antes del § 13. MAURACK-ZIPF: *Strafrecht*, AT, tomo 1, 6.ª ed., Heidelberg, 1983, p. 85.

juricidad y la culpabilidad no agotan por completo la estructura valorativa material del Derecho penal alemán, en la medida en que no todo hecho antijurídico y culpable es también punible. Por tanto, en el segundo nivel axiológico, específicamente penal, deben acogerse de modo complementario a la culpabilidad otras valoraciones; éstas se configuran, de modo muy vago, con referencias al «merecimiento de pena» o a la «política criminal» (11).

Las valoraciones materiales del Derecho penal se concretan en un sistema de enunciados jurídicos positivos que en Alemania están contenidos, en su parte esencial, en el Código penal. Los presupuestos básicos de la punibilidad plasmados en estos enunciados jurídicos pueden descomponerse en determinadas unidades, que llamaré «unidades básicas de imputación» (*Zurechnungselemente*). Las «unidades básicas de imputación» del Derecho penal alemán vienen constituidas, según esto, por los tipos penales, las causas de justificación, las causas de exclusión de la culpabilidad, las causas personales de exclusión de la pena, etc. Tales *unidades* tienen una considerable autonomía con respecto a las categorías valorativas abstractas de la antijuricidad y la culpabilidad debido a su fijación legal o judicial, si bien continúan vinculadas conceptualmente a aquéllas de modo todavía ostensible. Por esta razón, y a título de ejemplo, le es posible a una opinión doctrinal en expansión distinguir entre las causas de exclusión de la culpabilidad y las causas de exculpación (*) del Derecho alemán. Ello,

(11) Sobre el «merecimiento de pena», cfr. ALWART: *Strafwürdiges Versuchen*, Berlín, 1983, pp. 30 y ss. SAX, en *Bettermann-Nipperdey-Scheuner* (ed.), «Die Grundrechte», tomo 3.º, parte 2.ª, Berlín, 1959, pp. 923 y ss. VOLK, ZStW 97 (1985), pp. 872 y 876 y ss. Se reconoce de modo general, por ejemplo, que las «condiciones objetivas de punibilidad» y las «causas de exclusión de la pena» no pertenecen ni al injusto ni a la culpabilidad (cfr. LENCKNER, en *Schönke-Schröder*, núm. 124, antes del § 13, núms. 127 y ss., con más referencias).

(*) En alemán, el término «Entschuldigung» tiene un sentido más propio del lenguaje ordinario y otro más específicamente jurídico. En el primer sentido, significa tanto como «exclusión de la culpabilidad» o «exculpación (en sentido amplio)». En el segundo sentido, en cambio, viene a significar «disculpa». En esta línea, se aplica a situaciones como las del estado de necesidad descrito en el § 35 StGB o las del exceso en la legítima defensa descrito en el § 33 StGB. Estas, a juicio de la doctrina dominante en aquel país, no excluyen completamente la culpabilidad, pero «disculpan» al autor (con el mismo efecto de impunidad y la misma —salvo en Roxin— ubicación sistemática) en virtud de una doble disminución de injusto y de culpabilidad (*doppelte Schuld minderung*). Así las cosas, lo mejor había sido traducir «Entschuldigung» en *sentido amplio* (por ejemplo, en el título de este trabajo) como «exclusión de la culpabilidad» o «exculpación», indistintamente, pues en español ambas expresiones son equivalentes; y traducir «Entschuldigung» en *sentido estricto* como «disculpa» (por ejemplo, en este contexto). Si no lo he hecho ha sido porque al estado de necesidad del actual § 35 alemán en España se le llama «exculpante». Claro que ello es debido a que se ha impuesto la traducción que *Rodríguez Muñoz* hizo de *Mezger*. Pero *Mezger*, por su parte, no aceptaba la distinción que hoy acoge la doctrina dominante alemana: para él, como de hecho sucede hoy en España, *todo son causas de exclusión de la culpabilidad (o de exculpación)*. En definitiva, sin embargo, por adaptarme al máximo a la terminología usual, he traducido «Entschuldigung» en sentido amplio por «exclu-

a los efectos de no derivar estas últimas únicamente de la categoría de la culpabilidad, sino de entenderlas como un caso de concurrencia de disminución del injusto y de la culpabilidad, así como de especiales consideraciones político-criminales (12).

En resumen, y por las razones apuntadas, no cabe manejar en el análisis iuscomparatista la estructura tripartita del delito usual en Alemania. La antijuricidad y la culpabilidad son categorías abstractas que vienen preconstituidas respecto al sistema de imputación; mientras tanto, la tipicidad se vincula a concretas *unidades básicas de imputación*, expresadas en los enunciados jurídicos-penales y, por ello, se halla situada en el mismo nivel que las causas de justificación y exclusión de la culpabilidad (13). De este modo, los tipos penales, junto con las causas de justificación, transportan el plano concreto la categoría abstracta, superior, de la antijuricidad; pero, a la vez, contienen también valoraciones «político-criminales» de naturaleza específicamente jurídico-penal (14). Como resultado de estas consideraciones generales puede confirmarse, en fin, que las causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad del Derecho alemán son «unidades básicas de imputación» muy concretas, que se encuentran en una relación muy concreta con las categorías valorativas previas de la antijuricidad y la culpabilidad y que, en consecuencia, dependen de determinadas valoraciones materiales sobre el hecho y sobre la función y límites de la pena. Así, subyace a las causas de justificación la idea de la limitación de las normas jurídicas prohibitivas, mientras que las causas de exclusión de la culpabilidad constituyen simplemente una forma especial de renuncia a la sanción penal que toma como fundamento la individualidad del autor.

Sentado lo anterior, se constata que la aproximación a un ordenamiento jurídico extranjero puede tener lugar por diferentes vías. En primer lugar, su estructura valorativa material puede ya inferirse en parte de las previsiones constitucionales sobre la función general del Derecho penal, de las limitaciones generales de la intervención del Estado en la esfera jurídica de los ciudadanos y, en fin, de las referencias a los concretos fines de la pena que se advierten en los preceptos sobre medición y ejecución de la pena. Además, el sistema de los concretos elementos del juicio de imputación puede analizarse

sión de la culpabilidad» y en sentido estricto por «exculpación». Por lo demás, y sobre el problema de traducción, cfr. MIR PUIG: *Adiciones al Tratado de Jescheck*, I, Barcelona, 1981, núms. 657-658 (N. del T.)

(12) Cfr. ESER: *Strafrecht I* (Juristischer Studienkurs), 3.^a ed., München, 1980, p. 194. JESCHECK (nota 10), p. 385. LECKNER, en *Schönke-Schröder*, núm. 108, antes del § 32, núm. 111, todas con más referencias.*

(13) Desde luego, el concepto de tipo penal se discute (cfr. en relación con esto LENCKER, en *Schönke-Schröder*, núm. 47, antes del § 13); sin embargo, en general, se entiende por tal la descripción positiva de un hecho punible en la parte especial del Código penal [cfr. JESCHECK (nota 10), p. 195].

(14) Cfr. GÜNTHER (nota 7), pp. 116, 121 y 125.

de modo independiente de la elaboración conceptual dominante en la ciencia, si se atiende suficientemente a la estructura de las fuentes del derecho específica del país (15). Sólo después se trata de comprobar si existe una sistemática científica análoga a la de la dogmática alemana y en qué relación se encuentra con los principios generales de la imputación penal antes expuestos. Finalmente, sobre la base establecida cabe afrontar el problema aquí decisivo de si existen unidades básicas de imputación similares a las causas de justificación y exclusión de la culpabilidad alemanas, y qué concretos factores estructurales muestran. En lo que sigue, se expondrá este modo de actuar a propósito del Derecho español.

II. EL DERECHO ESPAÑOL

1. Estructuras generales del sistema del Derecho penal español

El Derecho penal español es muy similar al alemán en diversos aspectos. Al igual que éste, surgió históricamente como resultado de la confluencia de elementos romanos y germánicos (16), y, en el marco del movimiento continental europeo de codificación del siglo XIX, fue recopilado en un cuerpo legal cerrado, el Código penal de 1848 (17). Luego, durante el siglo XX, lo ha ido desarrollando una ciencia penal orientada con gran intensidad a la dogmática alemana (18), y, finalmente, en 1978, se le ha fijado —análogamente— el marco jurídico de una Constitución, con un riguroso control por parte del Tribunal Constitucional (19).

Por todo ello, la estructura valorativa general se corresponde ampliamente con la del Derecho alemán. Esto se pone ya de relieve en las previsiones constitucionales, desarrolladas tanto por el Tribunal Constitucional español como por la ciencia penal en íntima relación con el modelo alemán. Así, aunque en la Constitución Española falta un precepto que se refiera directamente a ello, ambos atribuyen al Derecho penal la función general de protección de los bienes jurídicos fundamentales (20). A este mismo nivel se reconocen, igualmente, los

(15) Sobre el significado de la respectiva estructura de las fuentes del Derecho para las investigaciones iuscomparatistas, cfr. CONSTANTINESCO: *Rechtsvergleichung*, tomo 2, Köln, etc., 1972, pp. 179 y ss.

(16) Sobre la historia del Derecho español, cfr. SÁNCHEZ LÓPEZ, en Haensch-Hartig (ed.), *Handbücher der Auslandskunde*, Spanien, tomo I, 1975, pp. 34 y ss.

(17) La historia de la codificación penal española la expone BARBERO SANTOS, ZStW 87 (1975), pp. 397 y ss.

(18) Con más detalle, de modo inmediato en el texto.

(19) Proporciona una introducción en lengua alemana a la Constitución española de 1978, WEBER, JÖR 29 (1980), pp. 209 y ss.

(20) Cfr. la sentencia del Tribunal Constitucional español de 11 de abril de 1985, en «Boletín de Jurisprudencia Constitucional», 1985, pp. 515 y 533. ARROYO ZAPATE-

principios de culpabilidad y proporcionalidad como límites generales de la pena (21).

Los fines concretos de la pena se corresponden también en lo esencial con los del Derecho alemán. Desde luego, es cierto que los preceptos del Código penal relativos a la medición de la pena provienen del período pre-democrático y muestran una intensa connotación retributiva (22). Pero, no obstante, en la ciencia penal española y en la jurisprudencia —en lo que puede percibirse— se sostienen hoy de modo generalizado teorías mixtas, que subrayan los múltiples mecanismos de eficacia preventivo-general y preventivo-especial que se derivan de la pena ajustada a la culpabilidad por el hecho (23).

A la vista de estas coincidencias, así como de la afinidad de los fundamentos de ambas codificaciones, no sorprende que tampoco el sistema legal de «unidades básicas de imputación» difiera sustancialmente de el del Derecho alemán. El Código penal español está, en efecto, estructurado de modo análogo al alemán. Consta así de una *parte especial* con descripciones de delitos y conminaciones penales que se corresponden con los *tipos penales* de este último, y de una *parte general* en cuyo artículo 8.º se contiene un catálogo de eximentes muy similares a las causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad del StGB. Sin embargo, el Código penal español no se sirve de conceptos valorativos correspondientes a los de «antijurídico» y «culpable», que se utilizan en Alemania, sino que habla tan sólo, de modo general, de «exención de responsabilidad criminal» (24). Con ello, establece una coyuntura similar a la que hubo de afrontar la ciencia penal alemana en el Código penal de 1871 y que le sirvió de base para la construcción de la sistemática que se acepta hasta hoy.

RO *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 17 (1982), p. 387. ESCRIVA GREGORI, «Papers 13» (1980), 157. MIR PUIG: *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed., Barcelona, 1985, p. 75.

(21) Cfr. Tribunal Constitucional (nota 20), p. 534. ARROYO ZAPATERO (nota 20), p. 387. ESCRIVA GREGORI (nota 20), pp. 158 y ss. GONZÁLEZ RUS, en «Estudios penales y criminológicos», tomo VII (1984), pp. 242 y ss., y 271 y ss. MTR PUIG (nota 20), pp. 73 y ss.; 79 y ss., y 83 y ss.

(22) El sistema legal de medición de la pena se retrotrae al Código penal de 1848, que a su vez se basaba de modo determinante en la concepción penal de Joaquín Francisco Pacheco. Desde luego, éste sostenía una teoría mixta, que, junto a la finalidad retributiva, incluía también la intimidación de terceros, así como el aseguramiento y corrección del autor; pero en su planteamiento dominaba claramente el aspecto retributivo (cfr. PACHECO: *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., Madrid, 1854, pp. 47 y ss., y 198). A consecuencia de ello, los marcos penales de la parte especial están todavía hoy orientados muy intensamente según la gravedad del daño producido (cfr., por ejemplo, los arts. 420, 505 y 515 y ss.).

(23) Cfr. sobre la jurisprudencia CASABO RUIZ, en *Córdoba Roda* y otros, *Comentarios al Código penal*, tomo 2 (arts. 23-119), Barcelona, 1972, pp. 19 y ss. Sobre la doctrina CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español*, 3.ª ed., Madrid, 1985, p. 24, ambos con referencias detalladas.

(24) Cfr. el artículo 8.º del Código penal.

Esta sistemática, por su parte, desarrollada en Alemania hacia comienzos de siglo, influyó muy pronto sobre la ciencia española con tal fuerza que puede hablarse abiertamente de una «recepción». El primer paso en este sentido vino dado por el conocido discurso de *Jiménez de Asúa* del año 1931, en el que se propugnaba la sustitución de las doctrinas penales dominantes, de corte criminológico, por una perspectiva propiamente jurídica, de la mano de la sistemática de *Liszt y Beling* (25). La traducción del Tratado de *Mezger* por *Rodríguez Muñoz* (26) apareció sólo cuatro años después, ejerciendo una influencia persistente, aún hoy perceptible, en la doctrina penal española. Por el contrario, la teoría final de la acción de *Welzel* tuvo en principio menor acogida, de manera que los grandes Tratados de la vieja generación de penalistas se basan, sin excepción, en la sistemática alemana usualmente denominada «causalista». Ahora bien, los catedráticos más jóvenes se han acercado al Derecho alemán en general de modo directo, por medio de estancias de investigación en la República Federal; debido a ello, o toman como base la *teoría del injusto personal* o sostienen teorías *funcionales* del delito, exactamente igual que ocurre en nuestra evolución actual (27). La postura de la ciencia española confirma inmediatamente las estructuras fundamentales del Derecho penal que se desarrollaron al principio. En efecto, se reconoce en ella de modo pacífico que la imputación jurídico-penal debe distinguirse entre la valoración de un comportamiento humano como indebido —mediante la categoría de la antijuricidad—, por un lado, y la decisión adicional de si un determinado comportamiento indebido debe ser sancionado precisamente con una pena —a través, en especial, de la categoría de la culpabilidad—, por el otro. Asimismo, existe unanimidad en el sentido de que el segundo nivel valorativo no se agota en el juicio de culpabilidad sino que contiene consideraciones complementarias de naturaleza «político-criminal» (28). Desde luego, se discute, de modo análogo a lo que ocurre en Alemania, acerca de cómo deben integrarse concretamente en este punto los diversos fines y valoraciones limitativas de la pena (29). Pero, no obstante, incluso los partidarios de concepciones opuestas proceden a una clasificación igual, en lo esencial, de las tradicionales «unidades básicas de imputación» (30).

(25) JIMÉNEZ DE ASÚA: *La teoría jurídica del delito*, Madrid, 1931, pp. 21 y ss., y 28 y ss.

(26) MEZGER: *Tratado de Derecho penal, traducción de la segunda edición alemana (1933) y notas de Derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz*, tomos 1 y 2, Madrid, 1935.

(27) Sobre este tema, de modo más detallado mi *Literaturbericht Spanien*, en ZStW 99 (1987), p. X.

(28) Cfr. CEREZO MIR (nota 23), pp. 254 y ss., con más referencias.

(29) Cfr., por ejemplo, CEREZO MIR: *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, 1982, pp. 179 y ss. MIR PUIG (nota 20), pp. 92, 97 y ss., y 471 y ss.

(30) Cfr. simplemente CEREZO MIR (nota 23), pp. 253 y ss. COBO-VIVES: *Derecho penal, Parte General*, Valencia, 1984, pp. 261, 454 y 361. MIR PUIG (nota 20), pp. 90

En resumen, pues, cabe concluir que la doctrina española conforma el sistema de imputación plasmado en el Código penal, siguiendo el modelo alemán, según las categorías genéricas de antijuricidad y culpabilidad, y lo descompone en las concretas unidades básicas de imputación constituidas por los tipos penales, las causas de justificación y exclusión de la culpabilidad, las causas personales de exclusión de la pena, etc. En definitiva, la sistemática alemana del delito ofrece un convincente modelo explicativo del Derecho penal tradicional, codificado en el siglo XIX. Además, ha demostrado ser lo suficientemente dinámica como para superar la transformación general de la conciencia social vinculada al cambio de las circunstancias políticas, así como la nueva determinación de la función del Derecho penal desde perspectivas democráticas.

La jurisprudencia española tampoco ha podido, a la larga, sustraerse completamente a esta evolución y ha ido acogiendo paulatinamente la sistemática científica (31). No obstante, no se han producido cambios sustanciales, de modo que simplemente se ha adaptado al nuevo bagaje conceptual la forma tradicional de aplicación de la Ley. Por lo demás, los tribunales se remiten al precepto del artículo 2.II del Código penal, que les prohíbe, incluso en los casos en que de la aplicación rigurosa de la Ley se deriven consecuencias poco equitativas, proceder a subsanarlas según su arbitrio. Dicho precepto dispone simplemente la exposición del caso al Gobierno con el fin de que éste se encargue de solventarlo mediante medidas legislativas o de gracia. Debido a todo ello, el Tribunal Supremo ha rechazado siempre, por ejemplo, la posibilidad de derivar de las categorías genéricas de antijuricidad y culpabilidad causas supralegales de justificación o exculpación (32). Pero, además, tampoco se ha producido en los mismos términos que en Alemania, ni remotamente, un diálogo entre doctrina y jurisprudencia. Sólo en tiempos muy recientes cabe hallar esporádicamente en las sentencias del Tribunal Supremo una discusión dogmática de opiniones doctrinales (33). En suma, pues, la recepción de la teoría del delito alemana por la jurisprudencia debe calificarse de superficial. Por tal razón, en la postura de los tribunales es posible comprobar qué queda en Derecho español de los principios fundamentales de la imputación jurídico-penal expuestos al principio, al margen de la dogmática alemana del delito. Esta cuestión

y ss. RODRÍGUEZ DE VESA-SERRANO GÓMEZ: *Derecho penal español, parte general*, 10.ª ed., Madrid, 1986, pp. 411, 419, 502, 581 y 655.

(31) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, en Mezger-Schönke-Jescheck (ed.), *Das ausländische Strafrecht der Gegenwart*, 6.º tomo, Berlín, 1982, p. 322.

(32) Cfr. en relación con las causas de justificación CEREZO MIR (nota 23), p. 174, con referencias en nota 118. La sentencia de 2 de octubre de 1984 (en RUIZ ANTÓN: *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1984, pp. 964 y ss.) ha subrayado esto recientemente en relación con las causas de exculpación.

(33) Cfr. las STS de 21 de junio de 1982 (A. 3.564) y 12 de noviembre de 1985, en RUIZ ANTÓN: *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1986, p. 313.

se aclara en la descripción de las causas de justificación y exclusión de la culpabilidad que sigue a continuación. Procederé a ella abordando en primer lugar la concepción general de estas «unidades básicas de imputación» en la ciencia y la jurisprudencia españolas, para comentar luego, más detalladamente, el caso del estado de necesidad justificante y exculpante a modo de ejemplo.

2. Justificación y exclusión de la culpabilidad

El artículo 8.º del Código penal español contiene un catálogo de eximentes que la doctrina y la jurisprudencia, coincidiendo en lo esencial, califican de causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad. Conforme a este criterio, se cuentan entre las primeras la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el actuar en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho, oficio o cargo, así como la obediencia debida; y, entre las segundas, la enajenación o el trastorno mental transitorio, la minoría de edad, la alteración de la percepción desde el nacimiento o la infancia, el estado de necesidad exculpante, el miedo insuperable de un mal igual o mayor y, por último, el error de prohibición invencible, previsto legalmente desde 1983 en el artículo 6, párrafo III, del Código penal (34).

El contenido esencial de las causas de justificación se sitúa por la doctrina y la jurisprudencia, conforme al modelo alemán, en el hecho de que limitan las normas prohibitivas generales que subyacen a los tipos penales y, de ese modo, permiten jurídicamente determinadas formas de comportamiento (35). Así, dichas causas conforman de modo definitivo, junto con los tipos, la categoría jurídico-penal de la antijuricidad. De cualquier manera, la delimitación entre exclusión de la tipicidad y justificación se ha cuestionado mucho menos que en Alemania, decidiéndose en general desde perspectivas predominantemente formales, en función de la posición del precepto correspondiente en la Parte General o en la Parte Especial del Código penal (36). Por su parte, las causas de exclusión de la culpabilidad, según convicción generalizada, dejan subsistente la antijuricidad del

(34) Desde luego, en cuestiones concretas se discuten algunos extremos. Cfr. por la doctrina CEREZO MIR (nota 23), pp. 404 y 423 y ss. GIMBERNAT ORDEIG, en «Festschrift für Welzel», pp. 495 y ss. MIR PUIG (nota 20), p. 526. En cuanto a la jurisprudencia, baste remitir a las SSTs de 30 de mayo de 1973 (A. 2.472), 21 de junio de 1982 (A. 3.564), 29 de noviembre de 1966 (A. 5.358), 23 de junio de 1973 (A. 2.896) y 2 de octubre de 1981 (A. 3.597).

(35) Cfr. STS de 2 de noviembre de 1971 (A. 4.401). CEREZO MIR (nota 23), p. 403. COBO-VIVES (nota 30), p. 383. MIR PUIG (nota 20), p. 95. RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ (nota 30), p. 502.

(36) Algunos autores, ciertamente, reconocen la existencia de causas de justificación también en la parte especial del Código penal [cfr. CEREZO MIR (nota 23), p. 404, con más referencias].

hecho y, en consecuencia, simplemente impiden la sanción jurídico-penal (37). A diferencia de lo que ocurre con las causas de justificación, aquéllas concretan de modo inmediato la categoría de la culpabilidad y no precisan combinarse con otras unidades básicas de imputación. El alcance de la culpabilidad se determina, como en Alemania, de modo negativo, mediante la configuración de supuestos especiales en los que, excepcionalmente, está ausente la responsabilidad personal del autor por el hecho antijurídico. Esto es válido para el caso español incluso desde el punto de vista de la sitemática «causalista», dado que los artículos 6 bis a) y 6 bis b) del Código penal determinan también de modo negativo los límites del dolo y de la imprudencia. En cambio, no se efectúa la distinción, usual en Alemania, entre causas de exclusión de la culpabilidad, por un lado, y causas de exculpación, por el otro, en las que la culpabilidad no se excluye de modo completo, sino que sólo aparece sustancialmente disminuida (38). Tal construcción conduce a una complicación adicional del sistema, puesto que reconoce, como tercera forma de exclusión de la sanción penal, junto a la exclusión de la culpabilidad y la mera exclusión de la pena, la renuncia expresa a formular el reproche ético-social de culpabilidad, pese a subsistir esta última. De ahí que no sorprenda que la ciencia española ya no siga esta «sinuosidad» de la dogmática alemana, sino que encuadre sin problemas los casos de la llamada «inexigibilidad de comportamiento adecuado a la norma» en el ámbito de la exclusión de la culpabilidad.

Los principios tradicionales de la justificación y la exclusión de la culpabilidad tampoco desempeñan prácticamente papel alguno en la discusión española. Ante la negativa de la jurisprudencia a admitir eximentes supralegales, la doctrina se limita a una discusión puramente teórica de los argumentos tomados de Alemania (39). Por otro lado, tampoco los proyectos de reforma del Código penal, elaborados con la participación de la doctrina, prevén modificaciones esenciales de las causas de justificación y exclusión de la culpabilidad (40). El significado práctico de los mencionados principios se agota, pues, en la práctica, en constituir normas explicativas de la clasificación de las eximentes tradicionales en el esquema de la justificación/exclusión de la culpabilidad. A diferencia de la evolución doctrinal y jurisper-

(37) Cfr. CEREZO MIR (nota 23), pp. 253 y ss. MIR PUIG (nota 20), p. 466. De otra opinión, en virtud de su peculiar concepción normativa de la culpabilidad, COBO-VIVES (nota 30), p. 453.

(38) Cfr. MIR PUIG, en Jescheck, *Tratado de Derecho penal*, «PG», traducción y adiciones por Mir Puig-Muñoz Conde, tomo I, Barcelona, 1981, p. 657. Recientemente constituye una excepción BACIGALUPO: *Manual de Derecho penal*, Bogotá, 1984, pp. 138 y ss. Referencias a la concepción alemana en nota 12.

(39) Cfr. en especial CARBONELL MATEU: *La justificación penal*, Madrid, 1982, pp. 22 y ss.

(40) Cfr. el artículo 26 del Proyecto de 1980 o el artículo 22 de la Propuesta de Anteproyecto de 1983.

dencial en Alemania, en España se han aprovechado hasta ahora muy poco las posibilidades que, a los efectos del desarrollo del Derecho, ofrece la distinción de diferentes perspectivas valorativas dentro de la exclusión de la imputación.

Constatada la escasa influencia de la sistemática científica tanto en la actividad directamente creadora del Derecho por la jurisprudencia como en los proyectos legislativos en el ámbito de las causas de justificación y exclusión de la culpabilidad, pasan a un primer plano las consecuencias materiales del encuadramiento de las tradicionales unidades básicas de imputación en la estructura alemana del delito. Según ésta, la exención de responsabilidad criminal puede aparecer en cuatro formas diferentes, a saber, como exclusión de la tipicidad, justificación, exclusión de la culpabilidad o mera exclusión de la pena. Pues bien, estas diferencias no repercuten de modo muy intenso en el autor. A diferencia de lo que ocurre en el Derecho alemán, ni el Código penal ni los tribunales en los procesos penales emiten juicios de valor como los de «ajustado a Derecho», «antijurídico, pero no culpable», o bien «antijurídico y culpable, pero no punible (41)». En la mayoría de los casos, el fundamento de la impunidad queda oculto al público y el Juez se sirve de él simplemente como medio de ayuda en la aplicación de la Ley. Por ello, en general, no puede desplegar ningún efecto especial de estigmatización ni de eliminación de la misma. El autor sólo tiene que contar con medidas de seguridad, pese a la impunidad, en el caso de la exclusión de la culpabilidad por enajenación. Estas, por tanto, no se hallan vinculadas de modo general a la clasificación de una eximente como causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad, sino simplemente al fenómeno concreto constituido por determinadas perturbaciones psíquicas (42). El tratamiento de los problemas de error por la jurisprudencia también dependió, tiempo atrás, de los respectivos requisitos de contenido de las concretas eximentes más que de consideraciones sistemáticas trascendentes. Con todo, recientemente se han producido variaciones, de modo que en la actualidad el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de atipicidad, de justificación, de exclusión de la culpabilidad o de una excusa absolutoria puede conducir a consecuencias diferentes en cada caso. Pero no quisiera entrar ahora en detalles sobre la situación presente, complicada en extremo (43).

La concreta calificación de la eximente repercute, en cambio, en medida esencialmente superior en la posición jurídica de la víctima

(41) Cfr. la recopilación de sentencias del Tribunal Supremo sobre el artículo 8 en DURÁN BERROCAL-ABELLA POBLET: *Código penal*, 4.ª ed., Madrid, 1983, pp. 38 y ss. En ellas se omite casi sin excepción toda referencia a la naturaleza jurídica de las eximentes.

(42) Cfr. TERRADILLOS BASOCO, en Cobo (ed.), *Comentarios a la legislación penal*, tomo V, Madrid, 1985, pp. 137 y ss.

(43) Cfr. BACIGALUPO, en Cobo (ed.), *Comentarios a la Legislación penal*, tomo V, vol. 1, Madrid, 1985, pp. 53 y ss.

de la infracción. En efecto, también el Derecho español contiene un precepto especial sobre la legítima defensa, que permite acciones eficaces de defensa contra agresiones «ilegítimas» (44). Así pues, lo determinante es, como en el Derecho alemán, si la impunidad del agresor deriva de una permisión jurídica por atipicidad o justificación, o de un mera renuncia a la pena por exclusión de la culpabilidad o cualquier otra fuente de exclusión de la punibilidad. Mientras en el primer caso no se concede a la víctima de la agresión la legítima defensa, dado que aquélla no es antijurídica, en el segundo conserva, en principio, la facultad de defenderse (45).

También cabe establecer ciertos efectos de la diferenciación de diversas clases de exclusión de la imputación en el ámbito de la responsabilidad penal de otros intervinientes en el hecho. En efecto, el Derecho español contiene un sistema de participación análogo al de los §§ 25 y ss. del Código penal alemán, distinguiéndose diferentes formas de autoría y de participación. La doctrina —y probablemente también la jurisprudencia— aplica a este sistema el principio de la accesoriadad limitada de la participación (46). Así pues, y al igual que en el Derecho alemán, sólo la atipicidad o la justificación del hecho principal impiden la sanción penal del partícipe, pero no la exclusión de la culpabilidad en aquél ni ninguna otra fundamentación de la impunidad. Evidentemente, también en España puede elevarse al partícipe a la categoría de autor mediato en caso de producirse un *déficit* de imputación del autor principal. Debido a ello, en última instancia, y dejando aparte unos pocos delitos especiales y de propia mano, apenas se dan consecuencias diferentes (47).

En suma, pues, cabe constatar que la jurisprudencia española no se sirve de las posibilidades de la estructura alemana del delito, ni siquiera en el desarrollo de sus consecuencias prácticas. Sin embargo, pese a aferrarse a lo tradicional, no puede prescindir, en especial, de la llamada «prueba de la legítima defensa», es decir, de plantear la cuestión de que una agresión impune sea antijurídica y, por tanto, quepa repelerla apelando a aquella causa de justificación. Así pues, las eximentes tradicionales del Derecho español se basan, al menos de modo implícito, en la diferencia valorativa entre permisión jurídica, por un lado, y simple renuncia a la sanción penal, por el otro.

(44) Cfr. art. 8.4.º del Código penal. Más detalladamente. CEREZO MIR (nota 23), pp. 416 y ss.

(45) Cfr. CEREZO MIR (nota 23), pp. 423 y ss.

(46) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG (nota 31), p. 396. MIR PUIG (nota 20), p. 339. RODRÍGUEZ MOURULLO, en Córdoba Roda y otros, *Comentarios al Código penal*, tomo I (arts. 1-22), Barcelona, 1972, p. 856, (nota 70).

(47) COBO-VIVES (nota 30), p. 628. MIR PUIG (nota 20), pp. 320 y ss. RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ (nota 30), p. 801. La postura de la jurisprudencia no es muy clara y, por ello, difícilmente valorable por un espectador extranjero (cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 46), p. 856, nota 70).

También por este motivo resulta evidente cuál es la razón de que la jurisprudencia haya aceptado tan rápidamente la clasificación alemana de las unidades básicas de imputación. En último lugar, con todo, la observación de las consecuencias prácticas que se derivan de las diferentes eximentes confirma que, frente a la distinción entre comportamiento permitido y comportamiento meramente impune, pierden importancia las existentes entre atipicidad y justificación, por un lado, y entre exclusión de la culpabilidad y cualesquiera otras formas de renuncia a la pena, por el otro.

Como colofón de la exposición general sobre las causas de justificación y exclusión de la culpabilidad, quede constancia de la existencia en España de dos importantes preceptos que permiten que los tribunales, incluso en la interpretación de leyes vigentes, se separen de las determinaciones de la ciencia en aspectos esenciales. En efecto, conforme al artículo 9.1.º en relación con el artículo 66 del Código penal es posible atenuar de modo relevante la pena cuando concurren sólo en parte los presupuestos de una causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad del artículo 8. Al mismo tiempo, el artículo 9.10.º en relación con el artículo 61 del Código penal prevé una atenuación inferior para los casos de «análoga significación». La jurisprudencia hace uso ampliamente de estos preceptos. Así, fija muy alto los presupuestos de la plena exención; pero, si falta poco para la misma, aprecia una intensa atenuación que puede llegar hasta el límite de la impunidad y, en los restantes casos de concurrencia parcial de los presupuestos de la justificación o exclusión de la culpabilidad, recurre con frecuencia al segundo precepto atenuatorio, más moderado (48). De este modo, en especial en los supuestos de legítima defensa y estado de necesidad, elude una determinación clara de los límites entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad, trasladando todos los casos problemáticos al ámbito de la medición de la pena, configurado a estos efectos de modo particularmente flexible. A continuación expondré tal forma de actuar de modo más detallado sobre el ejemplo del estado de necesidad.

El precepto originario sobre el estado de necesidad, en el artículo 8.7.º del Código penal de 1848, se limitaba a los daños y no se aplicó prácticamente en ningún caso (49). En 1932, el legislador, bajo la influencia de *Jiménez de Asúa*, introdujo una nueva formulación, orientada a la teoría alemana de la ponderación de bienes, según la cual quedaba exento de responsabilidad criminal el que, impulsado

(48) Cfr. CORDOBA RODA: *Comentarios*, 1, pp. 210 y ss.; 234 y ss.; 243, 249, 286, 290, 302, 307, 341 y ss.; 355, 408 y ss., y 535 y ss. SAINZ CANTERO: *Lecciones de Derecho penal*, PG, tomo II, Barcelona, 1982, pp. 354 y ss.; 374 y ss., y 387, tomo III; Barcelona, 1985, pp. 38 y ss.; 50 y ss., y 120 y ss.

(49) La exposición que sigue se basa en lo esencial en un trabajo de ROLDAN BARBERO: *Cuadernos de Política Criminal* 20 (1983), pp. 469 y ss. La evolución histórica del precepto del estado de necesidad se recoge allí en las pp. 471 y ss.

por un estado de necesidad, lesionare un bien jurídico ajeno, siempre que el mal que amenazaba fuera mayor que el mal causado. Finalmente, en 1944 el precepto fue ampliado todavía más, por razones hoy ya no verificables, de modo que desde entonces basta con que el mal causado no sea mayor que el que amenaza. Al principio, la clasificación de la mencionada ampliación planteó ciertas dificultades a la doctrina. Pero *Rodríguez Muñoz*, ya en las notas al Tratado de *Mezger*, llegó a una solución generalmente aceptada, que todavía hoy puede calificarse de doctrina dominante (50). Dicho autor, en efecto, trasladó al precepto español sobre el estado de necesidad la teoría alemana de la diferenciación. Así, lo concibió como una causa de justificación cuando el bien salvado fuera mayor que el lesionado, sometiendo, en cambio, los casos de colisión de bienes iguales a la categoría, entonces desconocida en España, de la inexigibilidad de comportamiento adecuado a la norma. De este modo se introdujo en la formulación legal unitaria un segundo ámbito meramente exculpante.

La jurisprudencia ha acogido de modo patente esta explicación doctrinal del artículo 8.7.º del Código Penal (51). En la práctica, sin embargo, el Tribunal Supremo no ha apreciado ni una sola vez como concurrentes los presupuestos del estado de necesidad exculpante (52). Más bien, ha relegado los supuestos críticos al ámbito de la atenuación de la pena. Asimismo, ha colocado tan altos los requisitos del artículo 8.10.º del Código penal, considerado generalmente como causa de exculpación, que este precepto no puede cumplir prácticamente nunca una función eximente (53). Según su tenor literal, queda exento de responsabilidad criminal el que obra impulsado por miedo insuperable de un mal igual o mayor. Así, bien mirado, la acentuación del elemento subjetivo del miedo debería sugerir una interpretación del precepto como eximente complementaria del estado de necesidad justificante en el ámbito de la exculpación. Sin embargo, frente a esto, el Tribunal Supremo acentúa el componente objetivo de la ponderación de bienes hasta tal punto que, al final, resulta absorbido prácticamente por completo por la legítima defensa y el estado de necesidad justificante (54). Así las cosas, sólo adquiere relevancia en

(50) Cfr. ROLDÁN BARBERO (nota 49), pp. 505 y ss. Vid. también CEREZO MIR, en «Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann», 1986, pp. 690 y ss.

(51) Cfr. las pruebas en ROLDÁN BARBERO (nota 49), pp. 511 y ss.

(52) Cfr. ROLDÁN BARBERO (nota 49), pp. 511 y ss. Tampoco en relación con los años 1983-1985 puede observarse caso alguno en tal sentido en la colección jurisprudencial de Aranzadi.

(53) Cfr. CÓRDOBA RODA (nota 48), pp. 336 y ss., y 358. MIR PUIG (nota 20), pp. 530 y ss. ROLDÁN BARBERO (nota 49), p. 475. La colección de Aranzadi recoge, en los años 1980-1985 un sólo caso en el que se haya apreciado la eximente del artículo 8.10.º [STS de 21 de diciembre de 1980 (A. 4.985)].

(54) De hecho, el artículo 8.10.º se aplica sobre todo en los casos de exceso en la legítima defensa. Es instructivo, por ejemplo, el caso de que se ocupó la STS de

relación con las atenuantes de los artículos 9.1.º y 9.10.º del Código penal. En definitiva, el Tribunal Supremo desplaza la diferenciación decisiva en el seno del estado de necesidad de la frontera entre justificación y exculpación al plano de la exención y la atenuación. Con ello, priva a la distinción de justificación y exculpación de un ámbito esencial de incidencia práctica en la esfera de la mera aplicación de la Ley. Dada esta postura de la jurisprudencia, ha comenzado a dudarse en la doctrina española acerca de que el precepto del estado de necesidad del artículo 8.7.º sea adecuado siquiera para la aplicación de la doctrina alemana de la diferenciación (55). En lo esencial, se proponen tres vías de solución: *Cerezo Mir* trata de integrar la idea básica de los §§ 34 y 35 del StGB en el artículo 8.7.º del Código penal, mediante una interpretación ampliamente extensiva de su tenor literal, no obstante reconocer que lo indicado *de lege ferenda* sería una reformulación y subdivisión del precepto (56). *Mir-Puig* y otros reducen el artículo 8.7.º del Código penal al ámbito de la justificación y tratan de perfilar de modo particular el estado de necesidad exculpante a través de una reinterpretación del artículo 8.10.º del Código penal (obrar por medio insuperable) (57). Finalmente, *Gimbernat Ordeig*, a partir de su concepción funcional de la norma, reconduce todos estos preceptos al ámbito de la justificación, de modo que ésta se amplía significativamente a costa de las causas de exculpación (58). Lamentablemente, en el limitado espacio de que dispongo no es posible exponer con detalle tales concepciones. Estas, sin embargo, muestran que la dogmática alemana de la justificación y la exclusión de la culpabilidad requiere la existencia de una estrecha colaboración de la base legislativa y de la sistemática científica, lo que en ocasiones no es practicable ni siquiera en un ordenamiento jurídico estructurado en forma muy similar. Por todo ello, y para finalizar, desearía resumir las conclusiones de la exposición realizada, situándolas en un marco general iuscomparatista, con el fin de poner claramente de relieve las perspectivas de una ulterior actividad investigadora en éste ámbito.

15 de noviembre de 1984 (A. 5.491): El autor había sido amenazado abiertamente por la víctima con un cuchillo y la apuñaló por miedo, después de haberle arrebatado el cuchillo y de que la víctima no se separara pese a ello de él. El Tribunal Supremo negó la «insuperabilidad» del miedo, pues el autor se había sobrepuesto al agresor, al arrebatarle el cuchillo. En Derecho alemán habría bastado para la exculpación por el § 33 StGB el simple hecho del miedo.

(55) Cfr. CEREZO MIR (nota 50), pp. 691 y ss.

(56) (nota 50), pp. 700 y ss., y 707.

(57) Cfr. MIR PUIG, en «Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria», Barcelona, 1982, pp. 502 y ss. ROLDAN BARBERO (nota 49), pp. 504, 513 y 525 y ss. SILVA SÁNCHEZ: *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1982, 664.

(58) (Nota 34), pp. 495 y ss. Asimismo, CUERDA RIEZU: *La colisión de deberes en el Derecho penal español*, Madrid, 1984, p. 311.

III. PERSPECTIVAS DE LA INVESTIGACION DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION Y DE EXCLUSION DE LA CULPABILIDAD EN DERECHO COMPARADO

El estudio del Derecho español ha puesto de relieve que las causas de justificación y exclusión de la culpabilidad constituyen una buena vía de acceso a un sistema jurídico-penal extranjero. Este, en efecto, al fijar su límite inferior con la impunidad, ha de descubrirse en forma mucho más profunda y diferenciada, mostrando sus estructuras en forma significativamente más abierta que en otros lugares. Desde luego, el Derecho español es demasiado similar al alemán como para que puedan extraerse ya ahora conclusiones de amplio espectro. Pero, en todo caso, se confirma la tesis, sostenida al principio, de que las valoraciones materiales se orientan de modo decisivo a la distinción entre prohibición general de una acción por el Ordenamiento, por un lado, y la sanción penal del hecho prohibido, por el otro. Es cierto que el Código penal español no hace referencias expresas a tal diferenciación. Sin embargo, la jurisprudencia española, con su postura más bien de rechazo de la sistemática científica, reconoce su corrección, por lo menos en lo principal. En especial, el artículo 8.4.º del Código penal contiene una regulación de la legítima defensa que permite la reacción defensiva contra agresiones «ilegítimas». Por tanto, también el Derecho español debe plantearse la cuestión de si esta «legitimidad» viene dada por toda exención de responsabilidad penal del agresor o si acaso no será preciso enjuiciar de modo diferente la agresión de un enajenado que la medida coactiva de un funcionario de policía, conforme con todas las exigencias jurídicas.

En otro orden de cosas, sin embargo, la jurisprudencia española no aprovecha, ni con mucho, las posibilidades que laten en esta diferenciación estructural. Así, ni agota realmente en la interpretación de la Ley el amplio espectro de las eximentes ni se sirve de la oportunidad de poner en claro ante el autor y ante la opinión pública que la renuncia a la sanción penal no siempre significa también una aprobación jurídica del hecho.

Fenómenos similares pueden observarse en otros ordenamientos jurídicos. El Instituto Max Planck de Derecho Penal en Friburgo ha llevado a cabo durante los últimos años varios congresos sobre el tema de la «justificación y exclusión de la culpabilidad» con científicos de los países de lengua alemana, así como de Polonia, los Estados Unidos, Escandinavia y la Unión Soviética (59). En ellos se hizo patente, por ejemplo, que también en el Derecho noruego, polaco y suizo existen tendencias en el sentido de aplicar a las situaciones de necesidad análogas a la justificación, en vez de causas de exculpación, meras atenuaciones de la pena hasta llegar al extremo de pres-

(59) Vid. nota 1.

cindir de la misma (60). En otros ordenamientos jurídicos pudieron constatarse discrepancias, ya a niveles más generales, respecto al Derecho alemán. Así, por ejemplo, se observó que los juristas soviéticos concebían las causas de justificación no sólo como expresión de enunciados jurídicos permisivos, sino además como estímulos para un comportamiento socialmente deseado (61), mientras que un participante norteamericano, polemizando, calificó la determinación de si una acción concreta está jurídicamente permitida o es simplemente impune como una cuestión desde luego interesante, pero innecesaria (62).

Por muy variado que parezca el panorama a primera vista, lo cierto es que de los trabajos realizados y reuniones habidas es posible extraer algunas consecuencias para sucesivas actuaciones. Todos los ordenamientos jurídicos examinados contienen eximentes que, al menos en su configuración, son muy similares a las causas de justificación y exclusión de la culpabilidad del Derecho alemán (63). En algunos países, la ciencia está asimismo familiarizada con la dogmática alemana y su especial bagaje conceptual, de modo que durante los congresos fue posible en ocasiones un profundo diálogo sobre las estructuras de la justificación y la exculpación (64). En cualquier caso, el análisis del Derecho español ha mostrado que el contenido de los manuales de los profesores universitarios sólo refleja una parte del respectivo ordenamiento extranjero, y no siempre permite conocer de modo suficientemente claro la postura de quienes aplican la Ley. Pese al interés de todas las ponencias y discursos, pues, la investigación estructural de los diferentes sistemas sigue siendo una tarea a realizar.

Para elaborar en cada caso las estructuras de la justificación y la exculpación debería recurrirse a los principios generales de la imputación jurídico-penal expuestos al principio. Según ello, ha de comenzarse con las bases generales de la estructura valorativa material, en especial, las previsiones constitucionales y las tradiciones históricas, porque aquí se dan ya importantes decisiones previas. Así, por ejemplo, el criterio acusadamente educativo que los juristas socialistas atribuyen a las causas de justificación está en relación con la idea general

(60) Cfr. ANDENAES, en «Rechtfertigung und Entschuldigung», tomo I (nota 1), pp. 442 y 444. SPOTOWSKI, en «Zweites deutsch-polnisches Kolloquium» (nota 1), pp. 53, 57 y 59. KRAUSS, en «Zweites deutsch-polnisches Kolloquium» (nota 1), pp. 11 y ss., y 19.

(61) Cfr. KELINA, en «Drittes deutsch-sowjetisches Kolloquium» (nota 1), pp. 60 y ss.

(62) La expresión oral no se recogió por escrito. Toma posición de modo similar GREENAWALT, en «Rechtfertigung und Entschuldigung» (nota 1), tomo I, p. 266.

(63) Cfr. en especial las ponencias en los dos tomos de «Rechtfertigung und Entschuldigung» (nota 1).⁵

(64) Aquí hay que contar en especial, de entre el círculo de ordenamientos jurídicos incluidos en los Congresos, a Suiza, Polonia y —con matices— los países escandinavos. Por contra, el diálogo se hizo especialmente difícil con los participantes norteamericanos. Cfr. en relación con ello los problemas de traducción referidos también por FLETCHER en su *Introduction*, en Eser-Fletcher (nota 1), tomo I, pp. 10 v ss.

educativa, inherente al Estado socialista como vía al comunismo en la teoría de Marx. En el otro lado, tampoco sorprende que la concepción liberal de los Estados Unidos preste poca atención a la función de las normas prohibitivas y permisivas consistente en la *determinación* de conductas, pretendiendo decidir luego de modo global simplemente acerca de si un hecho concreto debe ser sancionado con pena o no.

A continuación puede accederse al concreto sistema de imputación jurídico-penal, tal como éste se plasma en las leyes y en las decisiones judiciales. La cuestión decisiva se plantea entonces en torno a si las eximentes tradicionales son compatibles con la diferencia valorativa entre permisión jurídica y mera renuncia a la sanción penal o incluso si, además, la requieren de modo obligatorio. Si esta cuestión puede responderse afirmativamente, se da una base firme para una más profunda comparación de estructuras con las causas de justificación y exculpación del Derecho alemán. En caso contrario, habría que buscar una nueva base de comparación y, dado un nuevo fracaso, no restaría sino constatar la total diversidad del ordenamiento jurídico extranjero.

Una vez que, con el caso español, se ha analizado en primer lugar un ordenamiento jurídico de configuración similar, debería en el futuro prestarse atención de modo intensificado a países con estructuras más diversas. En el círculo jurídico europeo continental se ofrece a este respecto en primer lugar Francia, donde, pese a la similitud de los Códigos, se rechaza la influencia alemana, ahora tanto como antes (65). Son, además, de interés los países socialistas, que, si bien hunden sus raíces en la misma tradición codificadora, han adaptado el Derecho penal tradicional a su nuevo sistema social (66). Finalmente, es de especial importancia todo el círculo jurídico anglosajón, al que no une con el Derecho alemán ni siquiera una base común romanista (67). En este sistema jurídico, de configuración totalmente diversa, se mostrará en especial si las estructuras en las que se basan las causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad en Alemania vienen dadas de modo «lógico-objetivo» por el propio concepto de Derecho o se trata simplemente de productos del pensamiento sistemático continental europeo. Considero, sin embargo, que tal decisión es un objetivo que merece la pena, por grande que sea el esfuerzo para alcanzarla.

(65) Cfr. CONSTANTINESCO-HUBNER: *Einführung in das französische Recht*, München, 1974, pp. 99 y ss., así como la descripción de STEFANI-LEVASSEUR-BOULOC: *Droit pénal général*, 12.^a ed., Paris, 1984, pp. 145 y ss.

(66) Cfr. en relación con ello, ANDREJEW, ZStW 99 (1987), pp. 152 y ss.

(67) SCHWARZ, en Goldschmidt y otros (ed.), *Die Zivilgesetze der Gegenwart*, tomo II, Das Zivilrecht Englands in Einzeldarstellungen, Erster Teil, Mannheim, etc., 1931, pp. 5 y ss.